

El Derecho a la Educación

**EN LA CONSTITUCIÓN, LA JURISPRUDENCIA Y LOS INSTRUMENTOS
INTERNACIONALES**



DEFENSORÍA DEL PUEBLO
Derechos humanos, para vivir en paz

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Defensor del Pueblo

JUAN FERNANDO JARAMILLO
Defensor Delegado para la Dirección y el
Seguimiento de las Políticas Públicas para el
Desarrollo de los Derechos Humanos

Edición general
CATALINA BOTERO MARINO
Directora Nacional de promoción y divulgación de
derechos humanos

Autor
MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA
Investigador en Derechos Humanos

Diseño
Delegada para la Comunicación, la Información y
Apoyo a los Asuntos del Despacho

La elaboración de este texto fue posible gracias al
apoyo de Management Sciences for Development -
The United States Agency for International
Development (MSD/USAID).

El presente texto se puede reproducir, fotocopiar o
replicar, total o parcialmente, siempre que se cite la
fuente.

Defensoría del Pueblo
Calle 55 No. 10-32
Correo electrónico: www.defensoria.org.co
Apartado aéreo: No. 24299 Bogotá, D. C.
Tels: 691 53 55 – 314 73 00 – 314 40 00

Bogotá, D. C., 2003

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN	17
PRÓLOGO	19
INTRODUCCIÓN.....	21
La delimitación del contenido de un derecho a partir de subreglas jurisprudenciales .	23
La delimitación del contenido de un derecho a partir del bloque de constitucionalidad	25
Aclaraciones sobre la estructura interna del libro	28
CONCEPTOS GENERALES	31
LA EDUCACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL	32
EL NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN.....	33
Prohibición de afectación del núcleo esencial del derecho a la Educación en los instrumentos internacionales	34
Prohibición de afectación del núcleo esencial del derecho a la Educación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	35
LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO	37
LOS OBLIGADOS A GARANTIZAR LA REALIZACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN	39
LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA EDUCATIVA	43
Obligaciones de Asequibilidad	44
Obligaciones de Accesibilidad.....	45
Obligaciones de Adaptabilidad	46
Obligaciones de Aceptabilidad	47
Obligaciones de efecto inmediato.....	48
Obligaciones de cumplimiento progresivo	51

LA CREACIÓN DE INDICADORES BASADOS EN EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA EDUCATIVA	54
--	----

CAPÍTULO I: LA DISPONIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN ..57

1. EL DERECHO A LA DISPONIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN	58
1.1. PROTECCIÓN DE LA OFERTA PÚBLICA: EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS Y NIÑAS A LA DISPONIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN PÚBLICA BÁSICA.....	60
1.1.1. La educación de los niños y niñas es un derecho de aplicación inmediata, lo que impone al Estado la obligación ineludible de prestar el servicio de educación y dar respuesta inmediata a las necesidades insatisfechas de educación.....	60
1.1.2. El derecho a la educación de los niños y niñas se vulnera por la falta transitoria de docente.....	62
1.1.3. La ausencia de docentes que no pertenecen a la planta regular de personal de una institución educativa no es tutelable porque implica modificar y adicionar la planta de personal.....	62
1.1.4. La interrupción en la prestación del servicio de educación por falta de pago a los maestros vulnera el derecho fundamental a la educación de los estudiantes.....	63
1.1.5. El derecho a la disponibilidad de la educación de los niños y niñas no se vulnera si, a pesar de no estar satisfechas las necesidades educativas de una comunidad, la autoridad responsable demuestra su actividad diligente y la fuerza mayor.....	64
1.2. PROTECCIÓN DE LA OFERTA EDUCATIVA PRIVADA: EL DERECHO DE LOS PARTICULARES PARA FUNDAR ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS.....	66
1.2.1. El derecho de los particulares para fundar establecimientos educativos como ejercicio de la libertad de empresa	66
1.2.2. Interés lucrativo de los centros docentes privados y función social del servicio público educativo	67
2. SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO A LA DISPONIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN	69
2.1. LA DISPONIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN PARA LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS RURALES.....	70
2.1.1. Las dificultades propias de la prestación del servicio público de educación en zonas rurales no debilitan la obligación estatal de garantizar la continuidad en	

la prestación del servicio. La afectación del derecho a la disponibilidad en las zonas rurales vulnera además el derecho a la igualdad de oportunidades.	70
2.1.2. El Estado debe asegurar que la distribución regional de los docentes responda a la demanda educativa. Ante un conflicto entre el derecho al trabajo de los docentes y el derecho a la educación de los niños y niñas, debe prevalecer éste último.....	71
2.1.3. Las autoridades estatales tienen amplias facultades para variar el sitio de trabajo de los docentes, pero éstas no pueden ejercerse arbitrariamente.	73
3. OBLIGACIONES DE ASEQUIBILIDAD PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA DISPONIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN	74
3.1. OBLIGACIONES DE ASEQUIBILIDAD DE EFECTO INMEDIATO	74
3.1.1. La obligación de garantizar el adecuado cubrimiento del servicio educativo ..	74
3.1.2. La obligación de velar por la prestación eficiente y continua del servicio educativo.....	76
3.1.3. La obligación de proveer diligentemente los cargos docentes en los niveles de enseñanza básica.....	77
3.1.4. La obligación del Estado de respetar la libertad de los particulares para fundar establecimientos educativos	78
3.1.5. La obligación de velar por que la libertad de establecer instituciones de enseñanza no provoque disparidades extremas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad.....	79
3.2. OBLIGACIONES DE ASEQUIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO.....	80
3.2.1. La obligación de ofrecer instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito colombiano	80
3.2.2. La obligación de proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza.....	80
3.2.3. La obligación de ofrecer servicios e instalaciones de guarda de niños cuyos padres trabajan, cuando reúnen las condiciones requeridas	81
4. CREACIÓN DE INDICADORES BASADOS EN EL DERECHO A LA DISPONIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN	82

CAPÍTULO II: EL ACCESO A LA EDUCACIÓN85

1. EL DERECHO DE ACCESO A LA EDUCACIÓN	85
1.1. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE NIÑOS Y NIÑAS A LA EDUCACIÓN BÁSICA PÚBLICA, OBLIGATORIA Y GRATUITA.....	87

1.1.1.	La gratuidad de la educación básica pública es un derecho para todo aquel que ingrese a centros docentes estatales.....	88
1.1.2.	El derecho a la educación básica de todo menor de 18 años es fundamental y la obligación del Estado de proporcionarla es de efecto inmediato.	88
1.2.	EL DERECHO DE LOS MAYORES DE EDAD DE ACCEDER A LA EDUCACIÓN	89
1.2.1.	El derecho a la educación de los mayores de edad no es fundamental.	89
1.2.2.	Jurisprudencia opuesta a esta regla	90
1.3.	EL DERECHO A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL ACCESO AL SISTEMA EDUCATIVO	92
1.3.1.	El derecho a la igualdad de oportunidades de acceder al sistema educativo es fundamental sin importar la edad o el grado educativo al que se pretende ingresar.	92
1.3.2.	Los criterios de selección para acceder a una institución educativa deben ser académicos. No pueden propiciar conductas discriminatorias por razón de raza, nacionalidad, familia, lengua, religión, opinión política o condición económica.....	93
1.3.3.	Las prerrogativas de ingreso a la educación en favor de grupos sociales marginados o en condiciones de debilidad, o por otras razones que justifiquen el tratamiento preferente, no vulneran el derecho a la igualdad de acceso.....	93
1.3.4.	Las instituciones educativas no pueden imponer requisitos desproporcionados para el acceso a la educación.....	96
1.3.5.	Regla de Extra edad: el requisito de edad para la selección de alumnos a determinado grado viola el derecho a la igualdad.	98
1.4.	EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA CULMINACIÓN DE UNA ETAPA EDUCATIVA	99
1.4.1.	El núcleo esencial del derecho a la educación incluye el reconocimiento al esfuerzo y a la culminación de una etapa durante la cual se preparó el estudiante.....	100
1.4.2.	Siempre que un título sea requisito legal para continuar estudios en otro establecimiento, para ingresar al ciclo subsiguiente o para acreditar la idoneidad exigida para ejercer determinada profesión, la negativa injustificada a otorgarlo vulnera el derecho fundamental a la educación.	101
1.4.3.	El derecho a la educación se vulnera ante la falla de una autoridad administrativa encargada del registro o expedición de documentos necesarios para la expedición de un diploma.	102
1.4.4.	La promoción de un estudiante al grado siguiente, sin el lleno de los requisitos, comporta una irregularidad que no genera un derecho adquirido en su favor.	103

2.	SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO DE ACCESO	105
2.1.	EL DERECHO DE LA MUJER AL ACCESO A LA EDUCACIÓN.....	106
2.1.1.	No puede negarse el acceso a una institución educativa por el estado de embarazo de la aspirante.....	108
2.1.2.	Las normas y disposiciones que los planteles educativos adopten para someter a las estudiantes embarazadas a tratamientos educativos especiales deben considerarse discriminatorias, a menos que la institución demuestre perseguir un fin constitucional imperioso e inaplazable de mayor peso que los derechos a la igualdad, intimidad, libre desarrollo de la personalidad y educación de la alumna a quien se imponen.	108
2.2.	EL DERECHO DE ACCESO Y LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO FORZADO	109
2.2.1.	La educación de las personas desplazadas, en especial de los niños y las niñas, es responsabilidad del Estado. La omisión de los deberes propios de una dependencia estatal es fuente de violación del derecho a la educación y de otros derechos, y para contrarrestarla cabe la acción de tutela.	111
2.2.2.	Las autoridades de los lugares donde se radiquen niños y niñas en situación de desplazamiento forzado deben crear los cupos necesarios para garantizar su acceso gratuito al sistema educativo.....	112
3.	OBLIGACIONES GENERALES DEL ESTADO EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD AL SISTEMA EDUCATIVO.....	115
3.1.	OBLIGACIONES DE ACCESIBILIDAD CON EFECTO INMEDIATO	115
3.1.1.	La obligación de proporcionar a todos educación pública, primaria, obligatoria y gratuita.....	116
3.1.2.	La Obligación de garantizar el ejercicio del Derecho a la Educación sin discriminación alguna.....	119
3.1.2.1.	La obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la educación	122
3.1.2.2.	La obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación	124
3.1.3.	La obligación de elaborar y adoptar un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos	124
3.1.4.	La obligación de adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que abarque la enseñanza secundaria, superior y fundamental	128
3.1.5.	La obligación de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a los estudios superiores.....	128

3.1.6.	Obligaciones relativas al derecho a la educación de las personas en situación de desplazamiento forzado.....	129
3.2.	OBLIGACIONES DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO	130
3.2.1.	La obligación de garantizar la accesibilidad material	130
3.2.2.	La obligación de garantizar la accesibilidad económica implantando progresivamente la enseñanza secundaria gratuita.....	131
3.2.3.	La obligación de garantizar la accesibilidad económica implantando la enseñanza superior gratuita	132
3.2.4.	La obligación de Implantar un sistema adecuado de becas que ayude a los grupos desfavorecidos	133
3.2.5.	La obligación de proporcionar acceso a programas educativos a los adultos mayores	134
4.	CREACIÓN DE INDICADORES BASADOS EN EL DERECHO DE ACCESO Y LAS OBLIGACIONES DE ACCESIBILIDAD	135
4.1.	INDICADORES ACTUALES DE ACCESO.....	135
4.2.	INDICADORES BASADOS EN EL DERECHO DE ACCESO Y LAS OBLIGACIONES DE ACCESIBILIDAD	137
4.2.1.	Indicadores de efecto inmediato.....	137
4.2.2.	Indicadores de progresividad.....	140

CAPÍTULO III: LA PERMANENCIA EN EL SISTEMA EDUCATIVO141

1.	EL DERECHO A LA PERMANENCIA	141
1.1.	EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS A PERMANECER EN EL SISTEMA EDUCATIVO Y CONSERVAR EL AMBIENTE Y LUGAR DE ESTUDIOS	142
1.1.1.	Todo menor de edad que tenga acceso a una institución educativa, curse satisfactoriamente las materias exigidas, y cumpla con el régimen disciplinario, tiene el derecho fundamental a que se le garantice su permanencia en la institución.....	142
1.1.2.	El derecho a la permanencia está condicionado al cumplimiento por parte de los estudiantes de los deberes que son correlativos al derecho a la educación.	143
1.1.3.	La reprobación por primera vez de un determinado grado por parte de un alumno no es causal de expulsión del centro docente, si no está asociada a otra causal expresamente contemplada en el reglamento. Pero si se reprueba por	

	segunda vez consecutiva, el establecimiento educativo puede considerar la expulsión como una opción válida.	144
1.1.4.	Al aceptar o negar el reingreso de un estudiante a un establecimiento educativo se deben tener en cuenta las circunstancias ajenas a su voluntad que justificaron la interrupción de sus estudios.	146
1.1.5.	El incumplimiento de los deberes del estudiante con el colegio, cuando son consecuencia de una enfermedad, para la cual acepta recibir tratamiento, no puede constituirse en causal para la suspensión indefinida del cupo.	146
1.2.	EL DERECHO A LA PERMANENCIA Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS PRIVADAS.	147
1.2.1.	El incumplimiento de los padres en el pago de las pensiones, servicios especiales u otras erogaciones no autoriza a los centros docentes privados a retirar a un menor de edad en pleno año lectivo, pero sí a abstenerse de matricularlo para el año siguiente.	148
1.2.2.	Las instituciones educativas no pueden retener certificados de estudios por el no pago de matrículas o pensiones de un menor de edad si los padres demuestran la imposibilidad de sufragar los gastos, ni pueden efectuar anotaciones en los certificados que hagan alusión a la deuda pendiente.	150
1.2.3.	El derecho a la permanencia en instituciones de educación superior está sujeto a exigencias económicas razonables para permitir su continuidad en la institución educativa.	153
1.2.4.	Las instituciones educativas no están autorizadas a imponer una sanción académica por una causa de carácter económico, para cuya solución existen vías adecuadas señaladas por la ley.	153
1.3.	LA IGUALDAD DE TRATO Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO DERECHOS QUE PROTEGEN LA PERMANENCIA EN LA EDUCACIÓN	155
1.3.1.	Todos los estudiantes deben ser tratados por igual. Está prohibida la discriminación a estudiantes por convivir en unión libre, por estar en embarazo, por su opción sexual, por presentar limitaciones de aprendizaje, etc.	156
1.3.2.	La represión legítima de una opción personal debe tener lugar sólo frente a circunstancias que generen violaciones reales a los derechos de los demás o al ordenamiento, y no simplemente frente a vulneraciones hipotéticas o ficticias.	157
1.3.3.	El derecho a la imagen: las normas de centros educativos que impongan restricciones a la apariencia personal de los estudiantes son inconstitucionales, salvo que se demuestre que estas medidas buscan la protección o efectividad de un bien constitucional imperioso e inaplazable de mayor peso que el derecho al libre desarrollo de la personalidad.	158
1.3.4.	La sola vigencia de normas discriminatorias consagradas en el manual de convivencia representa una amenaza real para el derecho a la educación y al libre desarrollo de la personalidad de todos los estudiantes.	160

- 1.3.5. Las instituciones educativas pueden imponer requisitos de ingreso a sus instalaciones si los comunica previamente al alumnado y no desconoce derechos constitucionales fundamentales. La imposición del uso obligatorio del uniforme no viola por sí solo el derecho al libre desarrollo de la personalidad. 162
- 1.4. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES. 163
 - 1.4.1. Antes de aplicar una sanción a un estudiante, las instituciones educativas deben brindarle la oportunidad para presentar pruebas y ejercer su derecho de defensa. 164
 - 1.4.2. Los estudiantes deben ser sancionados con medidas que sean proporcionales a la gravedad de las faltas cometidas. 164
 - 1.4.3. Prescindir del procedimiento regular para imponer una sanción a un estudiante es contrario a la Constitución. 165
 - 1.4.4. La revisión de notas por parte de un profesor debe hacer parte de un proceso que termine con una decisión motivada de su parte. 166
- 2. SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO A LA PERMANENCIA..... 168
 - 2.1. EL DERECHO A LA PERMANENCIA DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD O CON HABILIDADES EXCEPCIONALES..... 169
 - 2.1.1. El derecho a la educación especial de los menores de edad con habilidades excepcionales es fundamental y la acción de tutela es un mecanismo judicial idóneo para su protección..... 172
 - 2.1.2. El derecho a la educación especial es un recurso extremo. Se ordenará a través de acción de tutela sólo cuando hayan razones científicas que la hagan imperiosa. 173
 - 2.1.3. Aunque esté probada la necesidad de educación especial, ésta no puede ser excusa para negar el acceso a la educación ordinaria. Si no existe establecimiento educativo especializado, el menor de edad debe recibir educación ordinaria. Si el centro existe, y el menor de edad lo requiere, es deber del juez de tutela ordenar que se imparta educación especial. 174
 - 2.1.4. Las instituciones educativas, así no sean especializadas, deben asumir la responsabilidad de educar a los niños hiperactivos o con déficit de atención.175
 - 2.1.5. La expulsión de un niño del servicio educativo especial que se le viene prestando, o la imposición de sanciones, no son decisiones que pueda adoptar inconsulta o unilateralmente la institución a cuyo cargo ha sido confiado. ... 176
 - 2.2. EL DERECHO A LA PERMANENCIA DE LOS NIÑOS TRABAJADORES 177
 - 2.2.1. Los padres no pueden privilegiar el trabajo del niño sobre su educación. Pero si un mayor de catorce años tiene necesariamente que trabajar para sostener la

	familia, para evitar que el menor deje de estudiar, se le debe permitir el acceso a la educación nocturna, e incluso, a la educación para adultos.	179
2.2.2.	Los niños y niñas tienen derecho a ser protegidos contra trabajos riesgosos que obstaculicen su educación. Los trabajos que se opongan a su proceso educativo están proscritos.	181
2.3.	EL DERECHO A LA PERMANENCIA DE LA MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO	181
2.3.1.	El derecho a la permanencia en una institución educativa no puede condicionarse a que las estudiantes no se encuentren en estado de embarazo. Las instituciones educativas no pueden exigir exámenes médicos para comprobarlo.....	183
2.3.2.	Las instituciones educativas, así tengan un proyecto educativo fundado en una determinada visión ética o religiosa del mundo, no pueden retirar arbitrariamente a una niña por el solo hecho de su embarazo, porque se configura un acto discriminatorio y se vulnera el derecho ser madre y a la dignidad humana.....	183
2.3.3.	Si una mujer tiene que suspender sus estudios ante un embarazo riesgoso, las instituciones educativas deben reservar su cupo.	185
3.	OBLIGACIONES DE ADAPTABILIDAD PARA GARANTIZAR LA PERMANENCIA EN EL SISTEMA EDUCATIVO	186
3.1.	OBLIGACIONES DE ADAPTABILIDAD DE EFECTO INMEDIATO	186
3.1.1.	La obligación de garantizar la permanencia de los menores de edad en la educación pública básica obligatoria.....	186
3.1.2.	La obligación de adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar	188
3.1.3.	Obligaciones del Estado frente a personas en situación de discapacidad.....	188
3.1.4.	La obligación de adaptar la educación para el menor de edad trabajador	194
3.1.5.	La obligación de velar por que la madre gestante no sea castigada por el hecho de su embarazo	196
3.2.	OBLIGACIONES DE ADAPTABILIDAD DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO ..	197
3.2.1.	La obligación de formular planes de estudio adaptados a las necesidades de hoy	197
3.2.2.	La obligación de formular planes de estudio idóneos en educación básica para alumnos de todas las edades	197
3.2.3.	La obligación de fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la enseñanza básica para quienes no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria	197

3.2.4.	La obligación de generalizar la instrucción técnica y profesional para garantizar la plena efectividad del derecho al trabajo	199
4.	CREACIÓN DE INDICADORES BASADOS EN EL DERECHO A LA PERMANENCIA Y LAS OBLIGACIONES DE ADAPTABILIDAD	200
4.1.	INDICADORES ACTUALES DE PERMANENCIA.....	200
4.2.	INDICADORES BASADOS EN EL DERECHO A LA PERMANENCIA Y LAS OBLIGACIONES DE ADAPTABILIDAD.....	202
4.2.1.	Indicadores de efecto inmediato.....	202
4.2.2.	Indicadores de progresividad.....	204

CAPÍTULO IV: LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN205

1.	EL DERECHO A LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN.....	206
1.1.	EL DERECHO A QUE LA ENSEÑANZA SE IMPARTA POR PERSONAS DE RECONOCIDA IDONEIDAD ÉTICA Y PEDAGÓGICA	208
1.1.1.	Los estudiantes tienen derecho a que la enseñanza esté a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica.	209
1.2.	EL DERECHO A LA EDUCACIÓN PRESTADA EN CONDICIONES DIGNAS... ..	210
1.2.1.	Los castigos degradantes, humillantes o crueles vulneran el derecho a la dignidad humana.	211
1.2.2.	Las inadecuadas condiciones ambientales y de salubridad en que se preste el servicio educativo vulneran el derecho a la educación.....	213
1.2.3.	El deterioro de la planta física de los centros educativos pone en riesgo la vida de los estudiantes y vulnera su derecho a educarse. Las autoridades municipales tienen la obligación de dar solución a estos problemas.	213
1.2.4.	Ante la inminencia de un perjuicio irremediable, la tutela es procedente para ordenar a las autoridades correspondientes garantizar la seguridad en las instituciones educativas.	214
1.2.5.	El derecho de los mayores de edad a la calidad de la educación no se vulnera cuando la deficiencia en la prestación del servicio no llega a anular la prestación misma, ni cuando las faltas pueden ser explicadas razonablemente como manifestación de la situación económica del país.	214
1.3.	EL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A RECIBIR UNA ADECUADA EDUCACIÓN SEXUAL EN LOS CENTROS DOCENTES.....	216
1.3.1.	Constitucionalmente, la educación sexual de los menores de edad es un asunto que incumbe de manera primaria a los padres. Sin embargo, los colegios están en la obligación de participar en ello. El Estado, en virtud de la facultad estatal	

	de regular y ejercer la inspección y vigilancia de la educación, tiene la obligación de garantizar la educación sexual adecuada y oportuna.	216
1.3.2.	Una explicación inapropiada de educación sexual puede causar una vulneración continua de los derechos a la educación, intimidad, identidad y dignidad humana de los menores de edad. El Estado tiene la obligación, a través de una labor pedagógica, de aminorar los efectos producidos por un tema educativo incorrectamente suministrado.	218
2.	SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ACEPTABILIDAD DE LA EDUCACIÓN.....	221
2.1.	EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS INTEGRANTES DE GRUPOS ÉTNICOS MINORITARIOS.....	222
2.1.1.	La calificación de una lengua como oficial en un territorio determinado genera el derecho de las minorías étnicas a que la enseñanza se imparta en esa lengua.	222
2.1.2.	Cualquier acción de las autoridades públicas o de los particulares que implique violación o amenaza de la diversidad étnica y cultural de una comunidad étnica, puede configurar la amenaza o vulneración del derecho a la educación.	224
3.	OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE ACEPTABILIDAD DE LA EDUCACIÓN.....	226
3.1.	OBLIGACIONES DE ACEPTABILIDAD DE EFECTO INMEDIATO	227
3.1.1.	La Obligación de brindar una específica calidad en el servicio educativo	227
3.1.2.	La obligación de establecer las normas mínimas en materia de enseñanza que deben cumplir las instituciones educativas.....	230
3.1.3.	La obligación de ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación	232
3.1.4.	La obligación de adoptar las medidas necesarias para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana	233
3.1.5.	Obligaciones de aceptabilidad en materia del derecho a la educación de los integrantes de minorías étnicas y raciales.....	234
3.2.	OBLIGACIONES DE ACEPTABILIDAD DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO...	236
3.2.1.	La obligación de mejorar continuamente el nivel remunerativo e intelectual de los profesores.....	236
3.2.2.	Hacer que todos los niños y las niñas dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales	237
4.	CREACIÓN DE INDICADORES BASADOS EN EL DERECHO A LA CALIDAD Y LAS OBLIGACIONES DE ACEPTABILIDAD	238

4.1.	INDICADORES ACTUALES DE CALIDAD	238
4.2.	INDICADORES BASADOS EN EL DERECHO A LA CALIDAD Y LAS OBLIGACIONES DE ACEPTABILIDAD	239
4.2.1.	Indicadores de efecto inmediato.....	240
4.2.2.	Indicadores de progresividad.....	241

CAPÍTULO V: LOS DERECHOS DE LIBERTAD EN LA EDUCACIÓN.....242

1.	CONTENIDO NORMATIVO DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD EN LA EDUCACIÓN	242
1.1.	LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA, APRENDIZAJE, INVESTIGACIÓN Y CÁTEDRA	242
1.2.	LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA	245
1.3.	EL DERECHO DE LOS PADRES A ESCOGER LA EDUCACIÓN DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD.....	247
1.3.1.	La escogencia de los padres de la educación que recibirán sus hijos, aún en el caso de divorcio, es conjunta.....	250
1.3.2.	El derecho de escogencia no representa discreción para aceptar o rechazar la convocatoria a cumplir con la obligación que los mayores de quince años tienen de prestar el servicio militar.	251
1.3.3.	El derecho de los padres a escoger la formación de sus hijos no los faculta a imponerles creencias religiosas que pongan en riesgo su salud e integridad física.	252
1.4.	EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS ESTUDIANTES EN LAS DECISIONES QUE LOS AFECTAN Y EN LA COMUNIDAD EDUCATIVA.....	252
1.4.1.	El derecho de participación de los estudiantes en las decisiones que los afectan y en la comunidad educativa es fundamental.	254
1.4.2.	Los estudiantes tienen derecho a disentir y manifestar opiniones diferentes a través de los mecanismos institucionales. Es deber de las instituciones educativas establecer un procedimiento claro y expreso en los manuales de convivencia que les permita ejercer ese derecho.....	255
1.4.3.	Los establecimientos educativos pueden limitar en los manuales de convivencia el acceso a un cargo escolar de responsabilidad a través de criterios de disciplina y buen nivel académico.....	256
2.	SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHOS DE LIBERTAD.....	258

2.1.	LA LIBERTAD RELIGIOSA. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LAS MINORÍAS RELIGIOSAS	258
2.1.1.	En ningún caso se puede condicionar la matrícula del estudiante por factores religiosos.....	260
2.1.2.	Libertad religiosa de niños y niñas en el sistema educativo: los padres tienen derecho a rehusar que sus hijos reciban una específica educación religiosa. .	261
2.1.3.	Libertad religiosa de los adultos en el sistema educativo: las instituciones educativas no pueden a) conducir a que un estudiante, contra su voluntad, cambie sus convicciones religiosas; b) calificar las creencias religiosas de los estudiantes; ni c) presionar a los estudiantes a revelar sus convicciones o creencias.	263
2.2.	LA LIBERTAD SEXUAL. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LAS MINORÍAS SEXUALES.....	264
2.2.1.	Las instituciones educativas no pueden discriminar a un estudiante por su orientación sexual.....	264
2.2.2.	La exteriorización de la opción sexual que vulnere el derecho ajeno o interfiera con los objetivos, funciones y disciplina legítimamente instituidos de un establecimiento educativo puede ser objeto de sanción, no por la opción sexual en sí misma, sino por afectar la disciplina de la institución.	265
3.	CREACIÓN DE INDICADORES BASADOS EN LOS DERECHOS DE LIBERTAD EN LA EDUCACIÓN.....	268
	CONCLUSIÓN	269

PRESENTACIÓN

El Defensor del Pueblo tiene dentro de sus funciones constitucionales la de orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos (artículo 282, numeral 1 de la Constitución). De igual forma, entre sus responsabilidades legales está contemplada la obligación de difundir el conocimiento de la Constitución Política de Colombia, especialmente en lo concerniente con los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y del ambiente (artículo 9, numeral 6 de la Ley 24 de 1992).

En cumplimiento de estos deberes, se presenta a continuación el primer documento de análisis de los derechos económicos, sociales y culturales del proyecto ProSeDHer de la Defensoría del Pueblo. Este texto pretende llenar un vacío existente en la doctrina constitucional de Colombia y afrontar, con una metodología de investigación novedosa y un planteamiento dogmático de profundos efectos teóricos, el reto de sistematizar las fuentes jurídicas de los derechos económicos y sociales. En efecto, el estudio que se publica parte del análisis sistemático de las normas y la jurisprudencia constitucionales, las normas consagradas en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia y la doctrina internacional de los mecanismos convencionales y no convencionales de los sistemas regional y universal de protección de derechos humanos. El estudio de tales fuentes permite construir los estándares mínimos no negociables de los derechos económicos y sociales en nuestro país, así como compendiar el mapa de obligaciones a cargo del Estado para su realización efectiva. Este tipo de esfuerzo -que tiene como proyección directa el fortalecimiento y la organización de la gestión defensorial- tiene muy pocos antecedentes a nivel nacional e internacional.

Con frecuencia se escucha que la educación es una responsabilidad compartida por diferentes actores, entre ellos el Estado. Empero, en un contexto de exigibilidad difusa (en el que el titular del derecho desconoce a qué está obligado exactamente el Estado), las demandas de la sociedad civil no tienen mayor resonancia ante las autoridades estatales competentes. Por esta razón, el texto intenta concretar las exigencias que pueden hacerse al Estado en materia educativa. Para lograr este objetivo, el documento extrae de los instrumentos internacionales y la Constitución las obligaciones estatales, las clasifica, y las correlaciona con el contenido esencial del derecho a la educación.

El propósito que tiene este documento en el Proyecto Defensorial ProSeDHer y en el proceso de exigibilidad política y judicial del derecho a la educación, es servir como fundamento a la evaluación y seguimiento de las políticas públicas que se despliegan en materia educativa. Además, constituye un ineluctable referente para la construcción de indicadores e instrumentos de medición que permitan hacer seguimiento a la actividad estatal, a partir de las obligaciones internacionales del Estado colombiano y del contenido constitucional mínimo de los derechos que involucra cada tema bajo análisis.

El texto también busca fortalecer el grado de conocimiento institucional de los sectores, grupos poblacionales y problemáticas sobre los cuales la Defensoría del Pueblo tiene que desplegar su acción. De alcanzar este propósito, tanto las posibilidades de intervención, seguimiento y control sobre las entidades públicas responsables de la materialización del derecho a la educación, como las fortalezas que posee la Defensoría del Pueblo para efectuar recomendaciones pertinentes, se incrementarán sustancialmente.

Este, como los restantes documentos que generará ProSeDHer, constituye una herramienta fundamental para el trabajo que desarrollan organizaciones sociales, cuya labor en relación con la exigibilidad judicial y política de los derechos humanos requiere de un soporte teórico riguroso, técnico y sistemático. Esperamos que estos documentos ayuden a satisfacer tal necesidad.

La educación es un derecho excepcionalmente valioso para la construcción de una sociedad más igualitaria, para la lucha contra la segregación y la exclusión social, para fortalecer los valores democráticos en el conjunto de la población, y para promover el desarrollo económico. Su realización efectiva en el Estado Social y Democrático de Derecho es condición necesaria para generar los profundos cambios que urge Colombia. En el camino de su exigibilidad, el presente documento es un paso importante.

Eduardo Cifuentes Muñoz
Defensor del Pueblo

PRÓLOGO

(Katarina Tomasevsky)

INTRODUCCIÓN

El propósito fundamental de este escrito es definir el alcance y contenido normativo del núcleo esencial del derecho a la educación, es decir, el referente mínimo o contenido no negociable del derecho, exigible inmediatamente al Estado y directamente tutelable. Aunque no todo el derecho a la educación se agota en ese núcleo, es indispensable conocerlo para determinar las obligaciones que tiene el Estado para su realización efectiva.

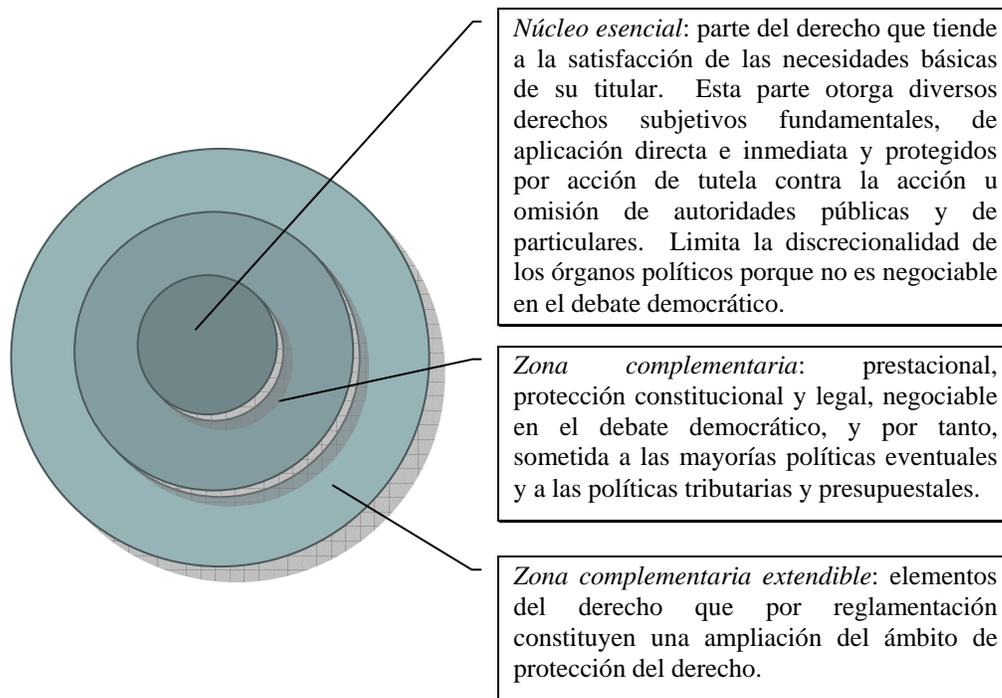
Este documento tiene como destinatarios tres grupos distintos de sujetos: los funcionarios estatales que se ocupan de la justiciabilidad del derecho a la educación (v. gr., jueces de tutela), las instituciones estatales responsables de la realización del derecho a la educación (creadoras, ejecutoras y evaluadoras de políticas públicas), y los titulares del derecho (los estudiantes). Se ha querido otorgar particular atención a estos últimos, para brindar el acceso a la más completa información posible en relación a sus derechos y a las circunstancias en que pueden hacerlos exigibles. En este sentido, el libro pretende servir como material de exigibilidad para el titular del derecho y la comunidad en general. Delimitado el contenido esencial de la educación es posible para el individuo saber exactamente a qué tiene derecho, a quiénes puede exigir su realización, y qué mecanismos puede emplear para su realización efectiva¹.

Según la Corte Constitucional, el núcleo esencial de los derechos fundamentales es aplicable directamente, aún si no existe ley que lo desarrolle. Siendo la educación un derecho fundamental de los menores de edad, es por tanto directamente tutelable, y el juez constitucional está facultado para ordenar a los sujetos obligados al cumplimiento de sus respectivas responsabilidades, a fin de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas del niño. Sin embargo, es necesario comentar que existen otras esferas del derecho a la educación que se derivan de las normas legales y reglamentarias, pero al no hacer parte del núcleo esencial, su estudio escapa a los objetivos de este texto. Para dar mayor claridad, es conducente citar a la propia Corte:

¹ En este documento se parte de la base de que, a través de la interpretación constitucional efectuada por la Corte Constitucional sobre el alcance del derecho a la educación, es posible determinar su contenido, y por ende, las obligaciones correlativas que son exigibles a la familia, la sociedad y el Estado. El efecto práctico de adoptar esta postura es que borra las pretendidas diferencias estructurales entre derechos civiles y derechos sociales, y les concede justiciabilidad. Sobre el tema puede consultarse: ARANGO, Rodolfo. *La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales*. Revista de Derecho Público No. 12. Junio de 2001. Universidad de los Andes. Facultad de derecho. p. 185-220. Texto presentado en el Foro sobre Derecho Constitucional y Economía: balance y perspectivas, marzo 6 de 2001.

[L]os derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un doble contenido. En primer lugar, se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles mediante la acción de tutela. En segundo término, se integran de una zona complementaria, que es definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales².

Esta estructura interna de los derechos fundamentales podría graficarse así:



En el caso concreto del derecho a la educación, su núcleo esencial lo constituyen cuatro derechos: la **disponibilidad** de la educación, el **acceso** a la educación, la **permanencia** en el sistema educativo y la **calidad** de la educación. Adicionalmente, el derecho a la educación está relacionado con **derechos de libertad** que se desarrollan fundamentalmente en el ámbito educativo. Esto permite dividir el texto en cinco capítulos. En cada uno se analiza la protección constitucional del derecho en cuestión, a partir de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, siguiendo el método de análisis de subreglas y líneas jurisprudenciales (que se explicará en líneas posteriores).

² Sentencia SU-225 de 1998.

Una vez definido el núcleo esencial, es preciso conocer las obligaciones correlativas que impone a la familia, la sociedad, y el Estado, sujetos que según la Constitución, son los responsables de la educación. En este punto, el texto se concentra en las obligaciones a cargo del Estado, mas no por ello desestima la importancia de las obligaciones en cabeza de la familia y la sociedad. Este énfasis se otorga ya que el libro abriga entre sus objetivos el poder servir como instrumento para el seguimiento, monitoreo y evaluación de las políticas públicas en educación, teniendo como presupuesto que, una vez definido el núcleo esencial, es posible establecer si las políticas públicas del gobierno cumplen con ese mínimo. Esa es la razón por la cual este estudio prioriza aquellos asuntos que sólo pueden ser atendidos por el Estado - bien por su naturaleza, ora por que los restantes sujetos no se encuentran en capacidad de asumir la obligación-. Y es también la razón por la cual se distingue entre aquellas obligaciones que tienen efecto inmediato de aquellas que sólo son de cumplimiento progresivo (pero que una vez configuradas legalmente aparejan obligaciones como la prohibición de regresividad, la incorporación al núcleo esencial del derecho y la procedencia de la acción de tutela, en las condiciones fijadas por el legislador).

Para delimitar el contenido y alcance normativo del derecho a la educación se han articulado dos herramientas jurídicas. De un lado, la interpretación de las normas constitucionales y de los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; del otro, la extracción de las subreglas constitucionales que la Corte Constitucional ha empleado para dar solución a controversias suscitadas en torno al tema educativo, y que se han convertido en precedentes jurisprudenciales aplicables a casos análogos. Es preciso hacer una breve exposición que esclarezca en qué consisten y por qué se acude a ellos para demarcar el núcleo esencial del derecho a la educación.

La delimitación del contenido de un derecho a partir de subreglas jurisprudenciales

El documento delimita el contenido esencial del derecho a la educación a partir del análisis jurisprudencial de las sentencias de la Corte Constitucional sobre el derecho a la educación y la extracción de la **subregla jurisprudencial** de cada sentencia. Para lograrlo, se analizaron todas las sentencias que sobre el tema ha fallado la Corte Constitucional hasta noviembre de 2002 y en la mayoría de los casos se han escogido para la presentación de las subreglas las sentencias hito³.

³ Algunas sentencias confirmatorias también se han empleado para efectuar la presentación de las subreglas en este documento.

Para explicar el concepto de subregla es preciso acudir primero a la definición de **norma adscripta**. Siguiendo a ROBERT ALEXY⁴, son normas de derecho constitucional tanto las dictadas directamente en el texto de la Carta Política como las normas adscriptas, entendidas estas como las normas que son resultado de una ponderación iusfundamentalmente correcta efectuada por el órgano que ejerce el control constitucional. Mediante una norma adscripta el estado de cosas sometido a una decisión puede ser subsumido, al igual que si fuera una norma legislada. Las subreglas jurisprudenciales son normas adscriptas que **constituyen el principio explicativo de una sentencia** y que, por lo tanto, se pueden aplicar a fallos posteriores con hechos materiales **sustancialmente análogos** (pues los jueces deben estarse a lo decidido en el precedente previo⁵). En consecuencia, las subreglas jurisprudenciales son normas de derecho constitucional que se obtienen a través de la extracción de la justificación jurídica de la decisión⁶, y son referentes necesarios para definir el contenido y alcance de un derecho fundamental.

Para la comprensión cabal de una subregla jurisprudencial es necesario conocer: los hechos en que se basó la decisión, la razón de la decisión (que no es otra que el conjunto de conceptos de la parte motiva de las sentencias que guardan relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive), y la decisión misma. Por lo tanto, en este documento la presentación de las subreglas tiene en general tres partes: la primera, una exposición breve de los hechos relevantes del caso; la segunda, la razón de la decisión invocada por la Corte Constitucional para fallar en uno u otro sentido; y la tercera, la orden concreta adoptada por la Corte. Para dilucidar el por qué de esta presentación, es importante citar a la Corte Constitucional:

“sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, ésta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella”⁷.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁵ Es lo que se conoce en la doctrina constitucional como *stare decisis*.

⁶ Para una ampliación de este concepto y el estudio de una propuesta metodológica para la extracción de subreglas, se recomienda consultar: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2000.

⁷ Sentencia C-037 de 1996.

Cuando se desea aplicar una subregla de la Corte a un caso posterior concreto es necesario determinar si los hechos materiales son sustancialmente análogos al caso fallado por la Corte. De ahí la importancia de relatar los hechos⁸. Y la exposición de la parte motiva que guarda directa relación con la parte resolutive se debe a que ella, en sí misma es la subregla jurisprudencial. Esta parte de la sentencia que constituye la **razón necesaria** para decidir el caso es lo que se conoce como *ratio decidendi*, y puede servir como herramienta para la demarcación del contenido de un derecho en razón a su fuerza vinculante y a su valor como precedente, que garantiza el derecho a la igualdad de las personas que se hallen en circunstancias análogas al caso fallado por la Corte.

La delimitación del contenido de un derecho a partir del bloque de constitucionalidad

En este documento se citan las normas internacionales que hacen parte de tratados ratificados por Colombia que imponen obligaciones al Estado para **asegurar o proteger los derechos que hacen parte del núcleo esencial del derecho a la educación**⁹, y se expone el alcance de estas normas a través de las interpretaciones que los organismos competentes han realizado sobre ellas. Estas normas sirven como herramienta para la delimitación del contenido de un derecho por ser parte del llamado “Bloque de Constitucionalidad”, definido por la Corte como el conjunto de

normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*¹⁰.

⁸ Véase *infra*, capítulo III, 1.1.3. Es un ejemplo de aplicación errónea de un juez de tutela de una subregla jurisprudencial por tratarse de una situación relevantemente distinta de aquella que dio origen a la subregla.

⁹ En este documento se ha seguido la teoría según la cual los derechos fundamentan los deberes, y se prueba que un derecho puede fundamentar varios deberes, aunque éstos sean insuficientes para garantizar a plenitud el derecho. Sobre el debate acerca de cómo se correlacionan derechos con deberes, se sugiere la lectura de HOHFELD, W. N. *Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*. 23 Yale Law Journal, 16, 1913; MACCORMICK, N. *Rights in Legislation. Law, Morality and Society*. Oxford, 1977; RAZ, J. *On the Nature of Rights*. Mind 93, 1984; MARTIN, R. *A System of Rights*. Oxford, 1993.

¹⁰ Sentencia C-225 de 1995.

La jerarquía constitucional de un instrumento internacional sólo puede otorgarla la Constitución. Al respecto, la Corte ha sostenido que “siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”¹¹. En materia de derechos humanos, la Carta ordena que sean integrados normativamente a ella los “tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción” (artículo 93 C. P.).

Por virtud del artículo 93 de la Constitución Política, los instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos, una vez aprobados por el Congreso y ratificados por el gobierno, tienen plena eficacia en el marco del orden jurídico interno del país y prevalecen en él, constituyendo un instrumento de interpretación de esos mismos derechos consagrados en la Constitución, ya que integran, con el resto de la Carta, un **Bloque de Constitucionalidad**, lo que permite emplearlos como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, el bloque del derecho a la educación lo conforman, además de varios artículos de la Constitución, múltiples normas consagradas en estos instrumentos internacionales:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

También se han incorporado obligaciones al Estado relativas a sujetos de especial protección en materia educativa en:

- la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
- el Convenio (No. 169 OIT) Relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes
- la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
- la Convención sobre los Derechos del Niño

Adicionalmente, se han incluido normas que hacen parte de lo que se conoce como “derecho internacional consuetudinario” o “costumbre internacional”. Aunque no tienen carácter vinculante (carecen de efecto jurídico obligatorio), al obtener un amplio consenso de la comunidad internacional y ser aplicadas sistemáticamente por

¹¹ Sentencia C-578 de 1999.

los Estados, consolidan una práctica general y sistemática que se deriva en la aceptación de obligaciones jurídicas. Pueden tenerse como costumbre internacional las Declaraciones, resoluciones, observaciones de los órganos creados en virtud de los tratados y los informes de los mecanismos no convencionales.

Por lo anterior, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fueron tenidas en cuenta para la elaboración del contenido normativo del derecho a la educación. Pese a que no son tratados, sus disposiciones tienen el carácter de derecho internacional consuetudinario dado que son aplicadas sistemáticamente por los Estados y establecen principios ampliamente aceptados en la comunidad internacional.

Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos y las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad también se incluyeron. Frente a los Principios, la Corte Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que hacen parte del bloque de constitucionalidad¹². En cuanto a las Normas uniformes, la Organización de las Naciones Unidas ha considerado que están en camino de alcanzar el carácter de derecho consuetudinario¹³.

Dado que la Constitución ordena que los derechos fundamentales que reconoce se interpreten de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano (artículo 93), en este libro se incorporan los

¹² Ver al respecto: sentencia SU-1150 de 2000, T-327 de 2001 y T-098 de 2002. En la sentencia T-327 de 2001 la Corte afirmó: “La interpretación más favorable a la protección de los derechos humanos de los desplazados hace necesaria la aplicación de los Principios Rectores del Desplazamiento Interno consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas, los cuales son parte del cuerpo normativo supranacional que integra el bloque de constitucionalidad de este caso”.

¹³ “Aunque no son de cumplimiento obligatorio, estas Normas pueden convertirse en normas internacionales consuetudinarias cuando las aplique un gran número de Estados con la intención de respetar una norma de derecho internacional. Llevan implícito el firme compromiso moral y político de los Estados de adoptar medidas para lograr la igualdad de oportunidades. Se señalan importantes principios de responsabilidad, acción y cooperación. Se destacan esferas de importancia decisiva para la calidad de vida y para el logro de la plena participación y la igualdad. Estas Normas constituyen un instrumento normativo y de acción para personas con discapacidad y para sus organizaciones. También sientan las bases para la cooperación técnica y económica entre los Estados, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales.

La finalidad de estas Normas es garantizar que niñas y niños, mujeres y hombres con discapacidad, en su calidad de miembros de sus respectivas sociedades, puedan tener los mismos derechos y obligaciones que los demás. En todas las sociedades del mundo hay todavía obstáculos que impiden que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos y libertades y dificultan su plena participación en las actividades de sus respectivas sociedades. Es responsabilidad de los Estados adoptar medidas adecuadas para eliminar esos obstáculos”. **NACIONES UNIDAS**. Desarrollo económico y social. Personas con discapacidades. Página de Internet dirección URL: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/dissres1.htm>

tratados internacionales que imponen obligaciones en materia educativa al Estado con su respectiva interpretación a través de la **jurisprudencia internacional**. Por ejemplo, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales equivalen a la jurisprudencia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dado que el Comité es el órgano autorizado de interpretación. La siguiente es la lista de algunos de los órganos de vigilancia de los tratados sobre derechos humanos que han interpretado los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque, y cuyos pronunciamientos se han citado en este texto:

- Comité del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
- Comité de los Derechos del Niño

Adicionalmente, organizaciones sociales y expertos en derechos humanos han estudiado el contenido y alcance de estos instrumentos internacionales. En este libro se citan dos de los documentos más importantes: los Principios de Limburgo y la Declaración de Quito. Estas fuentes, si bien no son vinculantes, han sido empleadas por organismos de Naciones Unidas como sustento de interpretación de algunas normas internacionales, por lo que vale la pena tenerlas como referente de análisis.

La tarea de agrupar el disímil cúmulo de insumos normativos, clasificarlo, analizarlo y presentarlo como una estructura ordenada sustentable en dogmática de derechos humanos no fue fácil. Como toda clasificación, la seguida por este texto puede generar controversias. Sin embargo, se ha tratado de sustentar cada categorización de derechos y obligaciones haciendo uso de los estándares internacionales. Por esta razón, se ha acudido al esquema propuesto por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación. Los informes de los Relatores, que junto a los estudios de los Grupos de Trabajo y de los Expertos Independientes hacen parte de los “mecanismos extraconvencionales de Naciones Unidas”, son fuentes doctrinarias de incalculable valor para un ejercicio de sistematización como el que la Defensoría del Pueblo presenta con este documento, pues constituyen su soporte legítimo.

Aclaraciones sobre la estructura interna del libro

El siguiente cuadro ilustra la estructura interna del libro:

Derechos	Sujetos de especial protección constitucional priorizados en torno al contenido del derecho	Obligaciones del Estado correlativas al derecho	Indicadores para medir la realización del derecho
----------	---	---	---

Disponibilidad	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Niños y niñas rurales 	Obligaciones de Asequibilidad	Indicadores de gasto en educación
Acceso	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Mujeres ▪ Personas en situación de desplazamiento forzado 	Obligaciones de Accesibilidad	Indicadores de Cobertura
Permanencia	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Niños y niñas en situación de discapacidad o con habilidades excepcionales ▪ Niños y niñas trabajadores ▪ Mujer en estado de embarazo 	Obligaciones de Adaptabilidad	Indicadores de Eficiencia Interna
Calidad	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Grupos étnicos 	Obligaciones de Aceptabilidad	Indicadores de Calidad
Libertad	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Minorías religiosas ▪ Minorías sexuales 		Propuesta: indicadores de participación social

La división temática no sólo apunta a la deóntica del derecho, sino a la perspectiva de autores como AMARTYA SEN¹⁴, que proponen que los derechos no son sólo un límite al poder político, sino además un criterio orientador de la acción estatal en la decisión de sus políticas públicas. Con el esquema propuesto en este texto, se pretende resaltar el papel del Estado Social de Derecho en la realización del derecho a la educación en Colombia, los objetivos y fines que se deben perseguir para lograrlo, y los factores que deben tenerse en consideración para evaluar la progresividad o regresividad de las políticas públicas que implante para tal efecto.

Los apartes relativos a sujetos de especial protección constitucional, analizados en cada derecho, pueden resultar fundamentales a la hora de proponer políticas públicas frente a ellos, buscando dar respuesta a sus necesidades educativas más apremiantes. Sin embargo, debe entenderse que la especial protección que la Constitución les concede es aplicable frente a **todo** el derecho a la educación, y no sólo frente a su acceso, permanencia o calidad. Por ejemplo, al estudiar el derecho a la educación de los niños y niñas trabajadores en el capítulo sobre permanencia, se pretende poner en relieve que el problema en esencia es la deserción escolar. La mayoría de los niños trabajadores se encontraban en los primeros grados de enseñanza primaria antes de comenzar a trabajar, hasta que su labor los obligó a abandonar sus estudios. Pero el que se enfatice su derecho a la permanencia no significa ignorar su derecho de acceso o la calidad de su educación. También vale la pena advertir que **todos** los sujetos de especial protección (y no sólo los incluidos aquí) son beneficiarios de este amparo, pero en este documento se han querido resaltar los sujetos más vulnerables en lo que atañe al derecho a la educación.

Una aclaración final es necesaria para la comprensión cabal de la estructura del texto. Los derechos que hacen parte del núcleo esencial se relacionan entre sí. No puede

¹⁴ SEN, Amartya. *Desarrollo y libertad*. 3 ed. Bogotá: Planeta colombiana, 2000.

entenderse el derecho a la permanencia sin la protección del acceso, ni puede realizarse plenamente la permanencia sin que se proteja la calidad de la educación. De igual forma, las obligaciones se entrelazan con todos los derechos, porque garantizan el derecho a la educación en su conjunto, sólo que propenden directamente por la realización de algún derecho en concreto. Por ejemplo, si bien es claro que las obligaciones de accesibilidad aseguran primariamente el derecho de acceso, también protegen otros derechos como la igualdad. De igual forma, las obligaciones de asequibilidad se relacionan transversalmente con los derechos de acceso, permanencia y calidad, aunque pueda sostenerse una estrecha unión con el derecho de disponibilidad e incluso con derechos de libertad. En conclusión, la relación entre derechos del núcleo esencial y obligaciones a cargo del Estado no genera compartimentos estancos, sino múltiples redes que se entrelazan y se supeditan entre sí.

CONCEPTOS GENERALES

La educación ha sido consagrada constitucionalmente con un doble carácter: como un derecho de la persona, y como un servicio público que tiene una función social. En tanto derecho, su titularidad surge de la calidad de persona, y no de la ciudadanía ni de la nacionalidad¹⁵: todas las personas naturales son titulares del derecho¹⁶, y son responsables del mismo tanto el Estado, como la comunidad y la familia. Por tratarse además de un derecho-deber, se reconoce a todo ser humano el interés jurídicamente protegido de recibir una formación acorde con sus habilidades, cultura, tradiciones, etc., pero así mismo, se le impone el deber de cumplir con las obligaciones académicas y disciplinarias correspondientes. Como servicio público, se destacan las obligaciones estatales de garantizar la continuidad, aumentar la cobertura, y mejorar la calidad del servicio educativo.

La educación constituye un factor de desarrollo humano crucial para adquirir las herramientas necesarias para el desenvolvimiento en el medio cultural en que se habita¹⁷; se concreta en un **proceso de formación** personal, social, y cultural de carácter permanente, que busca el **acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura**¹⁸; y su realización efectiva dignifica a la persona.

La Constitución no se limita simplemente a afirmar la existencia de un derecho a la educación y de un servicio público educativo. La Carta dota a la educación de un contenido específico, y le otorga un papel preponderante en nuestro proyecto nacional, fundamental para el desarrollo integral de los seres humanos, la solidez democrática de la República, el desarrollo económico y la riqueza cultural de la nación.

Para facilitar la lectura y comprensión del presente documento, especialmente por parte de quienes no son expertos en derecho constitucional o derecho internacional de los derechos humanos, se ha considerado relevante hacer una breve descripción de los conceptos generales que ordenan y dan estructura a la investigación. Se explicará el

¹⁵ Sentencia T-416 de 1996.

¹⁶ Sentencia T-373 de 1993.

¹⁷ Sobre el tema de la educación como factor de desarrollo humano pueden consultarse entre otras, las sentencias T-543 de 1997, T-019 de 1999, T-780 de 1999, y T-1290 de 2000.

¹⁸ Ley 115 de 1994 Artículo 1° y Sentencia T-124 de 1998.

concepto de educación como derecho fundamental y como servicio público, las clasificaciones de las obligaciones del Estado en materia educativa que se emplearán en este texto y la razón por la cual es necesario crear indicadores en perspectiva del contenido del derecho.

LA EDUCACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En la teoría constitucional colombiana, un derecho se define como fundamental si cuenta con mecanismos reforzados de protección, es decir, si ante su vulneración por la acción u omisión del Estado o de los particulares es procedente la acción de tutela. Esta definición admite no sólo la posibilidad de reconocer como derechos **fundamentales** aquellos positivamente sancionados como tales por la Constitución, sino también los derechos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional pueda considerar como fundamentales, a partir de una interpretación armónica de la Carta. De esta forma, la jurisprudencia ha reconocido el carácter de fundamental del derecho a la educación, pese a que no se encuentra consagrado en el capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución. Al respecto, la Corte desde sus primeras sentencias, sostuvo:

El hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991. El juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalística o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una “especial labor de búsqueda” científica y razonada por parte del juez¹⁹.

La Corte Constitucional ha calificado el derecho a la educación como un derecho de carácter fundamental, y por tanto, de aplicación inmediata, en dos eventos:

- Cuando quien exige la prestación del servicio es un **menor de edad** (lo que le otorga prevalencia sobre los derechos de los demás ciudadanos), conforme a lo establecido en el artículo 44 de la Constitución.
- Cuando la amenaza o vulneración del derecho a la educación aparece la amenaza o vulneración de otro derecho **de carácter fundamental**, como la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad o el debido proceso.

¹⁹ Sentencia T-002 de 1992.

El derecho a la educación adquiere carácter fundamental cuando su titular es un menor de edad debido a que los niños y niñas fueron elevados constitucionalmente a sujetos merecedores de un tratamiento prioritario y especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado. La condición física y mental del niño convoca la protección especial del Estado y le concede validez de acciones y medidas para mitigar su situación de debilidad, propulsando el principio de igualdad.

Respecto del carácter fundamental del derecho a la educación por su conexidad con otros derechos fundamentales, pueden citarse los casos más frecuentes en que la afectación del derecho a la educación se deriva de la amenaza o vulneración de otros derechos:

- Cuando se vulnera el derecho a la igualdad de acceso o de permanencia en el sistema educativo, o cuando el estudiante es discriminado por una institución educativa.
- Cuando se reprime el derecho al libre desarrollo de la personalidad al fijar, sin justificación razonable, restricciones a la apariencia personal o a decisiones de tipo personal (como vivir en unión libre o contraer matrimonio).
- Cuando se impide ejercer el derecho de participación de los estudiantes en las decisiones que los afectan y en la comunidad educativa.
- Cuando se imponen sanciones a un estudiante sin brindarle la oportunidad para presentar pruebas y ejercer su derecho de defensa.
- Cuando a un estudiante se aplican castigos degradantes, humillantes o crueles, vulnerando su derecho a la integridad personal.

EL NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

El derecho a la educación no es absoluto y puede estar sujeto a regulación²⁰. Pero toda regulación tiene que respetar unos contenidos mínimos que establece la Constitución y que no son negociables. Los instrumentos internacionales imponen al Estado colombiano la obligación de limitar el derecho a la educación únicamente a través de leyes, y sólo en la medida “compatible con la naturaleza del derecho” y con el objeto exclusivo de promover el bienestar general. En dirección semejante, la

²⁰ Sentencia T-092 de 1994. Sobre la naturaleza del derecho a la educación pueden consultarse también las sentencias T-573 de 1995 y T-881 de 2000.

jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la educación puede ser limitado a través de leyes o reglamentos de las instituciones educativas, siempre que no se desconozca su “núcleo esencial”²¹.

Prohibición de afectación del núcleo esencial del derecho a la Educación en los instrumentos internacionales

Sobre el tema, los instrumentos internacionales de mayor relevancia son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador:

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Esta disposición debe interpretarse en concordancia con el numeral 1 del artículo 5 del Pacto, que, aplicado al derecho a la educación, prohíbe la interpretación del instrumento internacional en el sentido de reconocer al Estado, grupo o individuo la facultad para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción del derecho, o a su limitación en medida mayor que la prevista en el Pacto.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera que el artículo 4 del Pacto, relativo a las limitaciones legalmente permisibles, tiene por objeto fundamental proteger los derechos individuales, no la indulgencia ante la imposición de limitaciones por parte del Estado²². Y cita como ejemplo de violación del artículo 4 en materia educativa el cierre de instituciones de enseñanza en épocas de tensión política sin ajustarse a lo dispuesto por el artículo 4²³.

El Protocolo de San Salvador incorpora una normatividad semejante:

²¹ “Si bien los derechos, y particularmente los considerados como fundamentales, no se pueden desconocer en su esencia bajo ninguna situación, no se vulneran cuando se regulan para su adecuado ejercicio, ni tampoco cuando se limitan por la ley o la misma Carta para viabilizar el cumplimiento de los deberes que la Constitución le impone a las personas en beneficio de la colectividad o al servicio del Estado”. Sentencia SU-277 de 1993. Sobre los límites al derecho a la educación también pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-530 de 1993 y T-441 de 1995.

²² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 42.

²³ *Ibíd.* Párrafo 59.

Artículo 5. Alcance de las Restricciones y Limitaciones. Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

Prohibición de afectación del núcleo esencial del derecho a la Educación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En materia del derecho a la educación, la Corte ha considerado que el legislador es la única autoridad con capacidad para limitar el derecho, siempre que respete el contenido no negociable del mismo, es decir su “núcleo esencial”. La Corte, siguiendo a PETER HÄBERLE²⁴, ha propuesto una definición del núcleo esencial del derecho a la educación en estos términos:

Se denomina contenido esencial o núcleo esencial al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o las formas en que se manifieste. El núcleo esencial de un derecho fundamental, entonces, no está sometido a la dinámica de coyunturas políticas. En el caso del derecho a la educación, no es posible negar injustificadamente el acceso y la permanencia en el sistema educativo a una persona²⁵.

Esto se aplica también frente a las normas consagradas en los manuales de convivencia de las instituciones educativas. Estas regulaciones deben propender por la realización de los principios constitucionales dentro de la comunidad educativa. Por lo tanto, si un estudiante incurre en actos de indisciplina o no responde por sus obligaciones académicas, las sanciones que establezca el reglamento, siempre que sean proporcionales a la falta, son procedentes. Pero si los manuales de convivencia consagran requisitos no razonables que afectan el núcleo o contenido esencial del derecho a la educación, imponen cargas desproporcionadas o afectan derechos conexos, tales normas resultan contrarias a la Constitución y, en consecuencia, el juez de tutela deberá ordenar su inaplicación.

La identificación del núcleo esencial del derecho a la educación exige, a su turno, identificar el contenido de los derechos que lo conforman. Estos derechos son la **disponibilidad**, el **acceso**, la **permanencia** y la **calidad**. De igual forma, es preciso señalar la estrecha relación del derecho a la educación con algunos **derechos de libertad** (entre otros, la libertad de enseñanza, la autonomía universitaria, el derecho

²⁴ Ver sentencia T-002 de 1992.

²⁵ Sentencia T-944 de 2000. Sobre el tema, también pueden consultarse las sentencias T-09 de 1992, T-290 de 1996, T-329 de 1997, T-202 de 2000 y T-675 de 2002.

de escogencia de los padres de la educación que ha de brindarse a sus hijos, el derecho de participación de los estudiantes en las decisiones que los afectan y en la comunidad educativa, la libertad religiosa y la libertad sexual). A este respecto, vale la pena identificar los elementos centrales de los anteriores derechos, como componentes del derecho fundamental a la educación de los niños y las niñas:

Derecho de Disponibilidad: Todo menor de edad tiene el derecho fundamental a la existencia de un sistema educativo público que garantice la planta de docentes mínima para atender las necesidades del servicio y las escuelas suficientes en el ámbito nacional para los niveles de enseñanza básica (hasta el noveno grado). El derecho de disponibilidad implica también el derecho de los particulares para fundar establecimientos educativos, siempre que tales instituciones estén provistas de personal docente suficiente y que sus programas coincidan con los fines constitucionales y legales de la educación. La realización de la disponibilidad es necesaria para asegurar los demás derechos, particularmente el acceso y permanencia en el sistema educativo.

Derecho de Acceso: Todo menor de edad tiene el derecho fundamental de acceder a la educación pública básica obligatoria gratuita. A pesar de que la educación es obligatoria sólo hasta los 15 años, se ha hecho extensivo el derecho hasta la finalización de la minoría de edad. Por lo tanto, si un menor de 18 y mayor de 15 años demandara el acceso a la educación pública básica gratuita, pervive el amparo constitucional por tratarse de un derecho fundamental, y el Estado estaría en la obligación de concederle un cupo en una institución pública por tratarse de un derecho de aplicación inmediata.

Derecho a la Permanencia: Todo menor de edad tiene el derecho fundamental a permanecer en la educación básica pública gratuita, y en ningún caso puede ser excluido. Si el niño se encuentra en un establecimiento educativo privado, el derecho a la permanencia lo protege de la exclusión durante el año escolar, a pesar de la morosidad de los padres en el pago de matrículas y pensiones. El derecho a la permanencia de los mayores de edad está sujeto a la aprobación académica y disciplinaria del año; por ello, puede ser privado del beneficio de permanecer en una institución educativa determinada cuando existan elementos razonables - incumplimiento académico o graves faltas disciplinarias-.

Derecho de Calidad: El contenido mínimo no negociable del derecho fundamental a la educación no se agota en los derechos de disponibilidad, acceso y permanencia en el sistema educativo. La Corte Constitucional también ha incluido el derecho a la calidad de la educación, que consiste en el derecho del estudiante a alcanzar los objetivos y fines consagrados constitucional y legalmente, independientemente de sus condiciones socioeconómicas o culturales, y a desarrollar las capacidades necesarias para producir conocimiento.

Derechos de libertad: Es necesario reconocer el ámbito de derecho civil y político que posee el derecho a la educación²⁶ y sus relaciones con derechos de libertad. Pueden destacarse, entre otras, la autonomía universitaria, la libertad de enseñanza, la libertad de investigación, la libertad de cátedra, la libertad de expresión y opinión, la libertad de elección de los padres acerca de la educación que ha de impartirse a sus hijos, el derecho de participación de los estudiantes en las decisiones que los afectan y en la comunidad educativa, la libertad religiosa en los establecimientos educativos y la libertad sexual.

Los anteriores derechos son de tal magnitud para el orden constitucional que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. Ahora bien, como se trata de la obligación constitucional de satisfacer bienes no negociables, el Estado sólo podría liberarse de su cumplimiento si demuestra que, en cualquier caso, la satisfacción de las necesidades básicas de que se trata, implicaría necesariamente la desprotección de otros bienes de idéntica entidad. En otras palabras, la aplicación directa del núcleo esencial de los derechos fundamentales de carácter prestacional sólo puede limitarse si el Estado demuestra que, pese a todos los esfuerzos razonables, le resulta imposible atenderlos sin descuidar la protección básica de otros derechos de igual categoría. No obstante, esta situación extrema debe quedar debidamente comprobada en el respectivo proceso.

LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO

Reconocido constitucionalmente el derecho de toda persona a educarse, el Estado adquiere el compromiso de desarrollar actividades regulares y continuas para satisfacer la necesidad pública de educación. Por ello, el constituyente definió la educación como servicio público, esto es, como actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien sea que se realice por el Estado, directa o

²⁶ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe anual de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2000/9 de la Comisión de Derechos Humanos.* 11 de enero de 2001. E/CN.4/2001/52, párrafo 6. Más adelante, la Relatora explica que una de las razones por las cuales se considera que el derecho a la educación no es justiciable es el olvido de su ámbito de derecho civil y político: “existe la arraigada opinión según la cual el derecho a la educación no se puede reclamar ante los tribunales. Esta opinión se basa en una clasificación del derecho a la educación entre los derechos económicos, sociales y culturales, pasando por alto el hecho de que el derecho a la educación tiene componentes civiles y políticos y que éstos son objeto de intensos litigios en todo el mundo en el plano interior y en el internacional. Además, los componentes económicos, sociales y culturales son también objeto de litigios”. *Ibíd.* Párrafo 65.

indirectamente, o por personas privadas²⁷. Del texto constitucional se extraen los principios esenciales que rigen la prestación del servicio público de educación: eficiencia, continuidad y calidad²⁸. De su naturaleza de servicio público también se deducen sus fines generales: el servicio a la comunidad, la búsqueda del bienestar general, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, y la elevación de la calidad de vida de la población²⁹. La educación busca realizar el principio material de la igualdad mediante la prestación universal del servicio educativo básico para menores de edad, ya que en la medida en que los niños y las niñas tengan igualdad de posibilidades educativas, tendrán igualdad de oportunidades en la vida para efectos de su realización como personas³⁰. De este mismo razonamiento se desprende la necesidad de propender por la permanencia de las personas en el sistema educativo.

Como servicio público, la educación requiere la inspección y vigilancia estatal, para asegurar su calidad, el logro de sus fines, y la más óptima formación moral, intelectual y física de los individuos hacia su perfección y desarrollo humanos³¹.

La prestación del servicio público educativo está condicionada por las limitaciones que surgen de las propias posibilidades operativas y de cobertura de las instituciones que la ofrecen. Sin embargo, al cumplir una función social que la coloca dentro de las actividades primordiales del Estado, la prestación del servicio educativo es prioritaria, y debe efectuarse en forma permanente, eficiente, con la máxima cobertura posible, y con niveles aceptables de calidad.

Al tener la educación la doble naturaleza de derecho y servicio público, el educando se encuentra en dos planos distintos: en el primero, es el titular de un derecho; en el segundo, es el acreedor del servicio público educativo. Dependiendo del sujeto titular del derecho, es posible distinguir tres hipótesis distintas:

- a. La relación entre estudiantes menores de edad e instituciones de educación pública básica y gratuita genera una obligación asistencial de **inmediato cumplimiento** a cargo del Estado, y un derecho fundamental para los niños.
- b. La relación entre estudiantes menores de edad e instituciones de educación privada no genera un derecho fundamental de acceso. Pero una vez ha sido

²⁷ Sentencia T-380 de 1994 y artículo 1 del decreto 753 de 1956.

²⁸ Sentencia T-406 de 1993.

²⁹ Artículo 334 y 366 de la C. P.

³⁰ Sentencia T-002 de 1992.

³¹ Sentencia T-100 de 1995.

aceptado en el centro docente, en la relación surgen derechos susceptibles de tutela constitucional: permanencia, debido proceso, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

- c. La relación entre otros sujetos y las entidades educativas públicas o privadas no genera un derecho fundamental de acceso. Sólo es tutelable la vulneración del derecho a la igualdad en el acceso, y una vez vinculado como estudiante, los derechos que puedan ser violados por conexidad con el derecho a la educación.

Es de resaltar para finalizar, que la procedencia de la acción de tutela contra instituciones educativas, aún de carácter privado³², se debe precisamente a que estas entidades **prestan un servicio público** y el educando se encuentra respecto de la institución educativa en situación de indefensión o subordinación³³.

LOS OBLIGADOS A GARANTIZAR LA REALIZACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

El debate sobre la justiciabilidad de los derechos sociales sugiere un **problema metodológico** que puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿puede determinarse, a través de instrumentos racionales, quién es el obligado y cuál es el ámbito del derecho (la obligación debida)? En este aparte se dará respuesta a la primera parte de este interrogante en relación con el derecho a la educación. Posteriormente se establecerá en detalle el conjunto de obligaciones a cargo del Estado.

Con base en la **tesis de subsidiariedad** es posible sostener que la realización de los derechos sociales genera una cadena de obligados con un grado específico de precedencia³⁴. De ello se han derivado al menos 3 niveles en que deben verse los obligados en relación con el grado de responsabilidad que asumen frente al titular del derecho. En materia del derecho a la educación, este planteamiento conduce a las siguientes afirmaciones:

³² Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

³³ Sobre la procedencia de la acción de tutela contra particulares prestadores de servicio público de educación pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-607 de 1995, T-393 de 1997, T-293 de 1998, T-037 de 1999, T-038 de 1999, T-972 de 1999, y T-1575 de 2000.

³⁴ Se aplican aquí los planteamientos de ASBJØRN EIDE sobre los distintos niveles de obligaciones del derecho a la alimentación. Sobre el punto, consultar: GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *El Derecho a la Alimentación Adecuada*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2003 (en prensa).

- En un primer nivel, los titulares del derecho son al mismo tiempo responsables por cuidar de su formación educativa, a través de sus propios esfuerzos y recursos. En este nivel, el obligado principal a la realización del derecho a la educación es la persona misma, o en el caso de los niños y las niñas –así como de otros sujetos de especial protección-, sus padres o guardadores. Son ellos los primeros responsables de la educación de sus hijos³⁵. En consecuencia, el Estado tiene en este nivel la **obligación de respetar** este derecho, evitando adoptar medidas que obstaculicen o impidan su disfrute, o que restrinjan arbitrariamente la libertad para escoger la formación más apropiada según el fuero interno de cada persona (o en el caso de los menores de edad, según sus padres o tutores)³⁶.
- El segundo nivel incluye a los titulares del derecho que no pueden satisfacer sus necesidades educativas por sus propios medios, debido a la intervención de terceros que impiden el acceso físico o económico a las instituciones educativas, o restringen su disponibilidad. En este nivel, el Estado asume **obligaciones de protección** que se concretan en la protección de la disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad de la educación, velando por que terceros, incluidos los padres y empleadores, no vulneren el derecho a la educación de los niños y niñas, v. gr., negándoles el acceso a las escuelas³⁷.
- En un nivel terciario, los titulares del derecho carecen de los recursos para brindarse educación, en razón a un entorno económico o de orden público desfavorable. En este punto, el Estado asume la **obligación de facilitar** oportunidades a través de medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar el derecho a la educación, o la **obligación de proveer** directamente servicios educativos para satisfacer las necesidades de esas personas. Estas obligaciones de facilitar y proveer se clasifican como **obligaciones de cumplimiento**³⁸.

³⁵ La primera responsable de la educación de los niños y niñas es la familia. Así lo ha sostenido reiteradamente la Corte Constitucional: “[L]a Corte ha señalado que la familia como núcleo fundamental de la sociedad es el primer responsable de la educación de los hijos, por lo que no es dable exigir al colegio que, en aplicación del principio de solidaridad, se constituya en el único encargado de la educación y formación en valores de los menores que se encuentran a su cargo. (...) Así pues, las obligaciones que adquiere el colegio con el educando, en virtud de la celebración del contrato educativo, no pueden entenderse como una ‘exoneración de la responsabilidad’ de los padres respecto de sus deberes educativos para con sus hijos menores”. Sentencia T-435 de 2002.

³⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 47.

³⁷ *Ibíd.* Párrafo 50.

³⁸ *Ibíd.* Párrafo 46.

Este esquema, que aplicado frente a derechos como la alimentación o la vivienda permiten sostener que el Estado sólo está obligado a proveer directamente los derechos sociales en casos de extrema necesidad o de catástrofes naturales (es decir, en el tercer nivel), y que por tanto es un obligado subsidiario (sólo está obligado a dar cumplimiento a un derecho cuando un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí mismo con los recursos a su disposición), no es del todo aplicable frente al derecho a la educación de los niños y las niñas. Según la interpretación internacional del alcance de las obligaciones estatales en materia educativa,

se considera que los Estados tienen la principal responsabilidad de la prestación directa de la educación en la mayor parte de las circunstancias; los Estados Partes reconocen, por ejemplo, que “se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza” (apartado e) del párrafo 2 del artículo 13). En segundo lugar, habida cuenta de las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 en lo que respecta a la enseñanza primaria, secundaria, superior y fundamental, los parámetros por los que se mide la obligación del Estado Parte de cumplir (facilitar) no son los mismos para todos los niveles de la enseñanza. En consecuencia, a la luz del texto del Pacto, la obligación de los Estados Partes de cumplir (facilitar) se acrecienta en relación con el derecho a la educación, pero el alcance de esta obligación no es el mismo respecto de todos los niveles de educación. El Comité observa que esta interpretación de la obligación de cumplir (facilitar) respecto del artículo 13 coincide con el derecho y la práctica de numerosos Estados Partes³⁹.

Lo anterior significa que el Estado es el obligado principal en la realización del derecho a la educación de los niños y las niñas, sólo que esta obligación se modula de acuerdo al nivel educativo en que el menor de edad se encuentre: así, la obligación se incrementa en el nivel de enseñanza primaria, y se reduce progresivamente en los niveles siguientes.

Esta interpretación es acorde con nuestro ordenamiento jurídico constitucional. Según el artículo 67 de la Constitución, la obligación de garantizar el derecho a la educación compete a la familia, la sociedad y el Estado. Y en el caso específico de los menores de edad, según el artículo 44, la obligación no puede corresponder a un esfuerzo aislado, sino que recae **concurrentemente** en diferentes actores, cada uno de los cuales es sujeto de derechos y deberes:

a. Derechos de los educandos:

- Acceder a un cupo en la educación básica pública gratuita, en condiciones de igualdad.
- Recibir permanentemente sus clases.
- Recibir una educación de calidad.

³⁹ *Ibíd.* Párrafo 48.

- Estudiar en un medio apto para su formación integral, donde sean respetados sus derechos y libertades (libre desarrollo de la personalidad, libertad de opción sexual, derecho a ser madre, libertad de enseñanza, derechos de participación en las decisiones que lo afectan y en la comunidad educativa, etc.)
 - Recibir oportunamente los certificados que acrediten sus calificaciones y la terminación de sus estudios.
- b. Deberes del educando (consigo mismo y con la familia, la sociedad y el Estado):
- Cumplir con los reglamentos académicos y disciplinarios.
 - Cumplir todos requisitos exigidos para cada uno de los años de escolaridad.
 - Respetar los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad educativa.
- c. Derechos de los padres o tutores del educando:
- Escoger el tipo de educación para sus hijos menores de edad.
 - Exigir de las instituciones educativas la calidad en la educación de sus hijos.
 - Participar en el gobierno escolar, en los términos de la Constitución y la ley.
- d. Deberes de los padres o tutores del educando:
- Educar a sus hijos mientras sean menores de edad o impedidos.
 - Pagar las pensiones, servicios especiales y demás erogaciones a la institución educativa cuando ello sea procedente.
 - Respetar los derechos de sus hijos.
- e. Derechos de los planteles educativos:
- Fundar establecimientos educativos.
 - Definir su reglamento en virtud de las orientaciones ideológicas y religiosas de sus fundadores.
- f. Deberes de los planteles educativos:
- Respetar los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad educativa.
 - Ofrecer una educación de calidad.
 - Cumplir las obligaciones académicas y civiles que les corresponden.

En cuanto a las obligaciones del Estado, dedicaremos los siguientes apartes para establecer detalladamente cuáles son y cómo se clasifican, con base en la Constitución y los instrumentos internacionales. Por el momento, debe concluirse que el Estado **no es un obligado subsidiario** en relación con el derecho a la educación de los niños y las niñas; por el contrario, desde el primer nivel del derecho,

el Estado debe satisfacer el derecho de manera **concurrente** con los demás obligados (los padres, tutores e instituciones educativas).

LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA EDUCATIVA

A la luz de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, la Constitución Política de 1991, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es posible presentar una dogmática de las obligaciones del Estado colombiano en relación con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en particular, con el derecho a la educación. Como se ha visto, existe una primera clasificación basada en la tesis de subsidiariedad, que distingue entre⁴⁰:

- a. **Obligaciones de no hacer o de respeto**, consistentes en la no interferencia del Estado en la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo o de grupos o colectividades, en aras de autosatisfacer sus necesidades económicas y sociales. Estas obligaciones prohíben al Estado adoptar medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho a la educación.
- b. **Obligaciones de protección**, consistentes en el resguardo del goce de estos derechos ante afectaciones provenientes de terceros. Imponen al Estado adoptar medidas para evitar que el derecho a la educación sea obstaculizado por terceros.
- c. **Obligaciones de dar cumplimiento** (facilitar y proveer), que exigen de los Estados la adopción de medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho a la educación y les presten asistencia, y en general, dar cumplimiento al derecho a la educación.

Sin embargo, considerando las dificultades de aplicación de la tesis de subsidiariedad en el caso del derecho a la educación de los niños y niñas por las razones señaladas en el aparte precedente, este texto ha preferido emplear una clasificación que atienda el especial carácter de las obligaciones estatales en materia educativa, como la propuesta por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación⁴¹. Para la Relatora, el conjunto de obligaciones estatales puede dividirse

⁴⁰ Ver: Observación General 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafos 46 y ss; Declaración de Quito, párrafo 28. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, siguiendo la orientación de la Comisión de Derecho Internacional, ha considerado que también puede hablarse de obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado. Ver: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 3. Párrafo 1.

⁴¹ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe preliminar de la Relatora Especial de Naciones*

según las características fundamentales de la educación: accesibilidad, adaptabilidad, aceptabilidad y asequibilidad. A este sistema le ha denominado “las cuatro A”.

Obligaciones de Asequibilidad

Son aquellas que tienden a satisfacer la demanda educativa por dos vías: la oferta pública y la protección de la oferta privada. De un lado, imponen al Estado la obligación de establecer o financiar instituciones educativas (o usar una combinación de estos y otros medios para asegurar que la educación sea asequible⁴²). Del otro, ordenan al Estado abstenerse de prohibir a los particulares la fundación de instituciones educativas.

Según la Relatora Especial, “[l]a primera obligación del Estado es asegurar que existan escuelas primarias a disposición de todos los niños y las niñas, lo cual requiere una inversión considerable. Si bien el Estado no es el único inversor, las normas internacionales de derechos humanos lo obligan a ser el inversor de última instancia a fin de asegurarse de que todos los niños y las niñas de edad escolar dispongan de escuelas primarias”⁴³. Y en el informe provisional agrega: “la obligación del Estado de asegurar la disponibilidad de instrucción académica constituye un pilar del derecho individual a la educación, y el hecho de que un Estado no sostenga la instrucción disponible constituye una manifiesta violación del derecho a la educación. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos consideró, a propósito de un cierre por dos años de las universidades y escuelas secundarias en el ex Zaire, que se había violado el artículo 17 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en el que se garantiza el derecho a la educación”⁴⁴.

Unidas sobre el Derecho a la Educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos. 13 de enero de 1999. E/CN.4/1999/49. Párrafo 42.

⁴² **TOMAŠEVSKI, KATARINA.** *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable.* Swedish International Development Cooperation Agency.

⁴³ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN,** *Informe preliminar, op. cit.* Párrafo 51.

⁴⁴ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Free Legal Assistance Group, Comité de Juristas para los Derechos Humanos, Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Les Témoins de Jehovah v. Zaire, comunicaciones 25/89, 47/90, 56/91 y 100/93 (adjuntas), decisión de la Comisión aprobada en su 18° período ordinario de sesiones en Prais (Cabo Verde), Ninth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, 1995/96, Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno, 32° período ordinario de sesiones, 7 a 10 de julio de 1996, Yaundé, Camerún. Tomado de **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Derechos económicos, sociales y culturales: Informe provisional de la Relatora Especial de Naciones Unidas*

En suma, la asequibilidad implica la libertad de los particulares para fundar establecimientos educativos, la prohibición de cierre de centros de educación por parte del Estado, la necesidad de que las escuelas primarias estén al alcance de las comunidades rurales dispersas⁴⁵, la obligación de ofrecer en las escuelas primarias un número de cupos equivalente al número de niños en edad de enseñanza primaria⁴⁶, y la inversión en la infraestructura de la educación, entre otras.

Obligaciones de Accesibilidad

Son obligaciones que tienden a proteger el derecho individual de acceso en condiciones de igualdad (en igualdad de oportunidades sin discriminación alguna). En palabras de la Relatora Especial, “[l]a segunda obligación del Estado se refiere a garantizar el acceso a las escuelas públicas disponibles, sobre todo de acuerdo con las normas existentes por las que se prohíbe la discriminación. La no discriminación es el principio primordial de las normas internacionales de derechos humanos y se aplica a los derechos civiles y políticos así como a los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que a los derechos del niño comprendidos en esas dos categorías. La no discriminación no debe ser objeto de una aplicación progresiva sino que debe conseguirse inmediata y plenamente”⁴⁷.

La accesibilidad depende del nivel de educación al que se aspire acceder y del titular del derecho⁴⁸. Mientras que la educación post-obligatoria (enseñanza secundaria y superior) puede implicar el pago de matrícula y otros costos, los tratados internacionales obligan al Estado a asegurar el acceso **gratuito** a la educación primaria para todos los niños y las niñas en la **edad de educación obligatoria**. A nivel interno, la Corte Constitucional ha entendido que esta protección se extiende a **todo** menor de 18 años hasta noveno grado.

sobre el Derecho a la Educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 1999/25 de la Comisión de Derechos Humanos. 1 de febrero de 2000. E/CN.4/2000/6, párrafo 32.

⁴⁵ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN, Informe preliminar, op. cit.** Párrafo 51.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 52.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 57.

⁴⁸ **TOMAŠEVSKI, KATARINA.** *Human rights obligations, op. cit.*

Obligaciones de Adaptabilidad

Son obligaciones que tienden a garantizar la permanencia y continuidad del educando en el proceso educativo. Para ello, el proceso educativo se funda en el respeto a la diferencia, el multiculturalismo, la democracia y los derechos fundamentales. Por esta razón, el Estado tiene la obligación de brindar en sus centros educativos la educación que mejor se **adapte** a los niños y las niñas, y de velar por que ello ocurra en las instituciones de enseñanza privadas. Esta nueva perspectiva ha reemplazado la costumbre anterior, de obligar a los niños y niñas a adaptarse a cualquier establecimiento educativo.

La adaptabilidad hace referencia al contenido del proceso de aprendizaje, asignando importancia primordial a los mejores intereses del menor (como ordena la Convención sobre los Derechos del Niño)⁴⁹, y a los conocimientos, técnicas y valores que ha de requerir durante su vida⁵⁰. Para la Relatora Especial, la adaptabilidad implica también una revisión de los programas y libros de texto existentes o crear otros nuevos para eliminar los estereotipos que afectan a las minorías étnicas y raciales, a los inmigrantes, y a las mujeres. Sobre el caso de las niñas, la Relatora sostiene: "[d]urante los últimos decenios se han producido cambios profundos en el contenido de la educación: se ha pasado de educar a las niñas para que sean buenas amas de casa a liberarlas de los estereotipos de género y a permitirles que se desarrollen libremente⁵¹.

Como explica la Relatora Especial, la adaptabilidad ha sido la mejor conceptualizada por los numerosos casos de los tribunales nacionales sobre el derecho a la educación de niños y niñas en situación de discapacidad. En virtud de las obligaciones de adaptabilidad, las entidades educativas, que antes podían rechazar a un niño que no logró adaptarse, deben garantizar la permanencia del menor de edad en la institución adaptándose a sus necesidades.

La adaptabilidad también se ha enfocado en menores de edad que por determinadas razones no pueden permanecer en el sistema educativo, como los niños infractores y los menores trabajadores. Como en muy contadas ocasiones estos niños pueden asistir a instituciones educativas, el Estado debe garantizar que les sea ofrecida la educación en el lugar donde ellos se encuentren⁵².

⁴⁹ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Informe preliminar, op. cit.* Párrafo 70.

⁵⁰ *Ibíd.* Párrafo 72.

⁵¹ *Ibíd.* Párrafo 73.

⁵² **TOMAŠEVSKI, KATARINA.** *Human rights obligations, op. cit.*

Obligaciones de Aceptabilidad

La faceta más importante de la aceptabilidad de la educación, en opinión de la Relatora Especial⁵³, ha sido la “calidad” de la educación. Esto ha impulsado a los Estados a asegurar, no solo disponibilidad y accesibilidad de la educación, sino además su adecuada calidad. De ello se deduce que el Estado tiene la obligación de velar por el cumplimiento de las normas mínimas para los establecimientos educativos y de mejorar las exigencias profesionales para el ejercicio de la docencia. La Relatora Especial concluye: “[e]l Estado está obligado a asegurarse de que todas las escuelas se ajusten a los criterios mínimos que ha elaborado y a cerciorarse de que la educación sea aceptable tanto para los padres como para los niños”⁵⁴.

Con todo, el alcance de la aceptabilidad se ha ido ampliando gracias al desarrollo de las normas internacionales de derechos humanos. En el conjunto de obligaciones de aceptabilidad se han incorporado temas como la etnoeducación, con particular énfasis en la lengua de instrucción para los miembros de pueblos indígenas y minorías étnicas. Esto debido a que el idioma a menudo hace que la educación sea inaceptable si no es la lengua nativa de los niños y las niñas. La prohibición de castigos corporales y la prestación del servicio público educativo en condiciones dignas también han sido tenidas en cuenta como criterios de aceptabilidad.

El siguiente cuadro, tomado de un documento de la Relatora Especial⁵⁵ y adaptado a las condiciones colombianas, sintetiza los temas clave que se abordan en cada una de estas obligaciones:

ASEQUIBILIDAD	Establecimientos educativos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Apertura o cierre de colegios ▪ Libertad para fundar establecimientos educativos ▪ Fondos para establecimientos educativos públicos ▪ Fondos públicos para establecimientos educativos privados
	Cuerpo docente	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Criterios para su incorporación ▪ Salud para enseñanza ▪ Derechos laborales ▪ Libertad sindical ▪ Responsabilidades profesionales ▪ Libertad de Enseñanza

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Informe preliminar, op. cit.* Párrafo 62.

⁵⁵ **TOMAŠEVSKI, KATARINA.** *Op. Cit.* Traducción libre del autor.

ACCESIBILIDAD	Educación pública básica para niños	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Cubrimiento total ▪ Gratuidad ▪ Seguridad asistencial ▪ Reconocimiento de la culminación de una etapa educativa
	Educación para adultos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Prohibición de actos discriminatorios ▪ Acceso preferencial a sujetos de especial protección ▪ Criterios para admisión ▪ Reconocimiento de diplomas extranjeros
ADAPTABILIDAD	Necesidades especiales de educación	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Niños en situación de discapacidad ▪ Niños trabajadores ▪ Niños en situación de desplazamiento forzado ▪ Niños privados de su libertad
ACEPTABILIDAD	Regulación y supervisión	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Normas mínimas ▪ Respeto de la diversidad ▪ Idioma de instrucción ▪ Orientación y contenido ▪ Disciplina en la escuela ▪ Derechos de los estudiantes

Para efectos del seguimiento, monitoreo y evaluación de políticas públicas implantadas por el Estado para la realización del derecho a la educación, puede resultar útil dentro del sistema de las 4-A una última clasificación, que distingue entre obligaciones de efecto inmediato y obligaciones de cumplimiento progresivo:

Obligaciones de efecto inmediato

Son las obligaciones que el Estado debe cumplir de manera plena e inmediata en un plazo razonablemente breve desde el momento mismo en que entra en vigor el instrumento internacional en el ordenamiento jurídico interno.

Las obligaciones inmediatas más importantes respecto del derecho a la educación son⁵⁶:

- Adoptar medidas deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia el pleno ejercicio del derecho a la educación, hasta el máximo de los recursos de que el Estado disponga.
- Garantizar el ejercicio del derecho a la educación sin discriminación alguna.

⁵⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13, párrafo 43.

- Asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales del derecho a la educación.

Las obligaciones de garantizar el ejercicio del derecho a la educación sin discriminación alguna, y satisfacer por lo menos niveles mínimos del derecho a la educación, serán analizadas en el capítulo II, relativo al derecho de acceso. Para los propósitos de esta sección basta abordar la obligación de “adoptar medidas deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la plena efectividad del derecho a la educación”.

Si bien la plena realización del derecho a la educación puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben **adoptarse** dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor de los instrumentos internacionales. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones⁵⁷.

El Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales ordena en su artículo 2 (1):

Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

El alcance e interpretación de esta obligación se describe en los Principios de Limburgo (párrafos 16 a 18):

- a. Todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar de inmediato a adoptar medidas que persigan la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto.
- b. Los Estados Partes utilizarán todos los medios apropiados a nivel nacional, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales, coherentes con la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir sus obligaciones bajo el Pacto.
- c. Las medidas legislativas por sí solas no son suficientes para cumplir las obligaciones del Pacto. Sin embargo, se debe notar que conforme al artículo 2 (1) a menudo será necesario adoptar medidas legislativas en casos en los que la legislación existente viola las obligaciones adquiridas bajo el Pacto.

⁵⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 3, párrafo 9.

- d. Los Estados Partes proveerán de recursos efectivos incluyendo, cuando sea apropiado, los de tipo legal.
- e. La adecuación de los medios a ser utilizados en un Estado particular será determinada por el Estado Parte de que se trate, y será sujeta a revisión por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas con el asesoramiento del Comité. Dicha revisión se realizará sin perjuicio de la competencia de otros órganos establecidos conforme a la Carta de las Naciones Unidas.

Los artículos 1 y 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Protocolo de San Salvador) consagran también esta obligación, pero destacan que su cumplimiento debe tener en cuenta el grado de desarrollo del Estado, y resaltan la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter, cuando el ejercicio de los derechos establecidos en el Protocolo no esté garantizado aún por este tipo de normas:

Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Artículo 2. Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

En suma, Colombia está obligada a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, para el pleno ejercicio del derecho a la educación, hasta el máximo de los recursos de que disponga, teniendo en cuenta su grado de desarrollo.

En relación con la adopción de medidas “hasta el máximo de recursos disponibles”, los Principios de Limburgo, en sus párrafos 25 a 28, explican el alcance e interpretación de esta obligación:

- a. Los Estados Partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de **subsistencia mínima** de todas las personas.

- b. “Los recursos de que disponga” se refieren a los recursos con que cuenta un Estado así como también los recursos provenientes de la comunidad internacional mediante la cooperación y asistencia internacionales.
- c. Al determinar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto, se tendrá en cuenta el acceso y uso equitativo y eficaz de los recursos disponibles.
- d. En la utilización de los recursos disponibles, se dará la debida prioridad a la efectividad de los derechos previstos en el Pacto, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar a todos la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y la prestación de servicios esenciales.

Según la Declaración de Quito⁵⁸, pueden tenerse además como obligaciones inmediatas, entre otras, las siguientes:

- a. **La obligación de adecuar el marco legal:** los Estados tienen la obligación de adecuar su marco legal a las disposiciones de las normas internacionales sobre educación.
- b. **La obligación de producir y publicitar información:** el derecho a la información constituye una herramienta imprescindible para hacer efectivo el control ciudadano de las políticas públicas en el área económica y social. Contribuye asimismo a la vigilancia por parte del propio Estado del grado de efectividad y obstáculos para la satisfacción del derecho a la educación, teniendo en cuenta además a los grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad. El Estado debe disponer los medios necesarios para garantizar el acceso en condiciones de igualdad a la información pública. Debe además producir información sobre el grado de efectividad del derecho a la educación, así como de los obstáculos o problemas que impidan su adecuada satisfacción y sobre los grupos más favorables.
- c. **La obligación de proveer recursos judiciales y otros recursos efectivos:** el Estado -y la comunidad internacional- deben asegurar recursos judiciales o de otro tipo, aptos para hacer exigible el derecho a la educación en caso de violación.

Obligaciones de cumplimiento progresivo

⁵⁸ Declaración de Quito, párrafo 29.

Los instrumentos internacionales sobre el derecho a la educación reconocen su realización gradual⁵⁹. Pero esto no significa que su ejercicio a lo largo del tiempo implique una pérdida del sentido de las obligaciones del Estado en materia educativa. Por el contrario, Colombia tiene la obligación concreta y permanente de proceder lo más expedita y eficazmente posible para la plena realización del derecho a la educación. Para ello, Colombia debe adoptar medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho a la educación, dado que la población no puede, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí misma con los recursos a su disposición.

En lo relativo a la obligación de progresividad, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ordena en su artículo 2 (1):

Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, **para lograr progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, **la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos**. (Las negrillas no pertenecen al texto).

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos recoge la mayor parte de los contenidos del artículo 2 (1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁰, pero enfatiza en el derecho a la educación:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

La progresividad no puede ser interpretada de tal forma que las obligaciones sólo tengan que cumplirse una vez alcanzado un determinado desarrollo económico. La progresividad debe entenderse como la obligación de proceder lo más explícita y eficazmente posible con miras a obtener ese objetivo, aunque se reconoce que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta gradualidad.

⁵⁹ Ver Sentencia T-406 de 1992.

⁶⁰ Debe aclararse sin embargo que entre los textos existen diferencias.

Los Principios de Limburgo, párrafos 21 a 24, complementan esta interpretación sobre el carácter progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

- a. La obligación de “lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos” requiere que los Estados Partes actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos. Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad. Al contrario, todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto.
- b. Algunas de las obligaciones exigen la plena e inmediata aplicación por parte de cada uno de los Estados Parte, como la prohibición contra la discriminación estipulada en el artículo 2 (2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- c. La obligación del logro progresivo existe independientemente de cualquier aumento de recursos; requiere de una utilización eficaz de los recursos de que se disponga.
- d. Además de un aumento en los recursos, también se puede lograr la aplicación progresiva por medio del desarrollo de los recursos dentro de la sociedad que sean necesarios para lograr la plena realización de los derechos consagrados en el Pacto para todas las personas.

La noción de “progresividad” impone la prohibición de regresividad. El Estado está obligado a mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través de medidas que sean deliberadas, concretas y orientadas hacia la plena efectividad de los derechos reconocidos. El Estado no puede adoptar políticas, medidas, o normas jurídicas, que de modo irrazonable empeoren la situación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Toda medida que sea deliberadamente regresiva debe ser justificada plenamente por parte del Estado que la ejecute, pues se presume su irrazonabilidad. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales explica que:

La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte⁶¹.

⁶¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 45.

Cada una de las obligaciones de cumplimiento progresivo tiene parámetros distintos de medición del grado de cumplimiento del Estado, según la redacción de los Tratados Internacionales. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 13, establece diferencias en el alcance y nivel de exigencia respecto de la enseñanza primaria, secundaria, superior y fundamental. En este documento se presentarán las obligaciones de cumplimiento progresivo más importantes, y expondrán sus diferentes niveles de exigibilidad.

LA CREACIÓN DE INDICADORES BASADOS EN EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA EDUCATIVA

Para medir la realización mayor o menor del derecho a la educación es necesario contar con indicadores claros y precisos. Sobre el punto, la Comisión de Derechos Humanos ha estado altamente interesada en que se adopten medidas sobre el desarrollo de indicadores y puntos de referencia en materia de derechos humanos. No obstante, como ella misma lo ha reconocido, los progresos han sido mínimos⁶². Esto ha impulsado a diversas entidades internacionales, como la UNESCO y la OCDE a crear indicadores basados en el contenido normativo del derecho a la educación. La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación ha presentado una propuesta de indicadores, en el marco del sistema de las 4 A, que en este libro se complementará y adecuará al núcleo esencial del derecho a la educación en Colombia. La fórmula sugerida por la Relatora Especial se encuentra en su informe anual de 2002:

Las medias estadísticas enmascaran las líneas de fractura provocadas por el género, la raza, la etnia, la lengua o la religión, que tanta importancia tienen desde el punto de vista de los derechos humanos. Se tiende cada vez más a desglosar los datos por sexo, pero no por otros motivos de discriminación que a menudo constituyen un obstáculo para el disfrute del derecho a la educación. Es raro que se inscriba en un registro la raza, la etnia o la religión, incluso en países con servicios de estadística muy desarrollados.

Las estadísticas basadas en los derechos requieren la transposición de la normativa de los derechos humanos a un lenguaje que pueda ser comprendido y aplicado en las

⁶² **NACIONES UNIDAS.** *Informe del secretario general presentado de conformidad con la resolución 1999/25 de la Comisión de Derechos Humanos.* Consejo Económico y Social E/CN.4/2000/47, 15 de diciembre de 1999. Comisión de Derechos Humanos, 56° período de sesiones, tema 10 del programa provisional. p. 114-115. **En:** **DEFENSORÍA DEL PUEBLO.** *Economía, Derechos Humanos y Acción Defensorial*, p. 109-128.

estadísticas de educación. La Relatora Especial ha perfilado su sistema de las "4-A"⁶³ a fin de adecuarlo a la producción de datos basados en parámetros de una enseñanza inspirada en los derechos, que se incluye en el cuadro Traducción del sistema de las 4-A a indicadores basados en los derechos.

Las innovaciones clave introducidas por la perspectiva de derechos humanos están en relación con las características de la admisión que revistan una importancia especial para los procesos de enseñanza y aprendizaje, la correspondencia entre la admisión y los insumos, la salvaguardia de los derechos humanos en lo tocante al proceso de educación, y el impacto de la educación en el disfrute de todos los derechos humanos⁶⁴.

El cuadro citado por la Relatora Especial se presenta a continuación⁶⁵:

Asequibilidad	Correspondencia entre el PERFIL DE LA ADMISIÓN y los INSUMOS	El PERFIL incluirá el desglose de los datos por todas las causas de discriminación prohibidas a nivel internacional;
	Correspondencia entre las ASIGNACIONES PRESUPUESTARIAS y las obligaciones en materia de derechos humanos	Las ASIGNACIONES PRESUPUESTARIAS a nivel central y local deberán supeditarse a la garantía de una educación libre y obligatoria para todos los niños hasta la edad mínima para acceder a un empleo y a la realización progresiva del derecho a la educación;
	Supervisión gubernamental de las INSTITUCIONES EDUCATIVAS para garantizar unas normas mínimas y fomentar la INCLUSIÓN	La concesión de permisos, supervisión y financiación de las INSTITUCIONES EDUCATIVAS debe ajustarse a la normativa en materia de derechos humanos, incluyendo el objetivo de promover una EDUCACIÓN INTEGRAL;
	EDUCADORES profesionales	La situación de los EDUCADORES PROFESIONALES deberá estar en función de sus derechos reconocidos a nivel internacional y de las libertades sindicales;
	ELECCIÓN POR PARTE DE LOS PADRES DE LA EDUCACIÓN para sus hijos	El reconocimiento y la aplicación de la ELECCIÓN POR PARTE DE LOS PADRES debe ajustarse a la normativa internacional de los derechos humanos.
Accesibilidad	EDUCACIÓN OBLIGATORIA: eliminación de todos los obstáculos que dificultan el acceso a la enseñanza para todos los niños en edad escolar	Eliminación de los OBSTÁCULOS: de carácter jurídico y administrativo; costo de oportunidad directo e indirecto de la educación; transporte;

⁶³ El plan de las 4-A encauza las obligaciones estatales en materia de derechos humanos derivadas del derecho a la educación hacia una educación asequible, accesible, aceptable y adaptable (E/CN.4/1999/49, párrs. 51 a 74; E/CN.4/2000/6, párrs. 32 a 65; E/CN.4/2001/52, párrs. 64 y 65).

⁶⁴ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Derechos económicos, sociales y culturales: informe anual de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, Katarina Tomaševski*, presentado de conformidad con la resolución 2001/29 de la Comisión de Derechos Humanos. 7 de enero de 2002. E/CN.4/2002/60. Párrafos 27-29.

⁶⁵ *Ibíd.*

	EDUCACIÓN POSTOBLIGATORIA: acceso sin trabas discriminatorias y asequible económicamente	Identificación de los obstáculos en relación con la EDUCACIÓN POSTOBLIGATORIA imputables a causas de discriminación prohibidas a nivel internacional; Análisis del acceso a la educación postobligatoria aplicando el criterio de la ASEQIBILIDAD ECONÓMICA, de conformidad con la normativa internacional de los derechos humanos.
Aceptabilidad	NORMAS MÍNIMAS	Debe velarse por el cumplimiento de las NORMAS MÍNIMAS en materia de calidad, seguridad o salud ambiental;
	PROCESO DE ENSEÑANZA	La normativa en materia de derechos humanos debe orientar el PROCESO DE ENSEÑANZA, especialmente el objetivo, los contenidos y los métodos pedagógicos, la libertad de cátedra o la disciplina;
	PROCESO DE APRENDIZAJE	El PROCESO DE APRENDIZAJE exige la eliminación de los obstáculos, como los inducidos por la pobreza, la lengua en que se imparte la enseñanza, la capacidad/discapacidad.
Adaptabilidad	CONCORDANCIA DE LOS DERECHOS EN FUNCIÓN DE LA EDAD	CONCORDANCIA entre la edad de fin de la escolarización y la edad mínima para acceder a un trabajo, al matrimonio, al reclutamiento militar y a la responsabilidad penal;
	EDUCACIÓN EXTRA ESCOLAR para los grupos que no pueden acceder a instituciones educativas	EDUCACIÓN EXTRAESCOLAR para los niños y jóvenes privados de libertad, refugiados, personas internamente desplazadas, niños que trabajan, comunidades nómadas.
	Salvaguardia de los DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DE LA EDUCACIÓN, adaptando sus objetivos al disfrute de todos los derechos humanos	Deberá evaluarse el IMPACTO DE LA EDUCACIÓN SOBRE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS por criterios como el desempleo de los graduados o el aumento del racismo entre los que abandonan la escuela.

Estudiados estos conceptos generales, es factible emprender el análisis pormenorizado de los derechos que forman parte del núcleo esencial del derecho a la educación, las obligaciones que frente a cada uno de ellos tiene a su cargo el Estado, y las propuestas de elementos que deben tenerse en cuenta para la construcción de los indicadores correspondientes.

CAPÍTULO I: LA DISPONIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN

Como afirma la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, “[s]egún una imagen muy difundida, pero equivocada, del derecho a la educación, éste equivale a la disponibilidad de escuelas y maestros. (...) Este derecho supone, además de la disponibilidad de escuelas, ciertas obligaciones de los gobiernos en materia de derechos humanos en el sentido de que la escolaridad debe ser accesible, aceptable y adaptable”⁶⁶. En este pequeño aparte la Relatora resume las cuatro características de la educación, la primera de las cuales no es otra que su disponibilidad.

Al hablar de la disponibilidad de la educación nos referimos básicamente a la satisfacción de la **demanda educativa** a través de la oferta privada y la oferta pública educativa. En cuanto a la oferta privada, la disponibilidad supone el **derecho de los particulares para fundar establecimientos educativos**. Este derecho está muy relacionado con el derecho a la calidad de la educación, por cuanto las escuelas privadas están sujetas a la regulación y vigilancia del gobierno, sobre todo en cuando a los estándares de calidad, para asegurar que las escuelas estén provistas de personal docente suficiente y que sus programas coincidan con los fines constitucionales y legales de la educación. También está relacionado con los derechos de libertad en la educación, por tratarse en sentido estricto de una libertad de los particulares⁶⁷.

En lo concerniente con la oferta pública, la disponibilidad implica el **derecho a la existencia de un sistema educativo público**. Este derecho, aunque requiere de considerables inversiones -cada vez mayores conforme avanza el proceso educativo-, es **fundamental** para los niños y niñas que deban acceder a los niveles de enseñanza

⁶⁶ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Derechos económicos, sociales y culturales. Informe presentado por la Sra. Katarina Tomaševski, Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación.* Misión a Gran Bretaña. 9 de diciembre de 1999. E/CN.4/2000/6/Add.2 Párrafo 38.

⁶⁷ “Availability embodies two different governmental obligations: the right to education as a civil and political right requires the government to permit the establishment of educational institutions by non-state actors, while the right to education as a social and economic right requires the government to establish them, or fund them, or use a combination of these and other means so as to ensure that education is available”. **TOMAŠEVSKI, KATARINA.** *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable.* *Op. cit.*

básica (hasta el noveno grado)⁶⁸. Es por ello que la prioridad actual en materia de disponibilidad de la educación esté concentrada en la enseñanza primaria, desplazando la educación secundaria y terciaria, así como las obligaciones gubernamentales en estas áreas.

La Relatora Especial explica que el Estado puede garantizar la disponibilidad de la educación a través de distintos modelos, que se mueven dentro de dos extremos: puede crear una red de escuelas públicas o puede dejar el funcionamiento del sistema educativo en manos del sector privado. La mayoría de países han adoptado un esquema intermedio, y entre ellos las diferencias suelen darse sobre qué se entiende por “enseñanza privada”. Por ejemplo, en algunos Estados pueden calificarse como escuelas privadas aquellas que no han sido fundadas por el Estado, aunque éste las subsidie. Por el contrario, en otros Estados las escuelas privadas son aquellas cuya fuente de financiación no es pública, sin importar si su administración está en manos del Estado.

El derecho a la disponibilidad también se relaciona con los derechos de los docentes. Al respecto, la Relatora sostiene que “[s]i los derechos de los profesores no son respetados y protegidos, es imposible imaginar que eso pueda ser diferente para los derechos de los niños”⁶⁹. Reconociendo lo anterior, y teniendo en cuenta el enfoque de este texto -cuyo sujeto prioritario es el estudiante-, se analizará el papel de los docentes en la realización del derecho fundamental a la educación de los niños y niñas. En este sentido, el texto concluye que la planta de docentes mínima para atender las necesidades educativas de las comunidades es indispensable para el funcionamiento correcto del sistema educativo y para garantizar la realización del derecho a la educación.

1. EL DERECHO A LA DISPONIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN

El inciso 5 de la Constitución impone al Estado la obligación de garantizar el adecuado cubrimiento del servicio educativo:

Artículo 67. (...) 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

⁶⁸ *Infra*, Capítulo II.

⁶⁹ TOMAŠEVSKI, KATARINA. *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable*. *Op. cit.* Traducción libre del autor.

necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. (Negrillas fuera del texto).

La relación entre el núcleo esencial del derecho a la educación y la obligación de garantizar el adecuado cubrimiento del servicio es dilucidada por la Corte Constitucional en la sentencia T-467 de 1994:

De otra parte, el derecho subjetivo a la educación comprende el adecuado cubrimiento del servicio, de tal manera que asegure a los menores lo necesario para su acceso y permanencia en el sistema educativo (C.P. art. 67). Ahora bien, la continuidad del servicio es una condición indispensable para que el derecho a la permanencia del alumno en el sistema educativo se haga efectivo. Dicho en otros términos, cuando la Constitución protege el derecho de los niños a la educación, con ello está protegiendo, a su vez, las condiciones básicas que lo hacen posible, incluidas aquellas que implican obligaciones prestacionales del Estado. Por eso, cuando un establecimiento educativo carece de la planta de profesores mínima para cubrir la enseñanza de los diferentes cursos programados, se encuentra desprovisto de una de los elementos esenciales - quizás el más esencial - del servicio educativo⁷⁰.

Para sostener que una obligación de hacer (como lo es la obligación de garantizar el adecuado cubrimiento del servicio) sea determinante para la efectividad del derecho fundamental a la educación, la Corte se sustentó en el siguiente argumento: el hecho de que la efectividad de un derecho dependa de una cierta prestación del Estado no determina el carácter simplemente programático de dicho derecho y, por lo tanto, no necesariamente hace depender su eficacia de la intervención legislativa o administrativa encaminada a llevar a cabo la prestación mencionada. La Corte demuestra esta afirmación citando como ejemplos algunos derechos de libertad que requieren prestaciones estatales sin las que quedaría truncada su efectividad; y de otra parte, algunos derechos eminentemente prestacionales cuya protección mediante acción de tutela es indiscutida. La Corte concluye que:

No basta alegar el mero carácter prestacional de la acción que se demanda de las autoridades públicas para que éstas o los jueces descarten la existencia de una posible vulneración de un derecho fundamental. En ciertas circunstancias especiales, la escasez de recursos y la omisión de una prestación fundada en la misma, no son argumentos suficientes para eliminar de plano toda posibilidad de violación a los derechos fundamentales⁷¹.

⁷⁰ Sentencia T-467 de 1994.

⁷¹ *Ibíd.*

Para la Corte, uno de esos casos especiales en los que la Constitución estableció un compromiso ineludible en la realización de las prestaciones correlativas a un derecho es la educación de los niños y las niñas:

La administración no debe olvidar que entre los fines esenciales del Estado se encuentra el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y que las autoridades están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. La educación genera una contraprestación a cargo del Estado que consiste en asegurar el adecuado cubrimiento del servicio público educativo. Esta prestación debe realizarse de manera permanente (artículo 70 de la Constitución)⁷².

Por lo tanto, si bien el derecho a la disponibilidad de la educación depende para su realización efectiva del **cumplimiento de una prestación por parte del Estado**, esto no afecta su naturaleza de derecho fundamental, ni excluye su protección por medio de la acción de tutela en el caso de los niños y las niñas. Es posible solicitar prestaciones estatales relativas a la disponibilidad cuando su incumplimiento vulnera el derecho a la educación de los niños y las niñas, en los niveles que la Constitución señala. Frente a los adultos, el derecho tendrá que realizarse progresivamente.

A continuación se estudiarán los precedentes jurisprudenciales más importantes sobre los derechos de disponibilidad: el derecho a la disponibilidad de la educación pública y el derecho de los particulares para fundar establecimientos educativos.

1.1. PROTECCIÓN DE LA OFERTA PÚBLICA: EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS Y NIÑAS A LA DISPONIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN PÚBLICA BÁSICA

1.1.1. **La educación de los niños y niñas es un derecho de aplicación inmediata, lo que impone al Estado la obligación ineludible de prestar el servicio de educación y dar respuesta inmediata a las necesidades insatisfechas de educación.**

Las autoridades locales de una ciudad decidieron aplicar una política pública educativa sectorizada que imponía a los niños y niñas recibir la educación en el sector donde residían. La madre de una niña demandó por acción de tutela a la Secretaría de Educación por considerar que esta política vulneraba el derecho a la igualdad de su hija, pues en el sector en que vivían sólo existía un colegio de bachillerato con cupo

⁷² *Ibíd.*

para 40 estudiantes. Por la sectorización, su hija no tendría acogida en otra institución educativa de otro sector de la ciudad donde sí hubiera disponibilidad de cupo. La petente también advirtió que se vulneraba su derecho a elegir la educación que desea para su hija por el sólo hecho de vivir en un sector que sólo cuenta con un colegio de bachillerato. El juez de tutela concedió el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad y educación, vulnerados por la imposibilidad de escoger otros centros educativos, tanto dentro como fuera del sector donde viven.

La Corte Constitucional recordó que la educación es un derecho fundamental y un servicio público. Su prestación puede estar condicionada por dos tipos de limitaciones:

- Limitaciones materiales: son aquellas que surgen de las propias posibilidades operativas y de cobertura de las instituciones que la ofrecen.
- Limitaciones técnicas: son los requerimientos académicos y administrativos que las instituciones educativas reclaman de quienes pretenden acceder a sus aulas.

Sin embargo, estas limitaciones deben apreciarse “en función de la valoración de las deficiencias en la prestación del servicio y como una interferencia indeseable que el Estado debe estar presto a superar, dado que el derecho a la educación está erigido como derecho constitucional fundamental de aplicación inmediata, lo cual impone a aquel como deber ineludible una respuesta inmediata a las necesidades insatisfechas de educación, cuya satisfacción es prioritaria, a través del llamado gasto social (art. 366, *ibídem*)”.

La Corte no cuestiona la política de sectorización de los usuarios del servicio de educación, pero concede el amparo solicitado, porque si la educación es un derecho de aplicación inmediata, la obligación estatal de prestar el servicio de educación es impostergable. La limitación presupuestal puede dificultar la ampliación de cobertura de la educación, pero “la necesidad de promover la efectividad de los derechos (art. 2o. C. P.), para que estos dejen de ser enunciados simplemente formales y no la traducción de una realidad, obliga a exigir del Estado un esfuerzo permanente, regular y continuo (sic), que permita avanzar cada día en la extensión del servicio de la educación, por lo menos, hasta cubrir el espacio que la propia Constitución señala”. En consecuencia, ordenó a la Secretaría de Educación asegurar el cupo escolar a la niña, ya sea en el colegio que corresponde al sector donde habita, o en otro sector, si ello fuere más conveniente. (Sentencia T-236 de 1994).

1.1.2. El derecho a la educación de los niños y niñas se vulnera por la falta transitoria de docente.

Una escuela de educación básica de 6 cursos en preescolar y primaria era atendida por dos profesores de planta, hasta que uno de los docentes fue trasladado a mitad de año, sin que se designara su reemplazo. Algunos estudiantes promovieron acción de tutela en contra del Gobernador y el Secretario de Educación de su departamento, al considerar vulnerado su derecho a la educación, dado que un solo profesor no podía cubrir la totalidad de los cursos y las materias. El juez de tutela concedió el amparo, y ordenó al Gobernador y al Secretario de Educación que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia iniciara los procedimientos administrativos y presupuestales para nombrar el docente que hacía falta en la escuela. La decisión fue impugnada y el juez de segunda instancia revocó este fallo tras considerar que la escuela podía funcionar con un solo maestro dado el número reducido de estudiantes en el plantel (45 estudiantes).

La Corte Constitucional revocó la decisión del juez de segunda instancia, tras considerar que el derecho a la educación se vulnera por la falta transitoria de un docente que pertenece a la planta regular de la escuela. Para la Corte, cuando una institución educativa carece de la planta de profesores mínima prevista para cubrir la enseñanza de los diferentes cursos programados, el servicio educativo se encuentra privado de uno de sus elementos esenciales, condición básica sin la cual el derecho a la educación pierde su efectividad. La ausencia transitoria de un profesor por falta de nombramiento de las autoridades competentes, al interrumpir el servicio, vulnera el derecho fundamental a la educación de los menores de edad. Por lo tanto, el juez constitucional está habilitado para ordenar la realización de las gestiones enderezadas a la provisión de cargos docentes, con miras a proteger el derecho que ha sido ignorado. En consecuencia, la Corte ordenó al Gobernador y al Secretario de Educación realizar las gestiones encaminadas a la provisión del cargo del docente requerido en el plantel educativo del municipio en cuestión. (Sentencia T-935 de 1999)⁷³.

1.1.3. La ausencia de docentes que no pertenecen a la planta regular de personal de una institución educativa no es tutelable porque implica modificar y adicionar la planta de personal.

Dos profesores que venían prestando sus servicios en una escuela y fueron designados en otras plazas no fueron reemplazados por la Secretaría de Educación

⁷³ Pueden consultarse además las sentencias T-467 de 1994, T-450 de 1997, T-501 de 1997, T-571 de 1999 y T-1102 de 2000.

Departamental. Esto alteró la prestación del servicio educativo en la escuela, por lo que algunos padres de familia interpusieron acción de tutela reclamando la protección del derecho a la educación de sus hijos. Para resolver el problema jurídico, los jueces de instancia tuvieron en cuenta que los dos docentes que salieron de la institución no habían entrado en la planta regular de personal, sino que estaban en calidad de “maestros amenazados”, provenientes de otro Departamento, el cual asumía su asignación salarial. Al ser trasladados, fueron nombrados en plazas vacantes e incluidos de manera ordinaria en la planta de personal de otro Departamento. Al considerar que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, los departamentos, distritos y municipios no pueden vincular docentes por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte, y que el nombramiento que se haga contraviniendo esta prohibición es ilegal, los jueces de instancia negaron el amparo solicitado. La Corte Constitucional confirmó estas decisiones al afirmar que la acción de tutela era improcedente para modificar las plantas de personal docente, pues le está vedado al juez constitucional invadir competencias administrativas y ordenar gastos no incluidos en el presupuesto. Sin embargo, no se desconoce la perturbación académica que padecen los estudiantes de la escuela, que se concreta en cambios de horarios y mayor carga académica para los profesores. En consecuencia, la Corte ordenó a la Secretaría de Educación Departamental analizar la situación de la escuela para adoptar las medidas que eviten la alteración del proceso educativo de los niños. (Sentencia T-717 de 1999).

1.1.4. La interrupción en la prestación del servicio de educación por falta de pago a los maestros vulnera el derecho fundamental a la educación de los estudiantes.

La alcaldía de un municipio suspendió los contratos de los docentes que venían prestando sus servicios en las zonas rural y urbana, dado que no había recibido los recursos suficientes para vincularlos, perjudicando a más de 43.000 estudiantes del sector oficial en los niveles de enseñanza primaria y secundaria. Un estudiante de décimo grado de una institución educativa pública solicitó al personero municipal instaurar acción de tutela para proteger su derecho a la educación, dado que las clases correspondientes al nuevo año lectivo no habían iniciado. Con fundamento en esa petición, el personero municipal de Tumaco instauró acción de tutela contra el alcalde, el Gobernador del departamento, los Ministerios de Educación Nacional y de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación. Durante el proceso, el Gobernador (quien era el responsable de la administración del servicio educativo del municipio, ya que éste no había sido certificado para la administración directa del situado fiscal) señaló que la escasez de presupuesto para el pago de salarios a los docentes del orden nacional impidió el inicio del año escolar en el municipio. El juez de primera instancia concedió el amparo solicitado, al estimar que el derecho invocado se encontraba vulnerado por las autoridades del orden municipal

y departamental y les ordenó realizar las gestiones administrativas y presupuestales necesarias, para atender los gastos que demandara el normal funcionamiento del servicio público de educación.

La Corte Constitucional, en revisión del caso, concluyó que la continuidad en el servicio público de educación podía ser exigida por el personero municipal ante la jurisdicción constitucional de tutela, en clara protección de los derechos a la educación e igualdad de oportunidades de los alumnos afectados. Si bien al momento de estudiar el caso, los establecimientos educativos ya estaban funcionando, recalcó que el juez constitucional sí está autorizado a ordenar a las autoridades responsables gestionar los recursos necesarios para garantizar el pago de los docentes oficiales y la continuidad del servicio público educativo. Al respecto, la Corte comentó:

La Sala observa que la decisión de amparo proferida por el (...) juez de tutela, estuvo ajustada a la jurisprudencia de esta Corte dentro de las facultades con las cuales cuenta dicha autoridad dentro de la jurisdicción constitucional de tutela, así como con respecto de las responsabilidades que comparten los municipios y departamentos en la prestación del servicio de educación. Por lo tanto, la protección a la violación del derecho fundamental a la educación (...) de los estudiantes del sector oficial de este municipio, especialmente, de aquellos que coadyuvaron la petición de tutela, era imperiosa y las ordenes (sic) emitidas fueron oportunas y coherentes para efectos de lograr esa salvaguarda superior⁷⁴.

En consecuencia, la Corte confirmó el fallo objeto de revisión y previno a los mandatarios seccionales para que no vuelvan a incurrir en las conductas que ocasionaron la formulación de la tutela. (Sentencia T-1102 de 2000).

1.1.5. El derecho a la disponibilidad de la educación de los niños y niñas no se vulnera si, a pesar de no estar satisfechas las necesidades educativas de una comunidad, la autoridad responsable demuestra su actividad diligente y la fuerza mayor.

Un joven que cursaba el bachillerato en una institución educativa pública acudió a la acción de tutela para solicitar la protección de su derecho a la educación, ante la falta de nombramiento de los profesores de inglés, español y educación física. Según el joven, la alcaldía no había solucionado este problema a pesar de conocer la situación y haber recibido peticiones de los afectados para incorporar a los docentes. Esta injustificada demora y falta de eficiencia impedía, según el estudiante, “el normal desarrollo de la actividad escolar y la ejecución de la totalidad de unidades curriculares a que tenemos derecho”. Por ello, solicitó ordenar al alcalde gestionar el

⁷⁴ Sentencia T-1102 de 2000.

nombramiento de un docente de español e inglés, además de recuperar las horas de clase perdidas para las cátedras de ciencias naturales, ciencias sociales, español, idioma extranjero y educación física.

Los jueces de instancia resolvieron denegar la acción de tutela, tras quedar demostrado el actuar diligente del alcalde municipal. Tan sólo ordenaron al funcionario continuar realizando todas las gestiones necesarias, con el fin de proveer al colegio de los docentes en las áreas de español e idioma extranjero. La Corte Constitucional confirmó estas sentencias, argumentando que:

a pesar de ser la educación un derecho fundamental y consagrarse como un servicio público, su prestación está condicionada por las limitaciones que surgen de las propias posibilidades operativas y de cobertura de las instituciones que la ofrecen, siendo imposible obligar a quienes prestan el servicio, a hacer lo que, por las circunstancias de orden social -falta de locales adecuados, de personal docente, de presupuesto-, no es posible realizar⁷⁵.

Para la Corte, es importante reconocer las limitaciones técnicas y económicas que hacen que la prestación del servicio de educación adolezca de enormes deficiencias, pero ello no implica que las autoridades o particulares que prestan el servicio estén exentos de buscar, por todos los medios posibles, la satisfacción de las necesidades de educación de las comunidades. En el caso concreto, quedó demostrado que el alcalde puso todo su empeño en conseguir los profesores requeridos y que por la ocurrencia de hechos ajenos a su voluntad no había sido posible.

En conclusión, las autoridades o particulares encargados del servicio educativo deben apelar a todos los instrumentos que tengan a su alcance para satisfacer las necesidades de sus comunidades en materia educativa, y en particular por velar que los estudiantes tengan docentes. Si se logra probar en el proceso de tutela que la autoridad acusada ha puesto todo su empeño en vincular al personal docente requerido, y que por causas ajenas a su voluntad ello no ha sido posible, la tutela tendrá que negarse⁷⁶. (Sentencia T-100 de 1995).

⁷⁵ Sentencia T-100 de 1995. En idéntico sentido puede consultarse la sentencia T-186 de 1993.

⁷⁶ En la sentencia T-331 de 1998 la Corte confirma esta postura al afirmar: “si bien es cierto que esta Corporación ha ordenado la realización de las gestiones enderezadas a la provisión de cargos docentes cuando su ausencia ha significado la anulación de la prestación del servicio (...) no lo es menos que la jurisprudencia ha negado cuando de la actuación del demandado no se deduce incuria sino por el contrario un evidente ‘interés en la solución del problema’ (...), tornándose de esta suerte improcedente el amparo solicitado”. Al respecto pueden consultarse también las sentencias T-509 de 1998 y T-619 de 1998.

1.2. PROTECCIÓN DE LA OFERTA EDUCATIVA PRIVADA: EL DERECHO DE LOS PARTICULARES PARA FUNDAR ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS

El artículo 68 permite que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia educativa de manera directa o a través de los particulares. En consecuencia, los particulares tienen el derecho (universalmente reconocido como libertad pública) de constituir centros educativos, siempre que la enseñanza se ajuste a normas mínimas fijadas por el legislador y sean respetados los principios y fines de la educación⁷⁷. Esto supone que el Estado, en ejercicio de la potestad de regulación, debe fijar unos parámetros mínimos y ejercer inspección y vigilancia, pero debe a su vez brindar protección a los particulares que presten el servicio educativo.

1.2.1. El derecho de los particulares para fundar establecimientos educativos como ejercicio de la libertad de empresa

El artículo 333 de la Carta Política dispone:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

En ejercicio de la libertad de empresa, que garantiza el libre ejercicio de la actividad económica, la iniciativa privada, y la posibilidad de desarrollarse económicamente a través de la empresa, los particulares pueden fundar y dirigir establecimientos educativos. Esto implica, entre otras cosas, que el Estado colombiano facultó a los particulares para cobrar por la prestación del servicio educativo, siempre que no se

⁷⁷ Sentencia T-562 de 1993.

incurra en abusos -pues en ese evento el Estado debe sancionar a los infractores-, y se brinde al estudiante los beneficios de la educación, dentro de los programas mínimos legalmente previstos y bajo el control de las autoridades competentes.

Aparece así una forma contractual que precisa los derechos y obligaciones entre el prestador del servicio y quien asume la responsabilidad de los costos que demanda el servicio (los responsables de la educación del menor -o el educando mismo, si es quien directamente contrata el servicio educativo-)⁷⁸. Como se analizará en líneas posteriores⁷⁹, para propiciar una relación de equilibrio entre la libertad de empresa de las instituciones educativas (y su derecho de lograr una legítima remuneración económica por la prestación del servicio) y el derecho fundamental de los menores de edad a la educación, la Corte ha expresado que, si bien no pueden prevalecer los derechos económicos de los centros docentes, la protección por vía de tutela sólo es procedente cuando los padres del menor demuestren la imposibilidad de pago y el no haber incurrido en abuso de derecho⁸⁰.

1.2.2. Interés lucrativo de los centros docentes privados y función social del servicio público educativo

El que bajo la libertad de empresa los particulares estén facultados para constituir establecimientos educativos no significa que la actividad educativa de tales instituciones deba calificarse como empresa mercantil, ni mucho menos sería razonable sostener que los centros docentes privados tienen la naturaleza de establecimientos de comercio⁸¹. La Constitución es categórica al otorgar al servicio público educativo una función social y una protección especial que se deriva del

⁷⁸ Sentencia T-017 de 1995.

⁷⁹ *Cfr.* capítulo III, numeral 1.2.

⁸⁰ “Con esa postura se ha resaltado el equilibrio que debe existir entre la prestación de la educación pública por particulares y la retribución económica que corre a cargo de quienes han optado por ella. La obtención de esa retribución constituye un legítimo derecho de los establecimientos educativos de carácter particular y por ello se ha expuesto que ‘Al permitir la prestación del servicio público de la educación por una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante que es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia’.

(...) En este orden de ideas, las tensiones surgidas entre el derecho fundamental a la educación y la retribución económica a que tienen derecho los particulares que prestan el servicio público de educación deben resolverse amparando siempre el núcleo esencial de aquél pero sin desconocer la necesidad de mantener el equilibrio estructural de las cargas financieras del sistema de educación privada”. Sentencia T-388 de 2001.

⁸¹ Sentencia T-298 de 1994.

carácter fundamental del derecho a la educación, por lo cual ninguna institución educativa tiene como objeto exclusivo la explotación económica del servicio que presta, y la perspectiva con que el Estado debe vigilarlas no puede tener como base simplemente el derecho comercial.

El interés lucrativo de los establecimientos docentes privados⁸² está limitado por la función social del servicio público que prestan. La función social de la educación obliga al Estado a velar porque se cumplan los fines que la Constitución consagra, y a los establecimientos educativos privados a buscar el bienestar de la comunidad contribuyendo con la satisfacción de las necesidades intelectuales, morales y físicas de los estudiantes⁸³.

En conclusión, la Constitución concede a los particulares la libertad de participar en el sistema educativo y fundar instituciones de enseñanza persiguiendo un interés lucrativo, pero obliga a que guarden conformidad con el carácter de servicio público con función social⁸⁴.

⁸² Sentencia C-925 de 2000.

⁸³ Sentencia T-450 de 1992.

⁸⁴ Sentencia C-252 de 1995.

2. SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO A LA DISPONIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN

En este aparte se analizará el derecho a la disponibilidad de la educación de los niños y las niñas rurales, como sujetos de especial protección constitucional.

El derecho a la disponibilidad de la educación para los niños y las niñas rurales implica, de un lado, que las escuelas estén disponibles en todos los centros poblados o a una distancia razonable para que los niños asistan a ellas y, de otra parte, que se nombren docentes en cantidad suficiente para atender al total de niños que asisten en los distintos grados de enseñanza.

En nuestro país, al igual que en muchos otros, persisten las limitaciones para llevar a la realización este derecho. La pobreza, la violencia, la dispersión de la población y las altas inversiones que debe efectuar el Estado para construir escuelas y enviar profesores, dificultan notablemente el cumplimiento de la obligación de garantizar el adecuado cubrimiento del servicio educativo. A esta realidad no es ajena la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, al afirmar que uno de los más grandes retos de los Estados en torno a la disponibilidad de la educación es hacer asequible la enseñanza primaria a las comunidades rurales aisladas⁸⁵.

La educación para los niños y niñas rurales puede enfocarse también en temas como su adaptabilidad⁸⁶ o aceptabilidad⁸⁷; sin embargo, se ha preferido realizar su estudio

⁸⁵ “In Africa children of primary-school age constitute close to onethird of the population and the majority is living in rural areas. Making primary education available to dispersed rural communities, some of whom may be nomadic, illustrates the scope of the challenge”. TOMAŠEVSKI, Katarina. *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable*. *Op. cit.*

⁸⁶ En efecto, las familias rurales generalmente demandan de sus hijos una activa participación en el trabajo del campo, lo que reduce la disponibilidad de tiempo de los niños. Por lo tanto, los programas educativos en zonas rurales deberían adaptarse a los horarios y calendarios de estas comunidades, para reducir las altas tasas de atraso escolar y deserción, así como aumentar la asistencia regular a las clases. De igual forma, es importante la adaptación curricular, para dar relevancia a los sistemas de producción de la región y promover la identidad cultural de sus comunidades.

⁸⁷ La calidad de la educación en las zonas rurales depende en gran medida de la idoneidad ética y pedagógica de los docentes. En Colombia, las pruebas que miden la calidad de la educación muestran mejores resultados en el sector urbano frente al sector rural. Esto indica que es preciso diseñar políticas públicas que intervengan sobre la calidad profesional de los docentes para garantizar un mejor desempeño.

en este acápite. Ante todo, las problemáticas que tienen que enfrentar los niños y niñas rurales en torno a su educación están relacionadas con la disponibilidad: la falta de escuelas, las deficiencias en materia de servicios públicos (especialmente agua y energía eléctrica), la carencia de equipamiento (mobiliario y materiales educativos) y la ausencia transitoria de docentes por falta de nombramiento.

2.1. LA DISPONIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN PARA LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS RURALES

La jurisprudencia constitucional ha analizado en fallos de tutela el contenido del derecho a la disponibilidad de la educación de los niños y niñas en zonas rurales. En estas sentencias la Corte se ha ocupado particularmente por la continuidad de la prestación del servicio cuando ésta se ve alterada ante el ausentismo docente y reiteradamente ha sostenido que las dificultades propias de la prestación del servicio en las zonas rurales no debilitan la obligación institucional de mantener la prestación del servicio en condiciones aceptables. Según la Corte, el ausentismo docente y la carencia de escuelas en las zonas rurales vulneran, no sólo el derecho fundamental de los niños y las niñas a la educación básica, sino además, el derecho a la igualdad de oportunidades. A continuación también se estudiarán precedentes jurisprudenciales de gran importancia para garantizar la disponibilidad de la educación en zonas rurales, como aquellos relacionados con la distribución regional de los profesores y las facultades del Estado para variar el lugar de trabajo de los docentes cuando las necesidades del servicio lo requieren.

2.1.1. Las dificultades propias de la prestación del servicio público de educación en zonas rurales no debilitan la obligación estatal de garantizar la continuidad en la prestación del servicio. La afectación del derecho a la disponibilidad en las zonas rurales vulnera además el derecho a la igualdad de oportunidades.

Una escuela rural de educación primaria carecía del profesor para el segundo grado debido a la falta de nombramiento por parte del alcalde municipal, quien a pesar de estar enterado de la situación, no había realizado gestiones para resolver el problema. El padre de uno de los niños afectados interpuso una acción de tutela solicitando la protección del derecho a la educación de su hijo. El juez decidió negar el amparo, pues de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, se pudo establecer que el niño estaba recibiendo normalmente sus clases.

La Corte Constitucional, en revisión del caso, solicitó un informe al director de la escuela. Según el informe, durante el año lectivo no se habían nombrado los profesores suficientes para lograr la cobertura en todos los cursos, particularmente en los primeros grados por falta de recursos. La carencia de docentes se había suplido con profesores de cátedra con estabilidad precaria. Ante esta respuesta, la Corte explicó que la obligación de asegurar el adecuado cubrimiento del servicio no se debilita ante las dificultades propias la prestación del servicio público educativo en localidades apartadas de los centros urbanos. Incluso, la vulneración del derecho a la disponibilidad afecta también el derecho a la igualdad de oportunidades de los niños y niñas rurales:

Los alumnos de una pequeña escuela campesina tienen derecho a recibir un servicio que les permita transcurrir por todo el proceso educativo sin encontrarse en condiciones de inferioridad frente a educandos provenientes de otros centros de enseñanza. De no cumplirse con esta exigencia, no sólo se estaría vulnerando el derecho fundamental de los niños a la educación básica obligatoria, sino que, además, se estaría afectando su derecho a la igualdad de oportunidades (C. P. art. 13)⁸⁸.

La Corte agrega que el derecho a la igualdad de oportunidades también se vulnera ante las deficiencias del servicio educativo, dado el carácter secuencial y acumulativo del proceso educativo. La interrupción de uno de los niveles de enseñanza afecta los resultados obtenidos por los niños en los cursos siguientes, poniéndolos en desigualdad frente a aquellos que han recibido una educación permanente y de calidad. En consecuencia, la Corte Constitucional concedió el amparo. Dado que para la fecha del fallo había sido suplida la ausencia de profesor para el año que cursaba el hijo del peticionario, la orden consistió en prevenir a la autoridad demandada para que no incurra nuevamente en la conducta que dio motivo la instauración de la acción. (Sentencia T-467 de 1994).

2.1.2. El Estado debe asegurar que la distribución regional de los docentes responda a la demanda educativa. Ante un conflicto entre el derecho al trabajo de los docentes y el derecho a la educación de los niños y niñas, debe prevalecer éste último.

La Corte, al fallar una sentencia de unificación, acumuló varias demandas interpuestas por profesores vinculados laboralmente a diversos municipios que alegaban no haber sido afiliados por las autoridades municipales a ninguna Caja o Fondo de Prestación Social, a pesar de llevar años prestando sus servicios y pagar de su salario un porcentaje para tal fin. Con ocasión de este fallo, la Corte abordó el tema de la distribución regional de los docentes y, aunque reconoció que en ese

⁸⁸ *Ibíd.*

entonces tal distribución no tenía en cuenta las necesidades de la educación pues la ley que lo regulaba (ley 60 de 1993) estaba basada en la distribución de recursos según la oferta educativa (esencialmente, salarios y prestaciones de los docentes, directivos y personal administrativo de los establecimientos educativos) y no según la demanda educativa (es decir, la población atendida y por atender⁸⁹), sostuvo que una interpretación que asuma que el situado fiscal mínimo debe atender **en primera instancia** a la **distribución geográfica de los docentes** vulnera el objetivo constitucional del instituto del situado fiscal. En consecuencia, la distribución regional de los educadores debe responder a las necesidades de la educación, es decir, de los estudiantes y de los potenciales beneficiarios del servicio. “Si ese no es el caso, como parece que ocurre actualmente en el país, la mencionada distribución geográfica de los docentes pagados con recursos del situado fiscal debe ser modificada en función de las urgencias del servicio educativo”⁹⁰. A continuación, la Corte expresa estar consciente sobre los trastornos que la redistribución de los docentes oficiales puede causar en caso de efectuarse de acuerdo con las necesidades del servicio, pero afirma que es “un costo inevitable si se desea dar cumplimiento a las órdenes constitucionales de destinar los recursos del situado fiscal a la educación y a la salud (C. P. art. 357), de asegurar que todas las personas, y, en particular, las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (C. P., art. 334) y de solucionar las necesidades insatisfechas de la población en materia de educación (C. P. art. 366)”⁹¹.

A continuación, la Corte descarta que el traslado de docentes desde centros urbanos hacia zonas rurales pueda considerarse un desmejoramiento en sus condiciones laborales (lo cual vulneraría los artículos 53 y 58 de la Constitución). Para ello, la Corte recordó que la colisión entre derechos se resuelve mediante la ponderación del peso de cada uno en la circunstancia específica en la búsqueda de su armonización y, cuando no sea posible, dando prioridad a uno de ellos. En este caso, entran en conflicto el derecho al trabajo de los profesores y el derecho a la educación de los niños y las niñas. Considerando que el artículo 44 de la Constitución establece la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, este conflicto se resuelve dando prevalencia al derecho a la educación de los niños y las niñas. (Sentencia SU-559 de 1997).

⁸⁹ La Ley 715 de 2001 reformó el sistema de distribución de recursos concentrándose en la demanda educativa, con un esquema que combina población atendida y por atender, y necesidades básicas insatisfechas territoriales. Esta ley es desarrollo del nuevo artículo 356 de la Constitución, que estableció como criterio fundamental para la distribución de los recursos del sistema general de participaciones en educación la población por atendida y por atender, el reparto entre población urbana y rural, la eficiencia administrativa y fiscal, y la equidad.

⁹⁰ Sentencia SU-559 de 1997.

⁹¹ *Ibíd.*

2.1.3. Las autoridades estatales tienen amplias facultades para variar el sitio de trabajo de los docentes, pero éstas no pueden ejercerse arbitrariamente.

La Corte Constitucional, en jurisprudencia reiterada, ha sostenido que la facultad que tiene el empleador de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo (*ius variandi*) es limitada. En la sentencia T-483 de 1993 sostuvo:

El jus variandi no es absoluto. Está limitado, ante todo, por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas, así como por los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53 de la Carta en lo que concierne al estatuto del trabajo. Y, por supuesto, su ejercicio concreto depende de factores tales como las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado⁹².

En sentencia posterior, la Corte afirmó que el *ius variandi* sólo procede por motivos razonables y justos, a la vez que en su ejercicio debe preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y la seguridad del trabajador⁹³.

En el caso concreto de los docentes, según la Corte Constitucional, se amplía el marco de discrecionalidad que posee la administración para modificar la ubicación territorial de sus profesores⁹⁴, debido a que este servicio guarda íntima relación con derechos fundamentales de los menores de edad y debe ser prestado a nivel nacional, sin importar la categoría ni el grado de desarrollo de los municipios o de las regiones. Por lo tanto, la administración cuenta con posibilidades amplias para trasladar a sus funcionarios de acuerdo con las exigencias del servicio. Lo anterior no significa que esta discrecionalidad no tenga límites. La jurisprudencia de la Corte ha precisado que la libertad de la administración de reubicar a sus funcionarios no puede ser arbitraria, y se ve limitada por diversos factores. Uno de ellos se refiere a que el traslado debe hacerse a un cargo de la misma categoría y con funciones afines. (Sentencia SU-559 de 1997).

⁹² Consultar además las sentencias T-407 de 1992, T-483 de 1993, T-016 de 1995, T-113 de 1995, T-362 de 1995, T-504 de 1999, T-077 de 2001, T-209 de 2001, T-346 de 2001, T-752 de 2001 y T-1234 de 2001, entre otras.

⁹³ Sentencia T-016 de 1995.

⁹⁴ Consultar el artículo 22 de la Ley 715 de 2001.

3. OBLIGACIONES DE ASEQUIBILIDAD PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA DISPONIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN

Se trata de obligaciones relativas a la cantidad de programas de enseñanza que deben ofrecerse en el Estado, a su cobertura geográfica, y a las condiciones en que éstos deben funcionar (docentes, instalaciones adecuadas, agua potable, materiales de enseñanza, etc.). Los Pactos Internacionales reconocen que tales condiciones dependen del grado de desarrollo de los países.

Existen otras obligaciones de asequibilidad que no dependen del grado de desarrollo, *v. gr.*, la obligación de respetar la libertad de los particulares para fundar y dirigir establecimientos educativos. De igual forma, la obligación de ofrecer a los niños y niñas en cada nivel de educación básica un número de cupos equivalente al número de niños en edad por nivel, aunque esto implique altas inversiones en infraestructura, planta docente y material didáctico.

3.1. OBLIGACIONES DE ASEQUIBILIDAD DE EFECTO INMEDIATO

3.1.1. La obligación de garantizar el adecuado cubrimiento del servicio educativo

En el artículo 67 de la Constitución de Colombia se encuentra consagrada la obligación de **garantizar el adecuado cubrimiento del servicio**⁹⁵. Esta obligación, según la Corte Constitucional, se deriva del carácter fundamental del derecho a la educación, del carácter de servicio público revestido de una función social, de la búsqueda del acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura, e implica su **exigibilidad por la vía de la acción de tutela** cuando el derecho a la educación se tenga como **fundamental**, en cuyo caso la

⁹⁵ La ley 115 de 1994 desarrolla este mandato constitucional en su artículo 4: “Corresponde al Estado, a la sociedad y a la familia velar por la calidad de la educación y promover el acceso al servicio público educativo, y es responsabilidad de la nación y de las entidades territoriales garantizar su cubrimiento”.

obligación es de **efecto inmediato**⁹⁶. La Corte también ha sostenido que esta obligación está relacionada con:

- **Los objetivos de la educación:** Se trata de una obligación de cuyo cumplimiento depende el alcanzar el objetivo fundamental del acceso al conocimiento y la formación efectiva de los estudiantes⁹⁷.
- **El derecho a la permanencia:** Asegura el derecho a la permanencia en el sistema educativo, tanto en el sector público como en el sector privado. Ello sin embargo está condicionado a los límites de cobertura que tienen las instituciones educativas y a un mínimo de cumplimiento por parte de los educandos de los deberes correlativos al derecho a la educación⁹⁸.
- **Cumplimiento de la obligación:** Se garantiza su cumplimiento con la infraestructura y demás elementos encaminados a proteger la prestación del servicio educativo, v. gr. el mejoramiento de la calidad, la calificación y formación de los educadores, la promoción docente, los recursos y métodos educativos, la innovación e investigación educativa, la orientación educativa y profesional, la inspección y evaluación del proceso educativo⁹⁹.
- **Razonabilidad en las deficiencias en la prestación del servicio público educativo:** En aquellos casos en los cuales la deficiencia en la prestación del servicio no llega hasta el punto de anular la prestación misma y en los que las fallas pueden ser explicadas de manera razonable como una manifestación de la escasez de recursos propia de la situación económica específica de país, no es posible establecer la violación de un derecho fundamental. Por ejemplo, no constituye violación a la obligación de adecuado cubrimiento la exclusión de un menor de un establecimiento educativo con imposibilidad material de brindarle educación por no poder recibir a más estudiantes, si en la cabecera municipal existen otras instituciones con cupos para el grado al que aspira el menor de edad¹⁰⁰.

⁹⁶ Ver sentencia T-235 de 1997.

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ Sentencia T-388 de 1995.

⁹⁹ Sentencia T-235 de 1997 y Ley 115 de 1994, artículo 4 inciso 2.

¹⁰⁰ Sobre la Razonabilidad pueden consultarse las sentencias T-574 de 1993 y T-388 de 1995.

3.1.2. La obligación de velar por la prestación eficiente y continua del servicio educativo

La educación, como todo servicio público, posee dos rasgos característicos fundamentales: la continuidad en la prestación y el funcionamiento correcto y eficiente. En este sentido, el inciso primero del artículo 365 de la Constitución ordena:

Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

A continuación, en el artículo 366, se establece la prioridad de la educación en el gasto público:

Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

La Corte Constitucional, en atención a estas normas constitucionales, ha dilucidado la obligación estatal de velar por la prestación eficiente y continua del servicio educativo resaltando estos puntos:

- a. **Prestación eficiente:** La eficacia y eficiencia que deben caracterizar a la administración pública implican que los funcionarios tienen que hacer cumplidamente la tramitación para que opere realmente la descentralización educativa, buscando que esto repercuta en bien del servicio, de una distribución equitativa y por ende en el mejoramiento del nivel de vida de los asociados. Esos principios de la eficacia y la eficiencia obligan a que en el período de transición hacia la descentralización se empleen los rubros destinados para la educación en tal forma que la dignidad de los alumnos y de quienes laboran en un establecimiento educativo no se vea afectada por la desidia de funcionarios administrativos o por absurdos y engorrosos trámites burocráticos¹⁰¹.
- b. **Aplicación eficiente de las partidas presupuestales destinadas a la prestación del servicio educativo:** Los recursos destinados para la educación deben ser empleados para que dentro de lo fáctico haya un grado alto de eficacia y

¹⁰¹ Sentencia T-516 de 1996.

eficiencia en la utilización de todos los instrumentos para el acceso al conocimiento. La eficacia del derecho a la educación depende del apoyo logístico y económico, por lo tanto lo presupuestado es condición para la viabilidad del derecho. Para exigir la no distracción de los fondos presupuestados, la acción de tutela es viable y puede ser interpuesta tanto por los estudiantes como por los educadores y el personal administrativo que colabora en la labor educativa, por ser titulares del derecho fundamental presuntamente vulnerado. El juez de tutela tiene que verificar si resulta vulnerado por el no cumplimiento de la afectación de los recursos ordenados por la Constitución, viendo si éstos han sido o no empleados o si se distrae su destinación en perjuicio de la educación¹⁰².

- c. **Prestación continua:** Uno de los principios medulares de la prestación de los servicios públicos es el de la continuidad. Es un deber del gobierno asegurar la prestación ininterrumpida del servicio público educativo, pues éste opera como técnica de realización del derecho a la educación¹⁰³.
- d. **Carácter excepcional de la suspensión del servicio:** Toda suspensión de la prestación del servicio público educativo debe tener el carácter de excepcional y, en consecuencia, debe ser objeto de justificación¹⁰⁴.
- e. **Prohibición de huelga:** Por tratarse de un servicio público esencial, y en virtud de la obligación del Estado de velar por su prestación continua y eficiente, la huelga está prohibida. No se desconoce el derecho de los docentes a reclamar lo que consideran justo para ellos, pero el camino expedito no puede traducirse en la paralización de las actividades relacionadas con el servicio público de la educación. La suspensión de actividades vulnera el derecho fundamental a la educación de los niños, que prevalece sobre los derechos de los demás¹⁰⁵.

3.1.3. La obligación de proveer diligentemente los cargos docentes en los niveles de enseñanza básica

Como se ha visto, según la Constitución, la educación genera una contraprestación a cargo del Estado que consiste en asegurar el adecuado cubrimiento del servicio público educativo y su prestación eficiente y continua. De aquí se deriva la obligación de los alcaldes y gobernadores de proveer diligentemente los cargos

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ Sentencia T-571 de 1999.

¹⁰⁴ Sentencia T-467 de 1994.

¹⁰⁵ Sentencia T-423 de 1996.

docentes¹⁰⁶ y de tomar las medidas necesarias para evitar su paralización ante problemas de orden presupuestal, con el fin de garantizar la prestación del servicio público de educación en sus respectivos municipios y departamentos¹⁰⁷.

La obligación de proveer diligentemente los cargos docentes en los niveles básicos de enseñanza tiene efecto inmediato porque su incumplimiento afecta el núcleo esencial del derecho a la educación. Al respecto, la Corte ha sostenido:

La Constitución protege el derecho a la educación y las condiciones básicas que lo hacen posible, incluidas aquellas que implican obligaciones prestacionales del Estado, de modo que **cuando un establecimiento educativo carece de la planta de profesores mínima para cubrir la enseñanza de los diferentes cursos programados, el derecho resulta vulnerado y se impone su protección**. No sólo se trata de que el estudiante se encuentre vinculado al sistema educativo mediante su pertenencia a un específico grado o curso de un plantel educativo determinado, y sobre esa premisa sostener que no se le está vulnerando su derecho a la educación, como que ningún sentido tiene esa pertenencia si el centro educativo carece de uno o varios docentes que dicten una o más asignaturas del correspondiente programa, porque bien difícil será la promoción del educando al curso siguiente en tales condiciones, es decir, se presenta un ineficiente cubrimiento del servicio que el último haría nugatorio el derecho fundamental a la educación¹⁰⁸. (Negrillas fuera de texto).

3.1.4. La obligación del Estado de respetar la libertad de los particulares para fundar establecimientos educativos

El párrafo 4¹⁰⁹ del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incorpora la libertad de los particulares para fundar establecimientos educativos:

Artículo 13. 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.

¹⁰⁶ Sentencia T-235 de 1995.

¹⁰⁷ Sentencia T-1102 de 2000.

¹⁰⁸ Sentencia T-029 de 2002.

¹⁰⁹ Esta disposición se complementa con el segundo elemento del párrafo 3 del artículo 13, que se refiere a la libertad de los padres y tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las públicas, “siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe”. Por la importancia de este elemento, se analizará por separado. *Infra*, Capítulo V, numeral 1.3.

La disposición anterior es semejante a la que incorpora el Protocolo de San Salvador, en su artículo 13 (5):

Artículo 13. 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.

Finalmente, el artículo 29 (2) de la Convención de los Derechos del Niño estatuye:

Artículo 29. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Por lo anterior, constituyen violaciones de estos instrumentos internacionales la prohibición de crear instituciones de enseñanza privadas y la negación de la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos¹¹⁰. Se debe anotar que en el aparte final del párrafo 4 del artículo 13 del Pacto y del artículo 29 (2) de la Convención de los Derechos del Niño se establece la condición de que las entidades educativas privadas se ajusten a unas normas mínimas (que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales pueden referirse a cuestiones como la admisión, los planes de estudio y el reconocimiento de certificados¹¹¹). En todo caso, tanto los establecimientos educativos privados como las “normas mínimas” deben respetar los objetivos educativos¹¹².

3.1.5. La obligación de velar por que la libertad de establecer instituciones de enseñanza no provoque disparidades extremas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad

Una importante obligación se desprende de los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades y participación real de todos en la sociedad en relación con la libertad consagrada en el párrafo 4 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la de velar por que la libertad de establecer instituciones de enseñanza no provoque disparidades extremas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad. Así lo

¹¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 59.

¹¹¹ *Ibíd.* Párrafo 29.

¹¹² *Cfr. Capítulo IV, numeral 3.1.1.*

advierte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General 13, párrafo 30. Se trata de una obligación de efecto inmediato por su relación con el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades y con la obligación de garantizar el derecho a la educación sin discriminación alguna, incluso por razones sociales o económicas.

3.2. OBLIGACIONES DE ASEQUIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO

3.2.1. La obligación de ofrecer instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito colombiano

Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Esto supone ofrecer toda una gama de programas, que van desde la formación técnica y profesional hasta los postgrados universitarios. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, del contexto de desarrollo en el que actúan¹¹³:

- a. Edificios
- b. Instalaciones sanitarias para ambos sexos
- c. Agua potable
- d. Docentes calificados con salarios competitivos
- e. Materiales de enseñanza
- f. Bibliotecas
- g. Servicios de informática

3.2.2. La obligación de proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza

El apartado e) del párrafo 2 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales impone esta obligación al Estado colombiano:

Artículo 13. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

¹¹³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 6 (a).

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza (...)

Habida cuenta de que al Estado se le exige proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, es responsable de garantizar directamente el derecho a la educación en la mayoría de las circunstancias. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esto impone al Estado la obligación de formular una estrategia global de desarrollo de su sistema escolar, la cual debe abarcar la escolarización en todos los niveles, dando prioridad a la enseñanza primaria. “‘Proseguir activamente’ indica que, en cierta medida, la estrategia global ha de ser objeto de prioridad gubernamental y, en cualquier caso, ha de aplicarse con empeño”¹¹⁴.

3.2.3. La obligación de ofrecer servicios e instalaciones de guarda de niños cuyos padres trabajan, cuando reúnen las condiciones requeridas

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y a los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la Convención, Colombia está obligada a velar por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. Esta obligación se complementa en el numeral 3 ídem:

Artículo 18. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

¹¹⁴ *Ibíd.* Párrafo 25.

4. CREACIÓN DE INDICADORES BASADOS EN EL DERECHO A LA DISPONIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN

Tanto a nivel nacional como internacional se suele medir la disponibilidad de la educación con base en dos indicadores: el gasto público en educación con relación al PIB y la equidad en el acceso al sistema educativo entre el sector rural y el urbano.

La evolución del gasto en educación como porcentaje del PIB se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Años	Gasto
1985	3,53%
1991	3,13%
1993	3,77%
1999	4,64%

FUENTE: Departamento Nacional de Planeación.

Al consagrar la primacía del gasto público social, la Constitución generó a partir de 1991 un aumento importante en el gasto en educación. Así, mientras el gasto público en educación representaba el 3,13% del PIB en 1991, en 1999 alcanzó el 4,64% del mismo. Empero, dado el incremento de los costos educativos y la gestión inadecuada de los recursos económicos y humanos en las entidades territoriales, los resultados no han conducido a una mejora sustancial en la cobertura y calidad en la educación. Antes de la Ley 715, el situado fiscal fue regresivo, teniendo en cuenta que los departamentos con mayor población con necesidades básicas insatisfechas obtenían menos recursos. Adicionalmente, las regiones carecieron reiteradamente de recursos para cubrir totalmente la nómina de docentes y para la construcción y mantenimiento de escuelas.

Es palmaria la diferencia entre el sector rural y el sector urbano en lo atinente a la asistencia. Los estudios indican que persiste la brecha entre estos sectores. Aunque en este punto las distancias entre el sector rural y el urbano conforme han pasado los años se han reducido, aún son de una importante magnitud:

Niñas y niños entre los 7 y los 11 años. Nivel nacional.

Zona	1991	1995	1997	1999
Cabecera	93,6%	95,5%	94,7%	94,8%
Resto	82,2%	84,0%	88,3%	89,6%

FUENTE: DNP-UDS-DIOGS, basados en DANE, Encuestas Nacionales de Hogares.

Estas diferencias se profundizan en los grados de secundaria:

Niñas y niños entre los 12 y los 17 años. Nivel nacional.

Zona	1991	1995	1997	1999
Cabecera	80,4%	83,9%	83,7%	82,6%
Resto	49,5%	56,0%	61,0%	60,0%

FUENTE: DNP-UDS-DIOGS, basados en DANE, Encuestas Nacionales de Hogares.

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación ha elaborado algunos referentes para medir el cumplimiento de las obligaciones estatales de asequibilidad. Algunos de ellos son:

- a. **Correspondencia entre las asignaciones presupuestarias y las obligaciones en materia de derechos humanos:** Las asignaciones presupuestarias a nivel central y local deberán supeditarse a la garantía de una educación libre y obligatoria para todos los niños hasta la edad mínima para acceder a un empleo y a la realización progresiva del derecho a la educación.
- b. **Supervisión gubernamental de las instituciones educativas para garantizar unas normas mínimas y fomentar la inclusión:** La concesión de permisos, supervisión y financiación de los establecimientos educativos debe ajustarse a la normativa en materia de derechos humanos, incluyendo el objetivo de promover una educación integral.
- c. **Educadores profesionales:** La situación de los educadores profesionales deberá estar en función de sus derechos reconocidos a nivel internacional y de las libertades sindicales.
- d. **Elección por parte de los padres de la educación para sus hijos:** El reconocimiento y la aplicación de la elección por parte de los padres debe ajustarse a la normativa internacional de los derechos humanos.

Se proponen los siguientes indicadores:

Interrupción: El Estado tiene la obligación de velar por la prestación eficiente y continua del servicio educativo. Este indicador permitiría identificar por cuántos días del año escolar se interrumpe el servicio educativo, y se tiene en cuenta el número de estudiantes que se ven afectados.

Aplicación ineficiente de las partidas presupuestales destinadas a educación: Los recursos destinados para la educación deben ser empleados para que dentro de lo fáctico haya un grado alto de eficacia y eficiencia en la utilización de todos los instrumentos para el acceso al conocimiento. La eficacia del derecho a la educación depende del apoyo logístico y económico, por lo tanto lo presupuestado es condicionante para la viabilidad del derecho. Mediante el análisis de los recursos que se destinan a la prestación del servicio educativo se puede establecer qué porcentaje de éstos no es empleado o se distrae su destinación en perjuicio de la educación.

Provisión diligente de cargos docentes: Debe existir un indicador con el cual evaluar el tiempo que tardan las autoridades administrativas en proveer la planta de profesores que requieran las instituciones educativas públicas. Es importante que se establezcan criterios diferenciadores entre la provisión de docentes en zonas urbanas y zonas rurales.

CAPÍTULO II: EL ACCESO A LA EDUCACIÓN

El núcleo esencial del derecho a la educación comprende, entre otros elementos, la disponibilidad, el acceso, la permanencia, y la calidad en el sistema educativo. El **acceso** es un derecho público subjetivo exigible al Estado, que consiste en la posibilidad de acceder a la educación, con base en criterios de selección que correspondan al mérito personal académico de los aspirantes, y no a aspectos externos a ellos. El acceso adquiere carácter fundamental (y por lo tanto es susceptible de tutela) cuando su titular es un menor de edad¹¹⁵ o cuando guarde conexidad con el derecho a la igualdad, cuando una persona sea rechazada por una institución educativa que aplica criterios de selección discriminatorios o que no atiendan al mérito académico. El derecho fundamental de los niños de acceder a la educación envuelve la obligación correlativa del Estado de brindar a todos los menores de 18 años cupos educativos hasta noveno grado (educación básica).

En los demás casos, el derecho de acceso no tiene aplicación inmediata, y su efectividad quedará condicionada al desarrollo legal y a su realización progresiva mediante las políticas sociales del Estado. El acceso dependerá entonces del grado de desarrollo económico del país, de la existencia de la infraestructura física y los recursos humanos necesarios para poner a operar un establecimiento educativo.

1. EL DERECHO DE ACCESO A LA EDUCACIÓN

El inciso 5 del artículo 67 de la Constitución de 1991 consagra el derecho de acceso al sistema educativo, y la correspondiente obligación del Estado de asegurar a niños niñas las condiciones necesarias para el mismo:

Artículo 67. (...) 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.

¹¹⁵ Ver sentencia T-402 de 1992.

De igual forma, los incisos 3 y 4 del artículo 67 reconocen en estos términos el derecho a la educación básica pública, obligatoria y gratuita:

Artículo 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 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 sufragarlos¹¹⁶.

La Constitución impone al Estado el deber de proporcionar obligatoria y gratuitamente al menos un año de preescolar y nueve años de **educación básica**¹¹⁷. Como se estudiará posteriormente, la jurisprudencia de la Corte extendió esta protección hasta los 18 años, por interpretación del artículo 44 de la C. P¹¹⁸. Aunque los grados que la Constitución señala como obligatorios, entre los cinco y quince años de edad, son un año de preescolar y nueve años de educación básica, el carácter fundamental del derecho se adquiere desde los primeros años del preescolar hasta el grado de educación básica en que el estudiante alcance la mayoría de edad. En consecuencia, la educación de las niñas y los niños entre tres y cinco años de edad (pre-jardín, jardín, y transición) y la educación básica (hasta noveno grado) para los menores de 18 años es un derecho fundamental, por lo cual puede reclamarse su prestación directa e inmediata y la tutela es el mecanismo idóneo para su protección en caso de que sea vulnerado.

¹¹⁶ Este inciso es uno de los principales motivos de preocupación para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el examen del informe entregado por Colombia en 2001: “El Comité nota que el artículo 67 de la Constitución garantiza la educación gratuita, sujeta al pago de cuotas por quienes pueden pagarlas. Nota con preocupación que esas cuotas han impedido a muchos niños tener acceso a la educación primaria gratuita y que las familias han tenido que entablar procedimientos legales para poder alcanzar la educación primaria gratuita. Esta práctica del Estado parte es contraria a los art. 13 y 14 del Pacto Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. 27 Sesión, 12-30 de noviembre de 2001. General E/C.12/1/Add.74. Examen de los informes entregados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Conclusiones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para Colombia, párrafo 27.

¹¹⁷ “[A]corde con la sentencia SU-624/99 el Estado debe hacer realidad el mandato de que la educación será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y, como mínimo comprenderá un año de preescolar y nueve de educación básica. Armoniza lo anterior con el citado Pacto, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, que en su artículo 13, numeral 2, literal a) dice que ‘la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente’. Aunque este instrumento internacional habla solamente de enseñanza primaria, se trata de una estipulación mínima, (artículos 4 y 5 de dicho Pacto), luego la norma constitucional que lleva la protección más allá de la escuela primaria, en cuanto menciona el año preescolar y nueve años de educación básica, es la aplicable en Colombia”. Sentencia T-1032 de 2000. Puede consultarse también la sentencia T-772 de 2000.

¹¹⁸ Ver sentencias T-534 de 1997 y T-323 de 1994.

Para los adultos, el derecho a la educación no tiene carácter fundamental. El Estado se obliga simplemente a crear las condiciones para lograr un acceso efectivo a este derecho, pero no se puede reclamar su prestación directa e inmediata a través de la acción de tutela¹¹⁹.

Analizando las reglas constitucionales que se derivan de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre este tema, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a. El derecho a la educación **básica** de todo menor de 18 años es fundamental y la obligación del Estado de proporcionarla es de efecto inmediato.
- b. Aunque el derecho a la educación de los adultos no tiene el carácter de fundamental, en ciertos eventos el derecho de acceso de los adultos puede ser protegido mediante acción de tutela. Básicamente, cuando exista vulneración al derecho a la igualdad, o cuando a pesar de la existencia de otros medios judiciales de defensa ordinarios consagrados en el ordenamiento jurídico vigente, éstos no tengan la eficacia e idoneidad requerida frente a una amenaza o vulneración ocasionada por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares¹²⁰.
- c. Ante la limitación en el número de cupos en las instituciones educativas, los procesos de selección de estudiantes en sí mismos no vulneran el derecho a la Educación. Sin embargo, los criterios de selección previos a este acto deben corresponder al mérito personal académico de los aspirantes, y no a aspectos externos a ellos¹²¹.

1.1. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE NIÑOS Y NIÑAS A LA EDUCACIÓN BÁSICA PÚBLICA, OBLIGATORIA Y GRATUITA

¹¹⁹ Sentencia T-534 de 1997.

¹²⁰ Sentencia T-441 de 1997 y T-672 de 1998.

¹²¹ Sentencia T-441 de 1994.

1.1.1. La gratuidad de la educación básica pública es un derecho para todo aquel que ingrese a centros docentes estatales.

En el estudio de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 186¹²² de la Ley General de Educación, que establecía una prioridad para el ingreso y el estudio gratuito a las entidades educativas del Estado para los hijos de algunos servidores públicos, la Corte analizó el derecho a la educación gratuita a la luz del derecho a la igualdad, y concluyó que el mandato constitucional no hacía distinciones; la educación gratuita en los establecimientos del Estado es un derecho para todo aquel que ingrese a tales instituciones, no puede limitarse solamente a servidores públicos. Esto llevó a la Corte a declarar la norma inexecutable. (Sentencia C-210 de 1997).

1.1.2. El derecho a la educación básica de todo menor de 18 años es fundamental y la obligación del Estado de proporcionarla es de efecto inmediato.

Aplicando el principio de interpretación *pro infans*, la Corte Constitucional distingue entre el carácter fundamental del derecho a la educación de los niños (artículo 44 C. P.) y la obligatoriedad de la educación (artículo 67-3 C. P.). Cuando el inciso tercero del artículo 67 de la Constitución ordena que la educación sea obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenda como mínimo un año de preescolar y nueve años de educación básica, no quiso considerar la edad como elemento determinante y exclusivo para originar la obligación, sino que ordena al Estado proporcionar gratuita y obligatoriamente la educación básica a todo menor de edad¹²³. Interpretar de otra manera el artículo perjudicaría el derecho a la educación de las niñas y los niños al excluir de su pleno goce a los menores de cinco años y a los mayores de quince pero menores de dieciocho.

¹²² Ley 115 de 1994. **Artículo 186.**- *Estudio gratuito en los establecimientos educativos estatales.* Los hijos del personal de educadores, directivo y administrativo del sector educativo estatal y de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional muertos en servicio activo, tendrán prioridad para el ingreso y estudio gratuito en los establecimientos educativos estatales de educación básica, media y superior.

¹²³ “En efecto, el umbral de los 15 es un límite que corresponde precisamente a la edad en la cual los estudiantes ordinariamente terminan su noveno año de educación básica. Cualquier percance que retrase el proceso educativo de un alumno lo excluiría del grupo de beneficiarios. Si se tiene en cuenta que el objetivo constitucional en esta materia consiste en lograr que la población compuesta por los menores obtenga educación obligatoria y gratuita, el límite aludido debe interpretarse con cierta flexibilidad, de tal manera que comprenda un margen de necesaria tolerancia dentro del cual puedan quedar incluidos, entre otros, aquellos estudiantes que abandonan temporalmente, por diversas razones (salud, cambio de residencia, violencia, problemas familiares, etc.), sus estudios. Este margen es el de los 18 años de edad”. Sentencia T-323 de 1994.

En conclusión, el derecho a la educación de todo menor de edad es fundamental y por lo tanto debe ser garantizado por el Estado, aún cuando el menor haya superado los quince años sin haber cursado algún grado de educación básica. Esto significa que los menores con edades entre 15 y 18 años que no hayan terminado sus nueve primeros años de educación básica gozan de la protección especial consagrada en el artículo 67 de la Carta, como resultado del trato preferencial establecido en el artículo 44 de la C. P. El límite máximo de 18 años ofrece un criterio de fondo que delimita una cierta población objeto de protección especial por parte del Estado¹²⁴. (Sentencia T-356 de 2001).

1.2. EL DERECHO DE LOS MAYORES DE EDAD DE ACCEDER A LA EDUCACIÓN

1.2.1. El derecho a la educación de los mayores de edad no es fundamental.

Una mujer mayor de edad que estudió hasta quinto de primaria solicitó a una institución educativa el ingreso a sexto grado. Sin embargo, el colegio negó su admisión, entre otras razones, por su edad, por ser madre de familia, y por la inexistencia de cupo en el establecimiento. Según el rector, el proyecto educativo de su institución dispone que los alumnos de sexto grado deben ser menores de quince años. Los que superen esa edad, pero sean menores de dieciocho, deben haber cursado el año anterior quinto de primaria. Ante el rechazo de la institución, la mujer instauró acción de tutela.

La Corte recordó que en jurisprudencia anterior ya había diferenciado tres grupos de beneficiarios en materia de educación:

- a. Los menores de dieciocho que aún no han terminado su educación primaria o menores de quince que todavía no han terminado sus primeros nueve años de educación básica. Todos ellos son depositarios de un derecho fundamental de aplicación inmediata que es directamente exigible del Estado.

¹²⁴ “El artículo 44 de la Constitución establece como un derecho fundamental de los niños, el derecho a la educación. Con fundamento en esta norma, e interpretando el artículo 67 que hace obligatoria la prestación del servicio público de educación hasta los quince (15) años, la Corte consideró que la educación como derecho fundamental, es de obligatoria prestación hasta los diez y ocho (18) años, edad que legalmente se considera como el tránsito de la niñez a la adultez”. Sentencia T-534 de 1997.

- b. Las personas que se encuentran entre los quince y dieciocho años de edad y que demandan acceso para alguno de los nueve años de educación básica. Dado el carácter preferencial de los derechos del menor de edad, su educación básica es fundamental.
- c. Los mayores de dieciocho años que demandan educación básica. Ellos gozan de un derecho constitucional de tipo prestacional que pueden demandar del Estado, en circunstancias específicas, y en condiciones de igualdad de acceso y permanencia.

En otras palabras, los derechos de acceso y permanencia en el sistema educativo para adultos no son de aplicación inmediata, porque al alcanzar la mayoría de edad se presume que el Estado ya cumplió con esa persona la obligación de acceso a los beneficios de la educación¹²⁵, por lo que la acción de tutela no es el mecanismo procesal idóneo para la protección de estos derechos, salvo que se demuestre la conexidad con algún derecho fundamental, *v. gr.* la igualdad en el caso de acceso, o el debido proceso en el caso de la permanencia. (Sentencia T-650 de 1996).

1.2.2. Jurisprudencia opuesta a esta regla

En algunos fallos de tutela, la Corte Constitucional ha partido del carácter fundamental del derecho a la educación de los mayores de edad para amparar su derecho de acceso al sistema educativo superior (sin sostener con ello la existencia de una obligación correlativa del Estado de garantizar cupos para todas las personas en la educación superior). En sentencia T-672 de 1998, la Corte tuteló el derecho de acceso a la educación superior de dos mayores de edad que, posterior al acto de matrícula, les fue negada su calidad de estudiantes en una institución universitaria. La universidad argumentó que en el proceso de ingreso cometió un error al aceptarlos, dado que su solicitud no fue revisada por el Comité de Admisiones, lo que anuló el trámite y por tanto su matrícula.

Según esta sentencia, por ser el derecho a la educación un derecho esencial e inherente a los seres humanos y elemento dignificador de la persona humana, presenta una naturaleza fundamental, a la cual subyace una función social que la coloca dentro de las actividades primordiales del Estado, a través de una prestación prioritaria, en forma permanente y eficiente con un adecuado cubrimiento. Para los adultos, el derecho de acceso a la educación superior no se concreta en la obligación del Estado de garantizar los cupos suficientes, pero sí en que su distribución se efectúe en igualdad de condiciones, con base en criterios académicos, y en que el ingreso se rija por un reglamento previamente definido. Así mismo se reconoce el

¹²⁵ Sentencia T-524 de 1992.

derecho a permanecer en la educación superior una vez producido el ingreso y adquirida la calidad de estudiante.

En el caso bajo estudio, la Corte encontró que someter a los afectados a acudir a los medios judiciales de defensa ordinarios sería vulnerar la efectividad y goce del derecho fundamental a la educación, pues el tiempo que transcurriría para la resolución definitiva del caso por vía administrativa y judicial en la práctica resultaría tardía o irrelevante para el propósito pretendido, es decir, el reconocimiento de su calidad de estudiantes. Por lo tanto, la tutela era procedente frente a la amenaza del derecho fundamental a la educación de los afectados, desplazando a la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto:

[L]a acción de tutela es procedente para decidir el posible desconocimiento del derecho fundamental a la educación y demás que resulten involucrados, con la determinación, de carácter administrativo, de una autoridad universitaria, como es el Comité de Admisiones de la Universidad (...), de anular el trámite de ingreso de los actores a ese centro educativo, pues es claro que la acción de tutela constituye un medio idóneo y más eficaz que el administrativo en este caso, para la protección de los derechos fundamentales (...).

Con orientación semejante, la sentencia T-441 de 1997 sostuvo la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial de defensa idóneo y eficaz para la protección del derecho fundamental de los adultos de acceder a la educación superior:

El bachiller recién egresado se encuentra en el trance de elegir rápidamente entre distintas opciones acerca de cómo moldear su vida futura. Una de ellas es la de intentar ingresar a la universidad. Sin embargo, esta es una opción que está abierta por un lapso muy breve. Las presiones de los allegados, la adquisición de responsabilidades familiares propias, la necesidad de generar ingresos por sí mismos y el alejamiento de las actividades académicas, entre otros factores, hacen que tras un corto tiempo se desvanezca en la práctica, para muchas personas, la posibilidad de ingresar a un centro de estudios superiores. Es decir, el mero transcurso del tiempo facilita el surgimiento de barreras, invencibles para muchas personas, que marchitan la aspiración de realizar estudios superiores.

La situación descrita evidencia la importancia del factor tiempo para la realización del sueño de ingresar a la universidad. Ante este hecho y en vista del trámite prolongado que exigiría el mecanismo judicial ordinario, sólo puede concluirse que éste se demuestra en este caso como ineficaz, por cuanto la duración del proceso que inicia compromete seriamente las aspiraciones del demandante de absolver los estudios universitarios. Por lo tanto, y con miras a impedir un perjuicio irremediable para el actor, debe declararse que la demanda de tutela sí es procedente en este caso.

En conclusión, la Corte ha estimado en algunos fallos que el derecho de los adultos de acceder a la educación es fundamental y puede ser protegido mediante acción de tutela; básicamente, cuando a pesar de la existencia de otros medios judiciales de defensa ordinarios consagrados en el ordenamiento jurídico vigente, éstos no tienen la

eficacia e idoneidad requerida frente a una amenaza o vulneración ocasionada por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. Empero, en la línea jurisprudencial no es predominante esta postura.

1.3. EL DERECHO A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL ACCESO AL SISTEMA EDUCATIVO

La igualdad de acceso es el derecho de toda persona interesada en la adjudicación de un cupo en un establecimiento educativo a acceder en igualdad de condiciones al proceso de selección de los beneficiarios, y a que la distribución de los cupos se realice acatando los procedimientos establecidos.

1.3.1. El derecho a la igualdad de oportunidades de acceder al sistema educativo es fundamental sin importar la edad o el grado educativo al que se pretende ingresar.

Una persona alega que un establecimiento educativo universitario de carácter público vulneró sus derechos fundamentales a la educación y a la igualdad, puesto que a pesar de los resultados que obtuvo en los exámenes de admisión no se le asignó ninguna plaza para el estudio de la carrera de medicina, mientras que a otros aspirantes inscritos que obtuvieron puntajes más bajos que el suyo, sí fueron aceptados en esa Facultad a través de procedimientos de estímulos especiales, como la prestación del servicio militar o ser hijos de un docente. La Corte Constitucional consideró que, si bien las autoridades universitarias pueden decidir en el marco de su autonomía cuál es el número de cupos que ofrecerán para cada uno de sus programas, una vez establecido el número de plazas, su distribución y acceso, la elección debe corresponder al mérito personal académico de los aspirantes, y no a aspectos externos. El derecho a la igualdad adquiere una modalidad específica, consistente en que todas las personas interesadas en la adjudicación del cupo tienen derecho, en igualdad de condiciones, a acceder al proceso de selección de los beneficiarios y a que la distribución de los cupos se realice acatando los procedimientos establecidos. La igualdad de acceso implica que ante la limitación de los cupos, la selección se efectúe siguiendo el criterio del rendimiento académico, con base en el principio de igualdad de oportunidades. Sólo resulta razonable aducir un trato favorable si está dirigido a grupos tradicionalmente marginados o discriminados, así como a personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentren bajo circunstancias de debilidad manifiesta. Cuando el derecho a la igualdad de acceso se vulnera, la tutela es procedente, sin importar si se trata de un menor o mayor de edad, ni en qué etapa educativa se encuentra. En

consecuencia, el alto Tribunal ordenó a la Universidad que autorizara la matrícula de la petente para el programa de Medicina que primero se iniciara, con posterioridad a la fecha de notificación de la sentencia. (Sentencia T-798 de 1998).

1.3.2. Los criterios de selección para acceder a una institución educativa deben ser académicos. No pueden propiciar conductas discriminatorias por razón de raza, nacionalidad, familia, lengua, religión, opinión política o condición económica.

Una pareja colombiana que residía en los Estados Unidos decidió regresar al país, y presentaron una solicitud de ingreso de su hija menor para el grado kinder ante un establecimiento educativo bilingüe. Junto con la niña, presentaron solicitud de ingreso otros tres niños. Ante la existencia de un solo cupo, el Comité de Admisiones sometió a exámenes psicológicos y de conocimientos a los aspirantes, y la niña obtuvo los mejores resultados. Sin embargo, el cupo fue concedido a un niño de nacionalidad estadounidense, debido a que dentro de los criterios de selección del plantel se otorga prioridad a los hijos de familias norteamericanas. La Corte concluyó que si bien este criterio se fundamenta en la naturaleza bilingüe de la institución, no puede negar el acceso al sistema educativo a un menor que por méritos se encontraba en mejores condiciones para recibir el cupo. Los criterios de selección para el acceso a la educación deben concentrarse en el mérito académico¹²⁶, y no pueden vulnerar el derecho a la igualdad de oportunidades ni propiciar conductas discriminatorias por razón de raza, nacionalidad, familia¹²⁷, lengua, religión, opinión política o condición económica. (Sentencia T-064 de 1993).

1.3.3. Las prerrogativas de ingreso a la educación en favor de grupos sociales marginados o en condiciones de debilidad, o por otras razones que justifiquen el tratamiento preferente, no vulneran el derecho a la igualdad de acceso.

¹²⁶ El criterio de selección debe ser el mérito académico. Sobre el tema, pueden consultarse las sentencias C-022 de 1996, C-210 de 1997, T-441 de 1997, T-326 de 1998 y T-672 de 1998.

¹²⁷ Mención especial merece la sentencia T-510 de 1994, donde se analiza un caso de discriminación basada en el origen familiar. La Corte Constitucional, ante la negativa de un colegio particular de admitir a un alumno alegando que éste no había nacido de un matrimonio católico sino civil, afirmó que la discriminación basada en el origen familiar es inaceptable. La Corte ordenó a la directora del Colegio considerar la solicitud de ingreso de la menor, siguiendo las reglas aplicables a todos los estudiantes de esa institución.

A finales de 1996, un joven de escasos recursos intentó por tercer año consecutivo ingresar a la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena, presentando los respectivos exámenes. De un total de 100 cupos, 70 debían distribuirse dentro del plan normal de admisiones, y 30 “cupos especiales” entre bachilleres pertenecientes a determinados sectores de la población, que según el reglamento de la Universidad se distribuyeron así:

- El 20% de los cupos (en esta ocasión 14) para hijos, cónyuge o compañero(a) de los profesores, empleados, ex-profesores, ex-empleados y jubilados de la Universidad de Cartagena
- Tres cupos para los provenientes de Mompox y Magangué, y diez cupos para otros municipios del sur de Bolívar
- Un cupo para los provenientes de San Andrés y Providencia
- Un cupo para deportistas
- Un cupo para reinsertados

El aspirante ocupó el puesto 87 como puntaje para admisión. Los 70 cupos normales fueron adjudicados de acuerdo con los resultados obtenidos en los exámenes, hasta el puesto 71, por lo que el actor no fue admitido; pero se le informó que, frecuentemente, varios de los postulantes a los que se les había otorgado una plaza no la tomaban, y que esos cupos sobrantes se distribuían entre los aspirantes no admitidos que contaban con los mejores resultados. El demandante se decidió entonces a esperar, y así se reasignaron cupos hasta el puesto 85. No obstante, personas con puntaje inferior al suyo (*v. gr.* el 792, 1006, 1182 y 1183) también fueron admitidos en la Universidad, haciendo uso de cupos especiales. A juicio del actor, los privilegios otorgados a los bachilleres deportistas, a los oriundos del sur de Bolívar y a los hijos de los profesores y empleados de la universidad vulneran el derecho a la igualdad de acceso, por lo que acudió a la acción de tutela para solicitar la declaración de nulidad de los acuerdos que consagraban los cupos especiales y de la resolución en la que se determinó a quiénes se les asignaban esos cupos especiales, para ser admitido en la Universidad.

Durante el proceso, el rector defendió la existencia de cada uno de los cupos especiales, y concluyó que no le quitan oportunidad a ningún aspirante, ya que éstos se otorgan una vez se asignan los cupos normales. La Corte, en sala de Revisión, consideró que la posición del rector implicaría que la universidad sólo debe responder públicamente por los procedimientos para adjudicar los cupos ordinarios, mientras que tendría amplia discreción para decidir cómo distribuir los cupos especiales. Esto desconoce que todos los cupos de estudio de las universidades oficiales constituyen **bienes públicos** y, por lo tanto, deben ceñirse al mismo escrutinio por parte de los ciudadanos y de los organismos jurisdiccionales. En el caso concreto, no se puede argüir que el número de cupos era de 70, pues en realidad la Universidad estaba ofreciendo 100. Una vez que la Universidad define el número de plazas de estudio para un programa, debe distribuirlas siguiendo criterios válidos a la luz de la

Constitución, sin olvidar que el parámetro esencial de asignación de los cupos tiene que ser el mérito académico.

Las Universidades, después de aplicar el criterio académico, pueden emplear otros parámetros de adjudicación, *v. gr.*, cuando desea contrarrestar las condiciones desiguales con las que arriban a los exámenes de admisión los distintos aspirantes a ingresar a la universidad. Pero estos criterios, al conceder un trato especial para facilitar el acceso de personas pertenecientes a determinados grupos sociales a la institución educativa, deben tener en cuenta el merecimiento académico, y no pueden ir más allá del momento de admisión. Desde ese instante, todos los estudiantes quedan sometidos a las mismas condiciones.

A continuación, el alto Tribunal analizó cada uno de los criterios empleados por la Universidad, para verificar su concordancia con la Carta Fundamental. Para la Corte, son inconstitucionales los privilegios para hijos de docentes y para deportistas¹²⁸, por desconocer el criterio esencial de acceso a la universidad y violar el derecho a la igualdad. En cambio, aceptó la validez de los cupos especiales para reinsertados, pues al favorecer la reintegración a la sociedad de guerrilleros desmovilizados concediendo capacitación para vincularse al mercado laboral, la universidad aporta al propósito de paz que prohíja la Constitución. Sin embargo, el cupo supone la obtención del puntaje mínimo requerido para el ingreso a la Universidad. Respecto a los cupos especiales según la región de origen, la Corte distinguió. En principio, dado que la mayor parte de la financiación de las universidades públicas proviene del Tesoro nacional, todos los colombianos que reúnan los requisitos de ingreso tienen que encontrarse en igualdad de condiciones. Si un criterio prevalente a favor de estudiantes de la región donde tiene asiento la universidad se aplicara en todo el país, los estudiantes de muchas regiones donde subsisten sólo muy contados programas académicos se verían en situación de inferioridad en relación con los oriundos de la región con universidades de gran dimensión. En el caso concreto, el favorecimiento a estudiantes de Mompox y Magangué es discriminatorio además porque excluye a estudiantes provenientes de otros municipios del departamento. La adjudicación de cupos simplemente por el hecho de que un estudiante sea natural de una región es inconstitucional¹²⁹.

¹²⁸ “[E]l hecho de que la universidad deba comprometerse con la promoción del deporte no constituye una razón suficiente para crear un cupo especial para favorecer el acceso de los deportistas a los estudios superiores. Si bien no se niega que la presencia en la universidad de deportistas de alto rendimiento puede constituir un estímulo para la práctica de las actividades de recreación física, este objetivo puede lograrse a través de medidas menos lesivas de los intereses de los otros aspirantes a acceder la universidad. El impulso de las actividades deportivas bien puede realizarse a través de medidas distintas, que no impliquen el sacrificio injusto y excesivo de la aspiración de algunas personas de realizar estudios superiores”. Sentencia T-441 de 1997.

¹²⁹ En este mismo sentido, puede consultarse la sentencia T-268 de 2001.

Empero, la “desigualdad de origen” sí puede ser un argumento suficiente para que se brinde un tratamiento especial en la admisión de aspirantes que provienen de lugares con deficiencias en la prestación de la educación básica, porque la Constitución establece que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”. Debe reconocerse la heterogeneidad estructural en Colombia en el campo educativo, por lo que la diferenciación positiva a favor de estudiantes oriundos de zonas marginadas del país sí se ajusta a la Carta Fundamental. Los estudiantes de estas zonas han sido tradicionalmente descuidados por el Estado, y no se les ha brindado un servicio educativo similar al que les ha prestado a los naturales de otras zonas del país. Normalmente, los bachilleres de las zonas marginadas llegan a los exámenes de admisión con una clara desventaja con respecto a los demás examinados. El tratamiento especial para el ingreso a la universidad constituye una forma de contrarrestar esas diferencias de origen, que tienen como consecuencia el que los aspirantes de esas zonas, en la práctica, tengan escasas posibilidades de acceder a los estudios superiores. En conclusión, la Corte fija como patrón básico de acceso a la educación el principio de igualdad de oportunidades, pero con preferencia al más débil. (Sentencia T-441 de 1997).

1.3.4. Las instituciones educativas no pueden imponer requisitos desproporcionados para el acceso a la educación.

Si bien es posible que las instituciones educativas regulen el ingreso a sus programas mediante sus propios reglamentos, no les es permitido imponer requisitos desproporcionados que hagan nugatorio el derecho de acceso, ni mucho menos negar el cupo con base en causales no previstas en reglamento¹³⁰.

Puede encontrarse en la jurisprudencia un sinnúmero de casos en los que se exigen requisitos claramente desproporcionados que condicionan la matrícula académica: la suscripción de pagaré en blanco para garantizar el resarcimiento de los daños que pudieran ser causados en las instalaciones o equipos del establecimiento educativo¹³¹; la anexión del recibo de compra del material instructivo de todas las asignaturas a los

¹³⁰ Sobre el tema pueden consultarse las sentencias T-647 de 1998 y T-649 de 1998.

¹³¹ “La indebida exigencia de este título valor (pagaré en blanco) se convierte en una barrera para el desarrollo del derecho a la educación, en razón de la desproporción del requisito. La Universidad para esta exigencia concreta, no puede ampararse en la autonomía universitaria, pues ésta no es absoluta, ni puede ser excusa para exigir requisitos que obstaculicen el derecho a la educación, al vulnerar directamente su núcleo esencial, como servicio público que, por su propia naturaleza, es ajeno a un manejo simplemente mercantilista, olvidando que su razón de ser está relacionada con los fines del Estado”. Sentencia T-138 de 1998.

documentos de matrícula¹³²; la exigencia de visa a un nacional colombiano¹³³; etc. Pero la Corte también ha señalado que las instituciones educativas pueden imponer requisitos para el ingreso cuando éstos sean razonables¹³⁴.

Atención especial merece la exigencia de constituir bonos de capital como requisito de admisión. La Corte declaró, en sentencia de inconstitucionalidad, la inexecutable parcial del artículo 203 de la ley 115 de 1994, en cuanto permitía a los establecimientos educativos privados exigir a los padres de familia de los estudiantes la constitución de bonos de capital con destino al mejoramiento del proyecto educativo institucional. Según la Corte, el establecer el bono o aporte de capital en centros educativos privados constituye una violación a la libertad de asociación, pues quien aporta al capital ha de entenderse como socio o asociado del ente educativo, aún en contra de su voluntad y como condición obligatoria e indispensable para que su hijo acceda al establecimiento docente de su predilección.

La prestación del servicio público de la educación por particulares otorga un valioso concurso de la iniciativa y el esfuerzo privados con miras al logro de un mayor pluralismo, una mejor cobertura y una creciente calidad en la prestación del servicio. Dado que se trata de un esfuerzo privado destinado a la consecución de tales fines,

¹³² “En efecto, el hecho de exigir a los estudiantes la compra del material pedagógico en un establecimiento determinado para proceder al registro de su matrícula académica y garantizar su permanencia en el centro docente, desnaturaliza el derecho a la educación y desconoce su función social. Existe, pues, una grave oposición entre la regulación interna contenida en el acuerdo 036 de 1988 [reglamento interno de la Universidad del Tolima], y el ordenamiento constitucional. En consecuencia, la Sala, por las razones expuestas y en cumplimiento de su función de salvaguardar los derechos de carácter fundamental, inaplicará el acuerdo 036 de 1988, al caso en estudio”. Sentencia T-513 de 1997.

¹³³ “El actor es nacional colombiano por nacimiento, y el establecimiento educativo no puede exigirle la visa de estudiante, porque ‘ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad’. La rectora del colegio le exigió cumplir con un requisito que únicamente obliga a los extranjeros, cuando le constaban los hechos constitutivos de la nacionalidad colombiana, y por no atender a tal requerimiento, se negó a matricularlo; de esa manera, incurrió en una vía de hecho”. Sentencia T-416 de 1996.

¹³⁴ “La autonomía universitaria faculta a la institución accionada a organizar su funcionamiento y gestión administrativa. Por ende, también puede señalar requisitos razonables de ingreso a los programas y establecer condiciones de pérdida de cupo por incumplimiento de aquellos, los cuales, en principio, obligan a todos los aspirantes, aún sin que exista relación formal con la universidad. Por lo tanto, la Sala no comparte el argumento de la actora, según el cual la orden de matrícula no la vinculaba, pues una interpretación que lo acepte eliminaría el núcleo esencial de la autonomía universitaria y permitiría que los requisitos de ingreso a los centros superiores de educación sean fijados por los aspirantes. En el caso sub iudice está plenamente demostrado que la actora no firmó la matrícula académica, la cual es indispensable para adquirir el carácter de estudiante del centro educativo accionado, tal y como lo establece claramente la guía general sobre el proceso de inscripción y matrícula de la Universidad de Cartagena y la orden de matrícula que fue entregada a la actora. (...) Por consiguiente, la actora incumplió con una de las condiciones fijadas por la universidad para el ingreso al pènsum académico”. Sentencia T-496 de 2000.

nada obsta para que suponga el cobro de derechos académicos a quienes opten por esta modalidad educativa. Sin embargo, ello no implica que la prestación del servicio pueda desbordar los límites constitucional y legalmente señalados. Los pagos que genere el servicio público educativo prestado por particulares no resultan de un libre juego de la oferta y la demanda, ni pueden establecerse en virtud de la autonomía absoluta o arbitraria de los colegios, pues de una parte está comprometido el derecho a la educación, y de otra, pueden lesionarse las finalidades del servicio ante un incontrolado aumento de los costos educativos.

La Corte agrega que el establecer este tipo de cobros adicionales como requisito para admitir o no a una determinada persona, sea cual sea el nombre con el que se los distinga o la denominación que se les asigne, constituye un claro atentado contra la libertad y el derecho a la educación, al excluir de plano a quien no hace tal aporte. (Sentencia C-560 de 1997).

1.3.5. Regla de Extra edad: el requisito de edad para la selección de alumnos a determinado grado viola el derecho a la igualdad.

Una niña de catorce años de edad, que por su estado de embarazo debió retirarse del colegio en el que cursó toda su primaria, solicitó el ingreso a la jornada diurna en dos instituciones educativas públicas para cursar el grado sexto, pero fue rechazada porque sólo se recibían para ese curso a alumnos nacidos de 1987 en adelante, aunque le comunicaron que para la jornada nocturna sí podría ser admitida. Con fundamento en los hechos expuestos, la progenitora de la menor de edad interpuso acción de tutela. La Corte Constitucional efectuó un estudio para establecer si es válido a la luz de la Constitución el trato diferente que los establecimientos educativos dan a partir del criterio de la edad para seleccionar a los alumnos que son admitidos a cursar determinado grado. Concluyó que no existe relación necesaria ni unívoca entre el logro del desarrollo armónico de los estudiantes y la aplicación del criterio de la edad en la selección de los mismos.

Las entidades involucradas indicaron que el desarrollo de los menores de edad sólo es posible si su entorno social está constituido por personas con características e intereses similares, por lo debe evitarse que existan diferencias significativas entre los estudiantes. Para la Corte no fue de recibo esta visión, porque así como hay teorías que afirman que la uniformidad de los estudiantes es una de esas condiciones ideales, las hay en la línea opuesta, que critican por perjudicial una normalización artificial del entorno social de los estudiantes. Por lo tanto, las razones que alegan las instituciones educativas para justificar el rechazo por la edad de la menor son infundadas e insuficientes. Además, en el caso concreto, “la diferencia de edad entre la hija de la actora y los que serían sus compañeros de curso, no sobrepasa a la que existe entre un estudiante cualquiera de los colegios demandados que hubiera perdido

el año y se hubiera visto precisado a repetirlo, puesto que ella sólo interrumpió sus estudios por un año”. Finalmente, no comprende la Corte cómo las teorías aducidas por las entidades educativas se aplican para la jornada diurna pero no para la nocturna. El uso del criterio de la edad para seleccionar a los alumnos que son admitidos a cursar determinado grado es discriminatorio y viola el derecho fundamental a la igualdad. Aceptarla sería adoptar para el sistema educativo colombiano la teoría “iguales pero separados”, que promueve la discriminación racial, la religiosa, la basada en el origen nacional o familiar, o la que se funda en la opinión política o filosófica. (Sentencia T-789 de 2000)¹³⁵.

1.4. EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA CULMINACIÓN DE UNA ETAPA EDUCATIVA

El reconocimiento de la culminación de una etapa educativa es el derecho de todo estudiante a que sea reconocido su esfuerzo y la culminación de una etapa educativa mediante la expedición del diploma correspondiente. Este derecho es **fundamental** siempre que el título sea requisito legal para continuar estudios en otro establecimiento o para ingresar al ciclo subsiguiente, lo que significa que su realización es esencial para la efectividad del derecho de acceso a la educación. También adquiere el carácter de fundamental cuando el título se requiera para acreditar la idoneidad exigida para ejercer determinada profesión.

Sentencia T-090 de 1995

El derecho a la educación es un derecho esencial de la persona humana, susceptible de ser amparado mediante la acción de tutela. De manera particular, la oportunidad de acceso a los medios educativos en condiciones de igualdad, se considera como una de las manifestaciones principales del derecho a la educación, en un Estado donde tales medios son limitados. Al negarle a la demandante la entrega de su diploma, se viola su derecho a la educación pues este derecho implica, no sólo el acceso y la

¹³⁵ Pueden consultarse además las sentencias T-1577 de 2000 y T-215 de 2002. En esta última, sobre el derecho de acceso de menores en situación de desplazamiento forzado, la Corte sostiene: “el hecho que los niños hayan superado la edad límite establecida para acceder a un grado escolar no es razón suficiente para negar su ingreso a un colegio determinado, ni mucho menos al sistema educativo. Es más, tratándose de niños desplazados por el conflicto interno, obligados a trasladarse de un lugar a otro, a iniciar su año lectivo y luego a suspenderlo para, si es posible, reiniciarlo en otro centro educativo, es normal que sobrepasen la edad en la que ordinariamente se accede a los grados escolares. Pero la superación de esos límites temporales no tiene por qué conllevar su exclusión del sistema educativo”.

permanencia en un centro educativo, sino el reconocimiento al esfuerzo y a la culminación de una etapa, durante la cual se preparó con la intención de ser una persona más útil a la sociedad. Tal reconocimiento se materializa en la expedición del diploma correspondiente, y resulta por demás injusto, negárselo.

1.4.1. El núcleo esencial del derecho a la educación incluye el reconocimiento al esfuerzo y a la culminación de una etapa durante la cual se preparó el estudiante.

Dos mujeres iniciaron en junio de 1986 un curso de profesionalización para maestros en ejercicio, que por convenio conjuntamente ofrecieron el Centro Experimental Piloto de Córdoba (en adelante CEP) y la Normal Departamental Femenina de la ciudad de Montería. En enero de 1989, culminaron satisfactoriamente los cursos y obtuvieron el título de “Maestras Bachilleres”, pero no pudieron reclamar su diploma por un error en sus actas de grado. Años después lo solicitaron, cuando lo necesitaron para ingresar a un programa de educación superior, pero sus diplomas no tenían las firmas de los rectores. La universidad decidió aceptarlas en su programa, pero con la condición de que debían presentar el diploma para otorgarles el título profesional. Por ello, solicitaron a la Rectora de la Normal Departamental de Montería y a la Rectora del CEP que firmaran los diplomas. Esta última se negó, aduciendo que no podía firmar en 1996 un diploma fechado en 1989, pues por entonces no ejercía las funciones de directora. Ante esta negativa, las maestras decidieron interponer acción de tutela.

La Corte, después de establecer que el título de bachiller se acredita con el acta de grado y el correspondiente diploma, y de resaltar la importancia que para las petentes tiene el diploma, por ser requisito indispensable para acceder a la educación superior, y además porque mejora su escalafón (y por lo tanto su remuneración), resaltó el derecho que tienen las demandantes a que se les reconozca el título de “Maestras Bachilleres”. El título debe constar en las actas de grado y en los diplomas, pues son documentos diferentes aunque ambos consignan el resultado de un proceso académico que se constituye en prerrequisito para acceder a la educación superior. A pesar de que se efectuaron las correcciones en el acta de grado, la entrega de los diplomas se aplazó hasta que se subsanaran los errores, y posteriormente el CEP no continuó con el trámite interno correspondiente, la firma del director, hecho que no es imputable a las peticionarias. Como el derecho a la educación implica, no sólo el acceso y la permanencia a un establecimiento educativo, sino el reconocimiento al esfuerzo y a la culminación de una etapa durante la cual se preparó el estudiante, a las peticionarias se les vulnera este derecho al negarse la demandada a firmar los diplomas, pues sin su firma carecen de validez. Sobre el punto probatorio, la Corte en sus palabras explica que:

[L]a vulneración del derecho a la educación se configura independientemente de que el diploma sea o no el único medio de prueba para acreditar la calidad de bachiller, pues de una parte en el caso específico que se revisa ese documento se erige en requisito de culminación de los estudios superiores de las demandantes, y de otra, el carácter probatorio del diploma no restringe los efectos de reconocimiento académico que éste tiene para el individuo, como expresión de realización personal académica¹³⁶.

Por lo anterior, la Corte ordenó a la rectora del CEP firmar los diplomas, pues como representante de la entidad educativa que ofreció el programa, está autorizada para certificar la calidad de bachilleres de sus egresadas. (Sentencia T-698 de 1996).

1.4.2. Siempre que un título sea requisito legal para continuar estudios en otro establecimiento, para ingresar al ciclo subsiguiente o para acreditar la idoneidad exigida para ejercer determinada profesión, la negativa injustificada a otorgarlo vulnera el derecho fundamental a la educación.

En 1968, una institución universitaria y una fundación celebraron un convenio según el cual la fundación se comprometió a ofrecer programas de formación superior en las áreas de fisioterapia, fonoaudiología y terapia ocupacional, de acuerdo con los reglamentos de la universidad y bajo su supervisión. A cambio, ésta última recibiría parte del rendimiento económico de los programas, y les otorgaría a los egresados el título profesional que la fundación estaba en imposibilidad legal de conferir. A finales de 1994, el rector de la universidad comunicó su decisión de poner término al contrato. En noviembre de 1995, el ICFES autorizó a la universidad a ofrecer directamente los programas, por lo que los estudiantes que ingresaron entre 1993 y 1994 pudieron continuar con sus estudios. Pero la situación para el grupo de estudiantes que los culminó en el segundo semestre de 1995 fue distinta, ya que el rector de la universidad se negó a otorgarles un título, porque entre 1994 y 1995 la universidad no supervisó sus actividades académicas, luego no podía convalidar lo que no le constaba. Esto llevó a varias estudiantes a interponer acción de tutela. No obstante, en primera y segunda instancia se negó el amparo. La Sala Laboral de la Corte Suprema, que resolvió la impugnación, sustentó su postura con estos argumentos:

- El derecho a recibir un título académico no puede ser considerado como fundamental en ningún caso
- El derecho a la educación, garantizado en la Carta Política como fundamental, es la educación básica y no la educación superior

¹³⁶ Sentencia T-698 de 1996.

- No se viola el derecho al trabajo de una persona cuando se le niega un título profesional: “basta tener en cuenta el considerable número de trabajadores que carecen de un título universitario”

La Corte Constitucional desvirtuó los argumentos de la Corte Suprema, y explicó que siempre que un título sea requisito legal para continuar estudios en otro establecimiento, para ingresar al ciclo subsiguiente o para acreditar la idoneidad exigida para ejercer determinada profesión, la negativa injustificada a otorgarlo vulnera el derecho fundamental a la educación y puede violar indirectamente otros derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad, el trabajo, la libertad de escoger profesión u oficio, la dignidad humana, y el principio de la buena fe. Las accionantes, al haber cumplido con todos los requisitos para optar al título profesional que el centro universitario otorga, vieron vulnerados todos estos derechos por la negativa del rector del mismo a autorizar la ceremonia de grado, esgrimiendo precisamente el incumplimiento de las obligaciones a las que contractualmente se comprometió la institución a su cargo -supervisar los estudios-, o en otras palabras, alegando su propia ilegalidad¹³⁷. También consideró irrelevante el hecho de que la mayoría de los trabajadores del país no cuente con un grado académico, porque de esto no puede depender el que las demandantes sean titulares del derecho fundamental que reclaman, o si les fue violado. En consecuencia, la Corte revocó los fallos de instancia, concedió a las accionantes la tutela de los derechos violados por la institución universitaria, y le ordenó que, dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sentencia, otorgara a las petentes su título universitario. (Sentencia T-515 de 1996).

1.4.3. El derecho a la educación se vulnera ante la falla de una autoridad administrativa encargada del registro o expedición de documentos necesarios para la expedición de un diploma.

Para la expedición del diploma y el otorgamiento del grado de bachiller, una institución educativa solicitó a una estudiante que había terminado sus estudios de

¹³⁷ “Por la desorganización administrativa de una Institución educativa, los estudiantes no pueden resultar víctimas, ni puede decirse que puedan ser considerados responsables. No consulta el comportamiento de los directivos de la Universidad el derecho a la educación consagrado en la Carta Política. Es del núcleo esencial de este derecho el que se le otorguen los títulos al estudiante que conforme a los reglamentos del centro docente adelanta su labor educativa, y no pueden servir para desconocer la obligatoriedad de la expedición de ese título, conductas de los directivos, que desconozcan los propios reglamentos de la institución, o contradictorias en sus interpretaciones, o vagas y dilatorias o reflejos de conflictos entre directivos o docentes, que desconozcan el derecho de veintisiete estudiantes que aspiran, legítimamente, a obtener su título académico para ejercer su profesión y procurarse los beneficios que con todo derecho de ella deben derivar para su propia existencia y para los sectores sociales en que se ubiquen”. Sentencia T-573 de 1993.

undécimo grado la copia actualizada de su registro civil. La joven acudió ante el Registrador Municipal para obtener este documento, pero debido a que el acta en la que fue reconocida por su padre como hija extramatrimonial no fue firmada por el alcalde de la época sino por el secretario, el registrador le expidió una copia en la cual se lee textualmente: “El presente registro carece de la firma del funcionario de la época, por tal motivo es inexistente. Artículo 8 del Decreto 2158 de 1970”. Al no poder adjuntar la copia del registro civil, la joven no podía obtener el título de bachiller ni acceder a la educación superior, por lo que acudió a la acción de tutela. El juez de primera instancia negó el amparo aduciendo que la peticionaria cuenta con otros medios de defensa, *v. gr.*, iniciar un juicio de filiación natural, y localizar a su padre para que éste la vuelva a reconocer.

Al estudiar la actuación de la autoridad pública que causó la violación del derecho, la Corte Constitucional estableció que era error de común ocurrencia el que los secretarios firmaran las actas de registro civil, por desconocimiento o inobservancia de la ley. Esto configura una omisión de la administración, de la cual no pueden derivar perjuicio los particulares que se vieron afectados con ella, ni mucho menos corresponderles asumir las consecuencias de tal omisión, como pretendió el juez de primera instancia al sentenciar que la joven sea quien efectúe el trámite necesario para obtener nuevamente su registro civil, es decir, iniciar un juicio de filiación natural o acudir a su padre -cuyo paradero desconoce-, para que sea reconocida nuevamente como hija extramatrimonial. En consecuencia, la Corte Constitucional revocó el fallo del juez de primera instancia y tuteló el derecho a la educación, ordenando al registrador demandado sanear y suscribir la inscripción en el registro civil de nacimiento de la demandante, y expedirle a la demandante copia válida de su registro civil de nacimiento. (Sentencia T-090 de 1995).

1.4.4. La promoción de un estudiante al grado siguiente, sin el lleno de los requisitos, comporta una irregularidad que no genera un derecho adquirido en su favor.

Un establecimiento educativo se negó a otorgarle el título de bachiller a un estudiante por cuanto al revisar la documentación requerida para tal efecto advirtió que el alumno había reprobado uno de los cursos y pese a ello, por error, fue promovido al grado siguiente y así hasta llegar al grado undécimo. Por esta razón, el estudiante acudió a la acción de tutela. El juez concedió la tutela, argumentando que el colegio, al renovar la matrícula del estudiante para el grado siguiente, revocó su decisión anterior de darlo por reprobado.

La Corte Constitucional revocó esta sentencia, pues las exigencias de orden legal en materia educativa no son materia disponible por parte de las instituciones. La verificación tardía de una irregularidad por parte de un colegio compromete su

responsabilidad patrimonial por los perjuicios que puedan ocasionarse al estudiante, pero no resta eficacia e imperatividad al mandato legal que ha sido quebrantado. (Sentencia T-218 de 1995).

En idéntico sentido se pronunció la Corte en sentencia T-515 de 2002. Una universidad suspendió el proceso de graduación de una de sus estudiantes ya que en el momento de admisión como estudiante de pregrado no presentó la prueba del ICFES, a pesar de lo cual fue admitida por un error en el registro. Cuando se preparaban sus papeles para el otorgamiento del título, la institución encontró este error. Al tratarse de un requisito obligatorio que debe exigirse por parte de las instituciones educativas, la universidad suspendió el trámite hasta que la estudiante aportara los resultados de las pruebas de Estado del ICFES. La Corte concluyó que no resulta jurídicamente admisible que la estudiante “pretenda la concesión del título profesional que demanda obligando a las autoridades universitarias a que desconozcan los contenidos de la ley y los reglamentos”.

2. SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO DE ACCESO

La Constitución y los tratados internacionales otorgan una protección acentuada al derecho a la educación de ciertos sujetos que, en razón a la herencia histórica discriminatoria o a sus condiciones de debilidad manifiesta ven seriamente limitado su derecho de acceso al sistema educativo.

A nivel internacional es necesario hacer mención de la especial atención que la Comisión de Derechos Humanos ha puesto en la integración de género en el proceso educativo, y de las diversas estrategias que a nivel mundial se están ejecutando para aumentar la escolarización de las niñas y eliminar los obstáculos de acceso a la educación para la mujer¹³⁸. Pueden citarse como ejemplos la Iniciativa de las Naciones Unidas para la educación de las niñas¹³⁹ y el Marco de Acción de Dakar¹⁴⁰, que consagra como uno de sus compromisos fundamentales eliminar las diferencias entre los géneros en la educación primaria y secundaria para 2005.

En el ámbito nacional es también relevante el derecho de las personas en situación de desplazamiento forzado al acceso a la educación. Con el desplazamiento forzado, quienes gozaban del servicio educativo deben desertar, y aquellos que no contaban con el mismo resultan a la postre condenados a depender de la asistencia, dado que carecen de la educación que les permitiría llegar a integrarse al sistema productivo de las zonas receptoras.

¹³⁸ “El aumento de la escolarización de las niñas ha recibido una atención prioritaria en las estrategias mundiales de educación al fijarse el año 2005 como año objetivo para la eliminación de las disparidades por razones de sexo, diez años antes de que se consiga que todos los niños tengan acceso a la escuela”. **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN**. *Informe anual 2001, op. cit.* Párrafo 7.

¹³⁹ La Iniciativa para la educación de las niñas, presentada por las Naciones Unidas, fue lanzada en el Foro Mundial de la Educación celebrado en Dakar en abril de 2000, y es coordinada por el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

¹⁴⁰ **MARCO DE ACCIÓN DE DAKAR**. *Educación para todos: cumplir nuestros compromisos comunes*, aprobado por el Foro Mundial sobre la Educación, Dakar, Senegal, 26 a 28 de abril de 2000, UNESCO, 2000, párrafo 7 v).

2.1. EL DERECHO DE LA MUJER AL ACCESO A LA EDUCACIÓN

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia¹⁴¹, efectúa una evaluación de la discriminación a la mujer en la esfera de la enseñanza y concluye que, si bien las cifras indican que en este punto los avances hacia la igualdad de género son notorios¹⁴², siguen existiendo motivos de preocupación: la tasa de analfabetismo sigue siendo alta, las mujeres que integran la población económicamente activa mantienen un nivel educativo inferior que los hombres del mismo grupo poblacional (lo que incide en el acceso al trabajo), y aún persisten en los textos educativos estereotipos acerca de los papeles sociales tradicionales del hombre y de la mujer.

De manera semejante, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su evaluación de 1999 al informe sobre Colombia, expresó su preocupación por el leve incremento en la tasa de matriculación de las niñas en la enseñanza primaria y el mantenimiento de la inferioridad del nivel educativo de éstas respecto de los hombres. Por ello, instó al gobierno a adoptar y aplicar una política de educación obligatoria, por ser ésta una de las medidas más eficaces para que las niñas no trabajen durante las horas escolares¹⁴³.

La superación de las situaciones de discriminación o aislamiento por razones de género en cuanto al acceso y permanencia de las mujeres en la educación es uno de los objetivos de la acción gubernamental en materia educativa¹⁴⁴. Sin embargo, y como destaca la Relatora Especial¹⁴⁵, la discriminación contra la mujer suele ser múltiple, al combinarse los motivos de raza, ingreso familiar, etnia y religión, lo que dificulta la tarea de eliminar la discriminación por motivos de género. Además, los

¹⁴¹ **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia.* Código OEA/SER.L/V/II.102 Febrero 26 de 1999. Capítulo XII. Los derechos de la mujer. C. Discriminación. 1. Educación. Párrafos 14 y ss.

¹⁴² La Comisión cita varios avances: se incrementaron los años promedio de educación de la población femenina; se redujo la tasa de analfabetismo femenino del 40.2% en 1951 al 11.6% en 1993; se mantuvo la tendencia hacia una mayor participación femenina en la matrícula de los distintos niveles educativos, que es de aproximadamente el 50%; y se redujeron las tasas de deserción femenina en los distintos niveles de educación formal.

¹⁴³ **COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.** *Observaciones finales del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Colombia.* Febrero 4 de 1999. Código A/54/38, PARAS 337

¹⁴⁴ En Colombia está consagrado este objetivo en el Plan Decenal de Educación 1996-2005.

¹⁴⁵ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Informe anual 2001, op. cit.* Párrafo 8.

esfuerzos para erradicarla deben implicar la búsqueda de acceso al trabajo en igualdad de condiciones, para lograr no sólo igualdad de géneros en la educación sino mediante la educación. Al respecto, la Relatora Especial considera que

[l]a escolarización de las niñas a menudo fracasa porque la educación como sector individual no genera, por sí solo, unos incentivos suficientemente atractivos para los padres de las niñas y para ellas mismas si las niñas que completan la educación no pueden aplicarla para mantenerse a sí mismas y/o ayudar a sus padres. Los años de asistencia a la escuela parecen una pérdida de tiempo cuando las mujeres no tienen acceso al empleo y/o se les impide trabajar por cuenta propia, no tienen elección en lo que respecta al matrimonio y a tener hijos, o no se les permite tener oportunidades de representación política¹⁴⁶.

Esta problemática, muy común en el país, es una de las causas más importantes que explican el leve crecimiento de la tasa de escolaridad de las niñas. La falta de incentivos genera un choque entre la libertad de escogencia de los padres sobre la educación que ha de impartirse a sus hijos¹⁴⁷ y el derecho de acceso de las niñas al sistema educativo. Adicionalmente, el costo de oportunidad resulta alto en muchos casos, especialmente cuando se requiere que las niñas realicen labores de hogar, o contribuyan para la subsistencia de la familia. Por ello, el gobierno no sólo tiene la obligación de garantizar la igualdad de acceso a las niñas, sino además velar por que los padres no dejen de enviar a sus hijas porque no encuentran incentivos o justificaciones económicas para invertir en la educación de sus hijas. En opinión de la Relatora Especial, una política dirigida a eliminar la discriminación de la mujer en la esfera de la enseñanza tiene que proporcionar incentivos a los padres, de tal forma que la relación costo-beneficio sea favorable a la opción educativa. Por ejemplo, el horario del colegio tiene que ser adaptado al ritmo estacional y diario de producción de alimento de subsistencia o la vida familiar. Ya que las familias pobres dependen del trabajo de cada miembro de la misma, combinar la escuela y el trabajo a menudo demuestra que es necesario hacer la escuela realmente accesible para niñas¹⁴⁸.

En Colombia existe una forma vedada de discriminación que debe ser confrontada a través de medidas educativas y decisiones gubernamentales que impidan la discriminación: la expulsión o trato diferente a las mujeres embarazadas, tema que será analizado a partir de las subreglas que la Corte Constitucional ha empleado para dar solución a estas controversias¹⁴⁹.

¹⁴⁶ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Derechos económicos, sociales y culturales: informe anual 2002*, párrafo 40.

¹⁴⁷ Cf. *Capítulo V, numeral 1.3.*

¹⁴⁸ **TOMAŠEVSKI, KATARINA.** *Human rights obligations, op. cit.*

¹⁴⁹ Dado que la mayor parte de los casos de discriminación contra la mujer embarazada se producen frente a su derecho a permanecer en el sistema educativo, se analizará en profundidad en apartes posteriores. Cf. *Capítulo III, numeral 2.3.*

2.1.1. No puede negarse el acceso a una institución educativa por el estado de embarazo de la aspirante.

Una niña, después de cursar satisfactoriamente en una institución educativa hasta el noveno grado, y de haber presentado una excelente disciplina, solicitó su ingreso a otro establecimiento educativo para el grado décimo. Las dos instituciones están relacionadas, ya que concurren para ofrecer el ciclo que inicia en el nivel preescolar y termina en el grado undécimo, teniendo cada una de ellas determinados cursos a su cargo. No obstante, el cupo le fue negado, según la directora de la segunda institución, por falta de cupos. El padre de la menor de edad, considerando que la causa real de la negativa fue el estado de embarazo, sintió vulnerado el derecho a la maternidad de su hija, por lo que instauró una acción de tutela.

La Corte estimó que, si bien los planteles educativos pueden efectuar procesos de selección¹⁵⁰, y que pueden sujetar el acceso a requisitos de variada índole, no pueden aducir una supuesta carencia de cupos para negar el acceso a una estudiante en estado de embarazo que demostró un rendimiento académico sobresaliente y un comportamiento ejemplar. Durante todo el proceso, las directivas de la institución demandada, y particularmente la rectora, mantuvieron una actitud renuente, y se limitaron a informar que el cupo no le fue concedido a la estudiante por haberlo decidido así el Consejo Directivo, sin hacer mención de los motivos que tuvo el Consejo para negarlo. Por ello, era válida la deducción del padre de la menor de edad en el sentido de que el cupo le fue negado a la niña por su condición de “gestante soltera”, así que la tutela debía concederse, por lo que se ordenó al colegio demandado matricular a la menor de edad. (Sentencia T-290 de 1996).

2.1.2. Las normas y disposiciones que los planteles educativos adopten para someter a las estudiantes embarazadas a tratamientos educativos especiales deben considerarse discriminatorias, a menos que la institución demuestre perseguir un fin constitucional imperioso e inaplazable de mayor peso que los derechos a la igualdad, intimidad, libre desarrollo de la personalidad y educación de la alumna a quien se imponen.

¹⁵⁰ Cf. Capítulo II, numeral 1.4.2.

Una niña que cursaba el grado undécimo en una institución educativa fue suspendida al quedar embarazada. Las directivas del colegio decidieron que la menor de edad sólo podría presentar algunos trabajos extraescolarmente, los miércoles de cada semana, y en horarios distintos al de la jornada educativa. Los padres de la menor acudieron a la acción de tutela, considerando que el aislamiento al que han sometido a su hija altera su proceso educativo y constituye un trato discriminatorio. El centro docente defendió su posición indicando que la niña no fue suspendida; que en aplicación del manual de convivencia cambió la metodología del servicio educativo, ofreciendo el procedimiento de desescolarización, que era conocido tanto por la alumna como por los padres de familia. Para el colegio, la educación desescolarizada cumplía los requisitos de la educación a distancia, e incluía orientación y asesoría personalizada y permanente a la alumna por parte de la institución. Los jueces de instancia aceptaron estos argumentos y denegaron el amparo constitucional. Sin embargo, en revisión de tutela, la Corte concedió la tutela, al encontrar vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación de la estudiante, por lo que ordenó su retorno al régimen de escolaridad normal. La Corporación adujo que los manuales de convivencia no pueden tipificar como causal de mala conducta, el embarazo de una estudiante, y si lo consagran deben ser inaplicados por los jueces de tutela. Se presume inconstitucional todo tratamiento educativo especial adoptado por centros de educación frente a estudiantes en estado de gravidez, salvo que el establecimiento educativo logre demostrar que tales medidas obedecen a la necesidad de hacer efectivo un fin constitucional imperioso e inaplazable con mayor peso que los derechos fundamentales a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación de la alumna a quien se imponen. En el caso bajo examen, en opinión de la Corte, si bien la “desescolarización”¹⁵¹ no implicó la pérdida absoluta del derecho a la educación, sí constituye una prestación discriminatoria del servicio educativo y una carga desproporcionada que equivale a la imposición de una sanción. (Sentencia T-656 de 1998)¹⁵².

2.2. EL DERECHO DE ACCESO Y LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO FORZADO

¹⁵¹ Véase también la sentencia T-1531 de 2000.

¹⁵² Las normas de un manual de convivencia no pueden obstaculizar el estudio de la estudiante embarazada. Sobre el tema pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-420 de 1992, T-292 de 1994, T-211 de 1995, T-377 de 1995, T-442 de 1995, T-145 de 1996, T-180 de 1996, T-393 de 1997, T-667 de 1997 y T-516 de 1998.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, presentó la situación de desplazamiento forzado interno hasta 1999¹⁵³. Citando fuentes no gubernamentales, afirma que aproximadamente el 70% de las personas desplazadas son menores de edad (incluyendo a jóvenes madres de familia que están a su vez a cargo de infantes); el 85% de las niñas y niños desplazados no recibe educación primaria, debido en gran medida a que los menores de edad no son aceptados en las instituciones educativas de los pueblos y ciudades de recepción; la problemática de desnutrición y la carencia de condiciones de higiene, aunado a la falta de atención médica, impiden el desarrollo sano de los niños y niñas e inciden en su capacidad de aprendizaje.

Sentencia SU-1150 de 2000

No existe discusión acerca de que el desplazamiento forzado apareja una violación múltiple, masiva y continua de los derechos de las personas obligadas a migrar. Por una parte, es claro que estas personas tienen que abandonar su domicilio en razón del riesgo que observan para su vida e integridad personal, peligro que se deriva de las amenazas directas que les son formuladas o de la percepción que desarrollan por los múltiples actos de violencia que tienen lugar en sus sitios de residencia. El desplazamiento forzado comporta obviamente una vulneración del derecho de los nacionales a escoger su lugar de domicilio, al igual que de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, dado el ambiente intimidatorio que precede a los desplazamientos, estas personas ven conculcados sus derechos de expresión y de asociación. De igual manera, en razón de las precarias condiciones que deben afrontar las personas que son obligadas a desplazarse, se presenta un atropello de los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, de los discapacitados y de las personas de la tercera edad. Además, todas las personas forzadas a abandonar sus lugares de origen sufren un detrimento en sus ya de por sí muy afectados derechos económicos, sociales y culturales, y frecuentemente son sometidos a la dispersión de sus familias.

La Corte Constitucional ha concluido que todo aquel que se haya visto precisado a abandonar forzosamente su lugar de origen y su vivienda a causa del conflicto interno que vive el país¹⁵⁴ tiene derecho a recibir atención humanitaria, la cual debe

¹⁵³ **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia.* Op. cit. Párrafos 29 y ss.

¹⁵⁴ Ley 387 de 1997. Artículo 1. *Desplazado.* Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.

concentrarse en servicios de emergencia y programas especiales de salud y educación de emergencia.

La atención humanitaria para las víctimas de conflictos armados estaba basada en la ayuda para la supervivencia. Esto representaba un obstáculo importante para garantizar el acceso al sistema educativo, pues primaba la opinión de que la educación no era indispensable para sobrevivir o subsistir¹⁵⁵. Sin embargo, esta visión fue abandonada con el reconocimiento de la relación entre el acceso a la educación y la superación de la situación de vulnerabilidad de las personas que sufren desplazamiento forzado. En efecto, al garantizar su acceso y permanencia, se generan mejores condiciones para acceder a un empleo y adaptarse a las zonas de recepción. Esto llevó a que se incluyera la educación como parte de la ayuda humanitaria a las personas desplazadas.

Las reglas jurisprudenciales más importantes sobre el derecho a la educación de las personas en situación de desplazamiento forzado son las siguientes:

2.2.1. La educación de las personas desplazadas, en especial de los niños y las niñas, es responsabilidad del Estado. La omisión de los deberes propios de una dependencia estatal es fuente de violación del derecho a la educación y de otros derechos, y para contrarrestarla cabe la acción de tutela.

Un grupo de desplazados por la violencia de diferentes regiones del país ocuparon pacíficamente las instalaciones del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en Bogotá, debido a su estado de indefensión. El Defensor del Pueblo, Regional Bogotá, instauró acción de tutela contra la Red de Solidaridad Social, dado que esa entidad demandada no había brindado la asistencia que requerían para satisfacer sus necesidades básicas, a pesar de cumplir con los requisitos establecidos en la ley para tal efecto. En lo que respecta al derecho a la educación, el Defensor explicó que los niños y jóvenes pertenecientes a las familias desplazadas no habían recibido cupos en colegios distritales, lo que impidió la continuidad de su proceso educativo. Por ello, el Defensor solicitó ordenar a la entidad demandada que ejecutara proyectos para brindar atención educativa a cerca de 88 menores de edad que hacían parte de la población desplazada que se alojaba en el CICR.

Para la Corte Constitucional, era urgente conceder la protección de los derechos fundamentales de las personas desplazadas, y en particular, la atención de sus necesidades de alimentación, trabajo, vestuario y salud, además de la educación de los menores de edad que formaban parte del grupo ocupante. El alto Tribunal recordó que no sólo a partir de acciones positivas las autoridades públicas vulneran derechos

¹⁵⁵ Al respecto, consultar: **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN**. *Informe anual 2001, op. cit.* Párrafo 49.

fundamentales; también cuando omiten sus deberes constitucionales y legales. En el caso bajo examen, resulta evidente la vulneración de los derechos fundamentales de las personas desplazadas, pues pese a que había transcurrido más de un año de ocupación del CICR, el ejecutivo no había ofrecido ninguna solución. Es directamente al **Presidente de la República**, de quien depende la Red de Solidaridad, **a quien corresponde asumir responsabilidad en cuanto al problema de las personas desplazadas**¹⁵⁶. La omisión se predica también de otras autoridades estatales: del Director de la Red de Solidaridad Social, los ministros del Interior, de Educación, de Salud, de Trabajo y de Hacienda, y el Defensor del Pueblo, quien debe velar por la divulgación y promoción de los derechos de las personas desplazadas ocupantes. Por esta razón, la Corte declaró que la omisión de estas autoridades violaba los derechos fundamentales a la vida, en condiciones de dignidad, a la salud en conexión con ella, a la integridad personal, a la libre circulación dentro del territorio, a la igualdad real y efectiva, a una vivienda digna, al trabajo, y a la educación, particularmente en el caso de las niñas y niños. Ordenó al Presidente de la República y a los ministros del Interior, de Hacienda y Crédito Público, de Salud, de Educación, de Trabajo y Seguridad Social, y al Director de la Red de Solidaridad Social que, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, iniciaran, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la sentencia, las gestiones tendientes a lograr, en un plazo máximo de treinta días a partir de la notificación, la solución definitiva y eficaz de la situación creada por la ocupación del CICR, mediante su reubicación. En tanto permanecieran en el organismo, debían atender las necesidades de alimentación, trabajo, vestuario, salud y vivienda de las personas desplazadas, además de la educación de los menores de edad que formaban parte del grupo ocupante. (Sentencia T-1635 de 2000).

2.2.2. Las autoridades de los lugares donde se radiquen niños y niñas en situación de desplazamiento forzado deben crear los cupos necesarios para garantizar su acceso gratuito al sistema educativo.

A varios niños y niñas de un grupo de personas en situación de desplazamiento forzado se les negó el acceso a una institución educativa pública ubicada cerca al asentamiento donde vivían. Los niños y niñas, quienes se habían visto obligados a abandonar las escuelas de sus lugares de origen, acudieron a la institución en procura de cupos escolares pero les fueron negados por razones de extra edad, ausencia de cupos disponibles, e imposibilidad de asumir los costos generados. Adicionalmente,

¹⁵⁶ “A la Rama Ejecutiva del Poder Público le corresponde determinar los mecanismos prácticos mediante los cuales debe adelantarse la atención a los colombianos desplazados por la violencia. El Presidente de la República es el órgano constitucional indicado para superar la situación de estancamiento en que se halla la atención a la población desplazada, en vista de la triple función que cumple dentro del ordenamiento constitucional colombiano”. Sentencia SU-1150 de 2000.

algunos niños no se encontraban inscritos en el censo de población desplazada, pues no tenían padres que los representaran e hicieran la respectiva declaración, lo que impedía su reconocimiento como desplazados. Dos personas actuaron como agentes oficiosos de los niños e interpusieron acción de tutela, solicitando al juez ordenar al rector del colegio otorgar los cupos para los grados escolares a cursar sin discriminarlos en razón de la edad; al alcalde municipal y al secretario de educación la creación de los cupos necesarios para los niños desplazados; al Ministerio de Educación Nacional y al Fondo de Inversión social el traslado de los recursos requeridos para ese efecto; y a la Red de Solidaridad Social la inscripción de los menores de edad en el censo de población desplazada y el suministro de la información requerida para que accedan a los programas educativos exonerados del pago de pensión y de matrícula¹⁵⁷.

Las entidades accionadas solicitaron al juez negar la tutela. El Ministerio de Educación informó que su competencia se circunscribía a “definir la política y orientar las acciones para asegurar el derecho a la educación de la población en edad escolar en situación de desplazamiento”; el Director de la Financiera de Desarrollo Territorial manifestó que no contaba con apropiaciones del presupuesto nacional para inversión social y era imposible trasladar recursos a la gobernación y al municipio donde se radicaron los menores de edad para garantizar su educación; La Red de Solidaridad Social manifestó que a ella no le corresponde prestar los servicios de educación; la secretaría de educación del municipio manifestó que la obligación de la administración no es garantizar el acceso a determinado establecimiento sino brindar servicio educativo garantizando la permanencia dentro del sistema y que por ello ha incrementado los grupos en otras instituciones educativas aledañas al sector; y el rector del establecimiento educativo afirmó que no se ha negado a recibir alumnos por razón de su edad o por su condición de desplazados, y que sólo ha exigido que los menores de edad desplazados certifiquen esa condición dado que se han presentado casos de personas que quieren cometer fraude.

La Corte Constitucional, para concluir que era procedente tutelar el derecho a la educación de los niños y niñas por quienes se interpuso la acción, consideró que debía establecer, entre otras cuestiones, si realmente se encontraban en estado de desplazamiento, y los motivos por los cuales varios de ellos no figuraban en el registro único de la población desplazada.

En primer lugar, se probó que los menores de edad tuvieron que abandonar sus lugares de origen en razón del conflicto armado para salvar sus vidas, por lo que resultaba inaceptable la actitud de las autoridades demandadas que pretendían negar el derecho a la educación de aquellos: “De allí que un flaco favor se le haga al Estado constitucional al entretejer una maraña de argumentos encaminados a desconocer una

¹⁵⁷ Sobre la gratuidad de la educación de los niños y niñas desplazados puede consultarse la sentencia T-098 de 2002.

situación que es suficientemente clara y en la que está implícita la vulneración de múltiples derechos fundamentales, mucho más tratándose de niños desplazados”.

Posteriormente, la Corte advirtió la falta de inscripción de algunos de los menores de edad en el registro único de población desplazada, debido a que no aparecía ninguna persona que declara por ellos como representante o como jefe de hogar. Ante tal situación, la Corte reiteró su jurisprudencia¹⁵⁸, concluyendo que el desplazamiento es una situación de hecho, no se adquiere en virtud de una declaración institucional. La protección especial que la Constitución y la ley les otorga no puede quedar supeditada a exigencias que imposibilitan en la práctica el acceso a los programas de atención. De igual forma, la calidad de desplazado de un niño o una niña tampoco depende de la declaración que haga su representante legal, porque llevaría al absurdo de negar a los niños que han perdido a sus padres el acceso a la atención humanitaria, pues no podrían ser incluidos en el registro nacional de desplazados al no tener quién los represente:

Esta actitud victimiza doblemente a los niños pues éstos, a más de su desplazamiento, no sólo deben sortear las dificultades derivadas del hecho de no aparecer en el registro único nacional de población desplazada sino que se les impone el deber de buscar a quien los represente para acceder a tales beneficios sin tener en cuenta la existencia de declaraciones hechas ante autoridades públicas en las que consta quiénes son sus padres y el estado de desplazamiento en que también se hallan¹⁵⁹.

Por lo anterior, la Corte ordenó a la Red de Solidaridad Social inscribir en el registro único nacional de población desplazada a los menores de edad que no gozaban de atención humanitaria; a la Secretaría de educación municipal evaluar la situación en que se encuentra cada uno de los niños y disponer su ingreso al sistema educativo en los grados escolares correspondientes a su grado de instrucción, usando los cupos disponibles en la institución educativa demandada y otros colegios de la zona. (Sentencia T-215 de 2002).

¹⁵⁸ En sentencia T-327 de 2001, la Corte Constitucional analizó el caso de un desplazado que no fue inscrito en el registro único nacional de desplazados por negativa de la Red de Solidaridad Social, que argumentaba falta de información y de documentos. La Corte explicó que para que se configure una situación de desplazamiento interno no hay necesidad de declaración alguna de funcionario público pues se trata de una situación de hecho y no de una declaración oficial o privada. Debía aplicarse la presunción de buena fe y, en consecuencia, correspondía a la autoridad demostrar que el solicitante no es desplazado.

¹⁵⁹ Sentencia T-215 de 2002.

3. OBLIGACIONES GENERALES DEL ESTADO EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD AL SISTEMA EDUCATIVO

Las obligaciones de accesibilidad, consagradas en la Constitución y los instrumentos internacionales, son disposiciones que tienden a garantizar que el Estado colombiano asegure a todos, en igualdad de condiciones, la posibilidad de acceder al sistema educativo. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la accesibilidad consta de tres dimensiones:

- a. **No discriminación:** La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos más vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos.
- b. **Accesibilidad material:** La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia).
- c. **Accesibilidad económica:** La educación ha de estar al alcance de todos.

La mayoría de las obligaciones de accesibilidad con efecto inmediato se refieren a la obligación de no discriminación, o hacen parte de la obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales del derecho a la educación. Las obligaciones de accesibilidad material y económica pueden considerarse como obligaciones de cumplimiento progresivo. A partir de esta clasificación se presentarán las obligaciones de accesibilidad a cargo del Estado colombiano.

3.1. OBLIGACIONES DE ACCESIBILIDAD CON EFECTO INMEDIATO

Los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. Así lo sostiene el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General 3. Para el Comité, en el caso del derecho a la educación, dicha obligación mínima comprende, entre otras, las obligaciones de:

- a. Proporcionar enseñanza primaria a todos, de conformidad con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13.
- b. El velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna.
- c. Adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que abarque la enseñanza secundaria, superior y fundamental.
- d. Velar por la libre elección de la educación sin la intervención del Estado ni de terceros, a reserva de la conformidad con las normas mínimas en materia de enseñanza (párrafos 3 y 4 del artículo 13)¹⁶⁰.

Por tratarse de obligaciones de efecto inmediato, su cumplimiento es exigible de manera plena en un plazo razonablemente breve desde el momento mismo de la entrada en vigor del Pacto en el ordenamiento jurídico interno. Según la Declaración de Quito, la obligación de garantizar niveles esenciales del derecho a la educación “rige aún en períodos de limitaciones graves de recursos, causadas por procesos de ajuste, de recesión económica o por otros factores. En estas situaciones, el Estado debe fijar un orden de prioridades en la utilización de los recursos públicos, identificando a los grupos vulnerables que serán beneficiados a fin de efectuar un eficaz aprovechamiento de la totalidad de los recursos de que disponga”¹⁶¹.

El análisis de las obligaciones mínimas en materia de acceso se efectuará en detalle a continuación. Se exceptúa la obligación de velar por la libre elección de la educación, que será analizada en el capítulo V¹⁶².

3.1.1. La obligación de proporcionar a todos educación pública, primaria, obligatoria y gratuita

El Estado colombiano tiene el deber **inmediato**¹⁶³ y **prioritario**¹⁶⁴ de proporcionar educación pública, primaria, gratuita y obligatoria a todos. Así lo ordena la Declaración Universal de Derechos Humanos:

¹⁶⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 57.

¹⁶¹ Declaración de Quito. Párrafo 29.

¹⁶² Cf. *Infra*, Capítulo V, numeral 1.3.

¹⁶³ Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 51.

¹⁶⁴ *Ibíd.* Párrafo 59.

Artículo 26. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria.

El inciso 4 del artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre incluye idéntico mandato:

Artículo XII. Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.

La Convención sobre los Derechos del Niño agrega que el cumplimiento de esta obligación es necesario para que el derecho a la educación pueda resultar plenamente satisfecho, progresivamente, y en condiciones de equidad:

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;

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 13 (2) (a) prescribe:

Artículo 13. 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;

Finalmente, el artículo 13 (3) del Protocolo de San Salvador, con literalidad semejante, establece que:

Artículo 13. 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;

Sobre la interpretación que debe darse al concepto de “gratuidad”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que:

Gratuidad. El carácter de este requisito es inequívoco. El derecho se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño, los

padres o los tutores. Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos. Su eliminación es una cuestión que debe ser tratada en el necesario plan de acción. Los gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro, también pueden entrar en la misma categoría. Otros gastos indirectos pueden ser permisibles, a reserva de que el Comité los examine caso por caso. Esta disposición no está en modo alguno en conflicto con el derecho reconocido en el párrafo 3 del artículo 13 del Pacto para los padres y los tutores “de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas”¹⁶⁵.

Para la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, la gratuidad no se deriva de una obligación del Estado frente a las instituciones de enseñanza y el cuerpo docente, sino frente a los padres y el derecho de acceso de las niñas y niños: la gratuidad es el mecanismo que reduce los costos en que deben incurrir los padres para sufragar la educación de sus hijos:

La enseñanza primaria debe ser gratuita para los niños porque no pueden sufragarla ellos mismos. Esto no significa que la enseñanza sea gratuita porque haya que financiar las escuelas y los salarios del cuerpo docente; significa que la enseñanza primaria debe ser una prioridad en la asignación de recursos¹⁶⁶.

En su informe provisional, la Relatora complementa esta afirmación, al considerar que los padres financian la educación de sus hijos no sólo mediante la tributación general, sino que además deben incurrir en tasas académicas y otros costos de la educación que constituyen en últimas una forma de tributación regresiva, por lo que el Estado debería eliminarlas, en cumplimiento de sus obligaciones de accesibilidad:

Aunque el derecho internacional exige que la educación primaria sea gratuita, la educación no puede estar exenta de costos, ni en teoría ni en la práctica. Para los gobiernos, es una de las principales partidas del presupuesto, y la inversión pública en la educación representa entre el 80 y el 90% del total. Los padres financian la educación de los hijos mediante la tributación general, a veces pagando también cargas adicionales, pero en todos los casos financian el costo de la educación en mayor medida que el Gobierno. Lo que se registra como inversión del Gobierno (a menudo calificado de gasto) es complementado por los padres, quienes cargan con el costo de los libros, el transporte y las comidas en las escuelas, los uniformes, los lápices y bolígrafos o el equipo de deporte.

¹⁶⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 11. Párrafo 7.

¹⁶⁶ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Informe preliminar, op. cit.* Párrafo 35.

Como señaló la Relatora Especial en su informe preliminar, la obligación de los gobiernos de garantizar la educación primaria gratuita implica que deben eliminar los obstáculos financieros para permitir que todos los niños, por pobres que sean, cursen la enseñanza primaria completa. (...) Si se impone a los niños la obligación de asistir a una escuela cuyo costo los padres no pueden sufragar, la enseñanza obligatoria no será más que una ilusión.

A juicio de la Relatora Especial, las tasas académicas representan una forma de tributación regresiva. Su justificación se basa normalmente en la falta de capacidad (o de voluntad) de los gobiernos de generar suficientes ingresos mediante la tributación general. El pago de la enseñanza primaria quebranta el principio fundamental de la tributación por el cual las personas que no pueden contribuir a los servicios públicos destinados a todos no necesitan hacerlo. Las tasas académicas son casi siempre derechos de matrícula, enseñanza y examen. Cuando la enseñanza es gratuita, pueden cobrarse derechos por el uso de las instalaciones y los materiales educativos (como laboratorios, ordenadores o equipo deportivo) o por actividades extraprogramáticas (como excursiones o actos deportivos) o, en general, por el desarrollo de la educación o el mantenimiento de la escuela. Tales derechos pueden a veces ser mínimos (por ejemplo cuatro dólares anuales) desde el punto de vista de las personas cuyo ingreso anual se expresa en seis o más dígitos, pero representan una carga considerable para los padres con ingresos anuales que no pasan de tres dígitos, en particular porque se añaden a todos los demás costos que entraña la educación de los hijos. Hay poca información sobre los costos financieros de la administración y recaudación de esas tasas académicas en las escuelas primarias pequeñas y remotas. Si la imposición de estas tasas ha resultado demasiado costosa en todos los sentidos de esta palabra, es algo que aún está por verse¹⁶⁷.

3.1.2. La Obligación de garantizar el ejercicio del Derecho a la Educación sin discriminación alguna

El inciso 3 del artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre prescribe que:

Artículo XII. El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado.

El artículo 2 (2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituye la cláusula general de prohibición de discriminación en el ejercicio de los derechos consagrados en el Pacto:

Artículo 2. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos

¹⁶⁷ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Informe provisional, op. cit.* Párrafos 49-51.

de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El Protocolo de San Salvador también incorpora, en su artículo 3, la obligación de no discriminación, con una redacción casi idéntica:

Artículo 3. Obligación de no discriminación. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Constituyen por tanto violaciones a estos Tratados la adopción de leyes, o la omisión de revocar leyes que discriminan a individuos o grupos, por cualquiera de los motivos prohibidos, en la esfera de la educación; así mismo representa incumplimiento a esta obligación el no adoptar medidas que hagan frente a una discriminación de hecho en la educación, o mantener disparidades agudas en las políticas de gastos que tengan como resultado que la calidad de la educación sea distinta para las personas que residen en diferentes lugares¹⁶⁸.

Sobre el artículo 2 (2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en relación con el derecho a la educación, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado que:

La prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente.

(...) Los Estados Partes deben supervisar cuidadosamente la enseñanza, comprendidas las correspondientes políticas, instituciones, programas, pautas de gastos y demás prácticas, a fin de poner de manifiesto cualquier discriminación de hecho y adoptar las medidas para subsanarla. Los datos relativos a la educación deben desglosarse según los motivos de discriminación prohibidos¹⁶⁹.

Sin embargo, el mismo Comité resalta que existen algunos eventos de separación de ciertos grupos poblacionales en las instituciones de enseñanza que no configuran discriminación:

¹⁶⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 35.

¹⁶⁹ *Ibid.* Párrafos 31 y 37.

La adopción de medidas especiales provisionales destinadas a lograr la igualdad de hecho entre hombres y mujeres y de los grupos desfavorecidos no es una violación del derecho de no discriminación en lo que respecta a la educación, siempre y cuando esas medidas no den lugar al mantenimiento de normas no equitativas o distintas para los diferentes grupos, y a condición de que no se mantengan una vez alcanzados los objetivos a cuyo logro estaban destinadas.

En algunas circunstancias, se considerará que la existencia de sistemas o instituciones de enseñanza separados para los grupos definidos por las categorías a que se refiere el párrafo 2 del artículo 2 no constituyen una violación del Pacto. A este respecto, el Comité ratifica el artículo 2 de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960)¹⁷⁰.

Aunque la Convención a la que remite el Comité no ha sido ratificada por Colombia, es procedente citarla para establecer en qué casos no existe discriminación, según la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Convención de la UNESCO Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza.

Artículo 2. En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

- a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes;
- b) La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, si la participación en esos sistemas o la asistencia a estos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado, particularmente para la enseñanza del mismo grado;
- c) La creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado.

Mediante la cláusula general de no discriminación se puede proteger a todo titular del derecho a la educación. Sin embargo, se citarán otros instrumentos internacionales

¹⁷⁰ *Ibíd.* Párrafos 32 y 33.

que imponen obligaciones especiales de no discriminación frente a sujetos de especial protección, como las mujeres y los niños.

3.1.2.1. La obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la educación

El artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece el compromiso del Estado de asegurar la igualdad de género en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo entre ellos el derecho a la educación:

Artículo 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Sobre el punto, el párrafo 45 de los Principios de Limburgo aclara que:

En la aplicación del artículo 3, se debería dar la debida atención a la Declaración y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los otros instrumentos pertinentes y las actividades realizadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer conforme a dicha Convención.

En la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer se encuentra consagrada en sus artículos 5 y 10 la obligación expresa de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito educativo:

Artículo 5. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Artículo 10. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de

enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica, profesional y técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;

b) Acceso a los mismos programas de estudios, a los mismos exámenes, a personal docente del mismo nivel profesional y a locales y equipos escolares de la misma calidad;

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza;

d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios;

e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación permanente, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible toda diferencia de conocimientos que exista entre hombres y mujeres;

f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente;

g) Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física;

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en sus Observaciones finales al cuarto informe periódico presentado por Colombia en 1999, efectuó varias recomendaciones al Estado colombiano en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones precitadas¹⁷¹:

El Comité recomienda que se inicien programas de capacitación para todas las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de la legislación vigente.

(...) El Comité recomienda que en la asignación de los recursos presupuestarios se dé prioridad a las necesidades de la mujer, especialmente a la de escasos recursos, especialmente su acceso al empleo, a la educación y a los servicios públicos, ya que la inversión social en la mujer constituye una de las medidas más eficaces para luchar contra la pobreza y fomentar el desarrollo sostenible.

¹⁷¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 20º período de sesiones. Sesiones 422ª y 423ª, celebradas el 3 de febrero de 1999 (CEDAW/C.SR.422 y 423). Observaciones finales Colombia (CEDAW/C/COL/4).

(...) El Comité recomienda que se realice una labor sistemática de educación sobre las cuestiones de género por todas las vías posibles y en todos los sectores, y que se elaboren programas dirigidos a hacer tomar conciencia al personal de los medios de comunicación acerca de la igualdad de género, con miras a erradicar los estereotipos sexistas en todos los medios.

(...) El Comité recomienda que se apliquen medidas reglamentarias y de otra índole, en especial programas de asesoramiento vocacional, para evitar que las niñas y las adolescentes abandonen la escuela y cambiar la tendencia de altas tasas de deserción escolar entre las niñas. Recomienda que se pongan en práctica programas vocacionales para promover el acceso de los hombres y las mujeres a todas las carreras.

(...) El Comité acoge con beneplácito las medidas preventivas que ha adoptado el Gobierno, por ejemplo, el haber fijado una edad mínima para trabajar, pero observa con preocupación la generalización del trabajo infantil, que da lugar a la explotación de las niñas y la violación de sus derechos a la salud, educación y a futuras oportunidades.

(...) El Comité recomienda que se amplíen los programas existentes para mejorar la condición de la mujer de las zonas rurales, especialmente de las poblaciones desplazadas, y que se conceda prioridad a ese sector de la población a fin de que mejoren los indicadores de salud, educación y calidad de vida.

3.1.2.2. La obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación

El artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe la discriminación de niños y niñas en el ejercicio de sus derechos, e impone la obligación a los Estados parte -entre ellos, Colombia-, de adoptar las medidas apropiadas para garantizar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación:

Artículo 2. 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

3.1.3. La obligación de elaborar y adoptar un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incorpora en su artículo 14 la obligación de elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción cuyo objetivo es la aplicación progresiva del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos, dentro de un plazo razonable de años fijado en el plan. Dicha obligación existe porque el Pacto reconoce que existen muchos Estados Partes (entre ellos Colombia) que no han logrado instituir la educación primaria obligatoria y gratuita para todos. El tenor literal del artículo 14 es el siguiente:

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.

Según la Observación General 11 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es obligación de los Estados Partes presentar al Comité el plan de acción que elaboren como parte integrante de los informes exigidos por el Pacto, dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigor del Pacto para el Estado de que se trate, o los dos años siguientes a un ulterior cambio de circunstancias que hubiera llevado a la inobservancia de la obligación pertinente. El plan debe abarcar todas las medidas que sean necesarias para garantizar cada uno de los componentes necesarios del derecho y debe ser lo suficientemente **detallado** como para conseguir la aplicación plena del derecho. El Comité resalta además que el plan debe elaborarse con la participación de todos los sectores de la sociedad civil, y que deben preverse algunos medios para evaluar periódicamente los progresos, conforme al calendario (con fechas concretas de aplicación de cada fase) fijado en el plan¹⁷².

La obligación de adoptar el plan de acción no puede incumplirse alegando que no se dispone de los recursos necesarios, pues el artículo 14 se aplica precisamente a las situaciones que se caracterizan por la insuficiencia de recursos financieros. El Comité recomienda en esos casos acudir a la asistencia y cooperación internacionales¹⁷³.

A nivel mundial vale la pena mencionar los más importantes planes de educación primaria que se han efectuado. En 1990 se celebró en Jomtien, Tailandia la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos, cuya Declaración estableció como objetivo de la educación la satisfacción de las Necesidades Básicas de Aprendizaje, definiendo las mismas en estos términos:

¹⁷² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 11. Párrafo 8.

¹⁷³ “Cuando esté claro que un Estado carezca de recursos financieros y de los conocimientos necesarios para ‘elaborar y adoptar’ un plan detallado, la comunidad internacional tendrá la obligación clara de prestar asistencia”. *Ibíd.* Párrafo 9.

Artículo 1. *Satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje.* Cada persona -niño, joven o adulto- deberá estar en condiciones de aprovechar las oportunidades educativas ofrecidas para satisfacer sus necesidades básicas de aprendizaje. Estas necesidades abarcan tanto las herramientas esenciales para el aprendizaje (como la lectura y la escritura, la expresión oral, el cálculo, la solución de problemas) como los contenidos básicos del aprendizaje (conocimientos teóricos y prácticos, valores y actitudes) necesarios para que los seres humanos puedan sobrevivir, desarrollar plenamente sus capacidades, vivir y trabajar con dignidad, participar plenamente en el desarrollo, mejorar la calidad de su vida, tomar decisiones fundamentadas y continuar aprendiendo. La amplitud de las necesidades básicas de aprendizaje y la manera de satisfacerlas varían según cada país y cada cultura y cambian inevitablemente con el transcurso del tiempo.

Para lograr la satisfacción de estas necesidades, los participantes de la Conferencia fijaron como metas para la década de los noventa¹⁷⁴:

- Universalizar el acceso a la educación y fomentar la equidad.
- Prestar atención prioritaria al aprendizaje.
- Ampliar los medios y el alcance de la educación básica.
- Mejorar el ambiente para el aprendizaje.
- Fortalecer concertación de acciones.

En la Cuarta Reunión Mundial del Foro Consultivo Internacional sobre Educación para Todos, que tuvo lugar en Dakar del 26 al 28 de abril de 2000, se reconoció que los compromisos contraídos en Jomtien no se cumplieron. Por lo tanto, la Conferencia aprobó un Marco de Acción titulado “Educación para Todos: cumplir nuestros compromisos comunes, 2001”. El Marco de Acción de Dakar postuló la educación primaria gratuita como un plan a largo plazo que debe afirmarse en el año 2015, lo que en principio parecería contradictorio con los tratados internacionales que asumen que la obligación de proporcionar a todos enseñanza primaria gratuita tiene efecto inmediato. Al respecto, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación comenta:

En los tratados internacionales de derechos humanos salvo en la Convención Europea de Derechos Humanos, se establece que la enseñanza primaria debe ser gratuita. Sin embargo, la exigencia de que enseñanza primaria sea gratuita no se ha reiterado en las políticas internacionales recientes en materia de educación. Es significativo observar que la Declaración de Jomtien de 1990 no contiene tal exigencia. En el artículo 7 de la Declaración Mundial sobre Educación para Todos se estipula que el proporcionar educación básica a todos es una “obligación prioritaria” de las autoridades nacionales, regionales y locales, pero se añade inmediatamente que no puede esperarse de dichas autoridades que asuman esa obligación solas y que se necesitará una concertación con las familias, los grupos religiosos, las comunidades locales, las organizaciones no

¹⁷⁴ Declaración Mundial sobre educación para todos. “*Satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje*”. Jomtien, Tailandia, 5 al 9 de marzo, 1990. Artículos 2 y ss. Página de Internet dirección URL: <http://www.oei.es/efa2000jomtien.htm>

gubernamentales y el sector privado. En dicha Declaración se utilizaron términos como “acceso a la educación” y “satisfacción de las necesidades de aprendizaje” en lugar de hacer referencia al derecho a la educación. Puesto que la Declaración de Jomtien se aprobó menos de un año después de la Convención sobre los Derechos del Niño, la divergencia entre ambos enfoques ha impedido establecer una política uniforme en las Naciones Unidas¹⁷⁵.

En América, en el marco de la Segunda Cumbre de las Américas¹⁷⁶ (Santiago de Chile, abril 18-19 de 1998) se acordó un Plan de Acceso Universal a la Educación para el 2010¹⁷⁷, en el que se reiteró el compromiso de la Cumbre de Miami de asegurar, para el año 2010, el acceso y permanencia universal del 100% de los niños y las niñas a una educación primaria de calidad, y el acceso para por lo menos el 75% de los jóvenes a la educación secundaria de calidad -con porcentajes cada vez mayores de jóvenes que culminen la escuela secundaria-, y se asumió la responsabilidad de ofrecer oportunidades de educación a lo largo de la vida a la población en general.

Finalmente, es destacable el Plan de acción de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos, 1995-2004, que surgió a partir de la Declaración y Programa de Acción de Viena. En este documento se recomendó a todos los Estados incluir el derecho humanitario, la democracia y el imperio de la ley como temas de los programas de estudio de todas las instituciones de enseñanza académica y no académica. En esta línea de acción, la Asamblea General, en su resolución 49/184, de 23 de diciembre de 1994, proclamó el período de 10 años que comenzó el 11 de enero de 1995 “Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos” y aprobó el Plan de Acción para el Decenio¹⁷⁸.

¹⁷⁵ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Informe preliminar, op. cit.* Párrafo 33.

¹⁷⁶ Las Cumbres de las Américas son reuniones de los mandatarios del continente, y su propósito es el de discutir temas comunes y buscar soluciones a problemas económicos, sociales y políticos compartidos. Se han celebrado tres cumbres: Miami (1994), Santiago de Chile (1998), y Québec (2001). El cumplimiento de las decisiones que se adoptan en el marco de las cumbres es evaluado periódicamente por un Grupo de Revisión e Implementación de Cumbres (GRIC) que está compuesto por coordinadores nacionales de cada uno de los 34 gobiernos del hemisferio, y tiene la responsabilidad de informar anualmente sobre el cumplimiento del Plan de Acción a los Ministros de Relaciones Exteriores, quienes a su vez analizan la información durante la Sesión Ordinaria de la Asamblea General de la OEA.

¹⁷⁷ Puede consultarse en la siguiente página de Internet, dirección URL: <http://www.summit-americas.org/chileplan-spanish.htm>

¹⁷⁸ Naciones Unidas posee una base de datos sobre la educación en la esfera de derechos humanos que puede consultarse en la siguiente página de Internet, dirección URL: http://www.unhchr.ch/spanish/hchr_un_sp.htm

3.1.4. La obligación de adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que abarque la enseñanza secundaria, superior y fundamental

Las obligaciones inmediatas de “adoptar medidas” (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) para implantar la enseñanza secundaria, superior y fundamental para todos en Colombia se encuentran consagradas en los literales b, c y d del párrafo 2 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Pero según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, existe sobre ellas una obligación mínima, ya no referida a la adopción de medidas, sino a la aplicación práctica de las mismas:

Como mínimo, el Estado Parte debe adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que establezca la enseñanza secundaria, superior y fundamental, de conformidad con el Pacto. Esta estrategia debe contar con mecanismos, como indicadores y criterios de referencia, relativos al derecho a la educación que permitan una supervisión estricta de los progresos realizados¹⁷⁹.

3.1.5. La obligación de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a los estudios superiores

Es obligación del Estado colombiano garantizar el acceso a los estudios superiores en condiciones de igualdad. En este sentido, no sólo se trata de una obligación de protección (porque se evita que universidades privadas vulneren el derecho a la igualdad de acceso), sino también de respeto, puesto que también se predica de las universidades públicas. Esta obligación se encuentra consagrada en diversos instrumentos internacionales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos ordena:

Artículo 26. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra como criterio de acceso a la enseñanza superior la capacidad del estudiante:

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:

¹⁷⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 52.

c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 13 (2) (c) incorpora idéntico mandato:

Artículo 13. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados (...)

Finalmente, el Protocolo de San Salvador, en su artículo 13 (3) (c), estatuye:

Artículo 13. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados (...)

3.1.6. Obligaciones relativas al derecho a la educación de las personas en situación de desplazamiento forzado

Sin atención en salud, sin asistencia para luchar contra la desnutrición, y sin respuesta a las necesidades de vivienda de las niñas y niños desplazados, es poco probable que pueda realizarse el derecho a la educación en condiciones aceptables. Los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las niñas y niños a la protección integral (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana, etc.), permiten concluir que los menores de edad desplazados son beneficiarios prioritarios de los programas gubernamentales diseñados para las víctimas de la violencia. Así, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estatuye:

Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

La Convención sobre los Derechos del Niño complementa esta protección frente a los menores de edad víctimas de conflictos armados:

Artículo 38. 4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o **conflictos armados**. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño. (La negrilla no pertenece al texto).

Como obligaciones específicas de brindar educación a las personas en situación de desplazamiento forzado, pueden citarse algunos de los Principios Rectores de los desplazamientos internos:

Principio 4. 2. Ciertos desplazados internos, como los niños, especialmente los menores no acompañados, (...) tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales.

Principio 23. 1. Toda persona tiene derecho a la educación.

2. Para dar efecto a este derecho las autoridades competentes se asegurarán de que los desplazados internos, en particular los niños desplazados, reciben una educación gratuita y obligatoria a nivel primario. La educación respetará su identidad cultural, su idioma y su religión.

3. Se harán esfuerzos especiales por conseguir la plena e igual participación de mujeres y niñas en los programas educativos.

4. Tan pronto como las condiciones lo permitan, los servicios de educación y formación se pondrán a disposición de los desplazados internos, en particular adolescentes y mujeres, con independencia de que vivan o no en campamentos.

3.2. OBLIGACIONES DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO

3.2.1. La obligación de garantizar la accesibilidad material

La accesibilidad material significa tanto la cercanía geográfica de los establecimientos educativos a los educandos, como la posibilidad de acceder a la educación a través de la tecnología, *v. gr.* programas de educación a distancia. Esta obligación se deriva del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el informe preliminar a la Comisión de Derechos

Humanos de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación¹⁸⁰.

3.2.2. La obligación de garantizar la accesibilidad económica implantando progresivamente la enseñanza secundaria gratuita

En opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la enseñanza secundaria implica la conclusión de la educación básica y prepara a los estudiantes para la enseñanza superior y profesional¹⁸¹. El artículo 13 (2) (b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales regula el derecho a la enseñanza secundaria y la implantación progresiva de la enseñanza secundaria gratuita:

Artículo 13. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

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;

El Protocolo de San Salvador, en su artículo 13 (3) (b), incorpora un mandato similar:

Artículo 13. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

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;

En el caso particular de los menores de edad, la Convención sobre los Derechos del Niño señala como obligaciones del Estado el fomento de la enseñanza secundaria y la adopción de medidas apropiadas para el acceso a la misma:

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:

¹⁸⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 6.

¹⁸¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 12.

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;

La enseñanza secundaria debe ser generalizada, lo que significa que su prestación no depende de la aptitud o idoneidad aparentes de un alumno, y que el Estado la imparte de forma tal que todos puedan acceder a ella en igualdad de condiciones¹⁸². En cuanto a la implantación progresiva de la enseñanza gratuita, debe señalarse que, si bien esta es una obligación de cumplimiento progresivo, impone la obligación inmediata de adoptar medidas concretas para establecer la enseñanza secundaria gratuita¹⁸³.

3.2.3. La obligación de garantizar la accesibilidad económica implantando la enseñanza superior gratuita

Con arreglo al apartado c) del párrafo 3 del artículo 13 del Protocolo de San Salvador:

Artículo 13. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

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;

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 13 (2) (c) incorpora también este mandato:

Artículo 13. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

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;

¹⁸² *Ibíd.* Párrafo 13.

¹⁸³ Véase el párrafo 7 de la Observación general No. 11 sobre el artículo 14 en lo que respecta a las observaciones generales del Comité sobre el significado de “gratuito”.

Las diferencias de redacción con los apartados a) y b) del párrafo 2 significan que¹⁸⁴:

- Se otorga menor prioridad a la educación superior que a la primaria.
- Se debe ajustar a las necesidades de los alumnos en distintos contextos sociales y culturales, ofreciendo planes de estudio flexibles y sistemas de instrucción variados, con utilización incluso de la enseñanza a distancia.
- Ante la inexistencia de referencia a la “enseñanza técnica y profesional”, al hacer parte integral de todos los niveles de enseñanza (como lo ordena el párrafo 2 del artículo 6 del Pacto y el párrafo 1 del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), también hace parte de la educación superior.
- A diferencia de la enseñanza secundaria, la enseñanza superior no debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, sino sólo disponible “sobre la base de la capacidad”, que habrá de valorarse con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada cual.

3.2.4. La obligación de Implantar un sistema adecuado de becas que ayude a los grupos desfavorecidos

Al tenor literal del artículo 13 (2) (e) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

Artículo 13. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

e) Se debe (...) implantar un sistema adecuado de becas (...)

En virtud de esta norma, el Estado colombiano está obligado a velar por que exista un sistema de becas de enseñanza que ayude a los grupos desfavorecidos¹⁸⁵. Esto, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, debe interpretarse así a la luz de las disposiciones del Pacto relativas a la igualdad y la no discriminación: “el sistema de becas debe fomentar la igualdad de acceso a la educación de las personas procedentes de grupos desfavorecidos”¹⁸⁶.

La Constitución, en su artículo 69, incluye un mandato relativo a la accesibilidad económica para los estudios superiores:

¹⁸⁴ Véase el párrafo 18 de la Observación General 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁸⁵ *Ibíd.* Párrafo 53.

¹⁸⁶ *Ibíd.* Párrafo 26.

Artículo 69. El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.

3.2.5. La obligación de proporcionar acceso a programas educativos a los adultos mayores

En la Observación General 6, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aplicando los artículos 13 a 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, concluyó que en el caso de las personas mayores, los Estados deben considerar las Recomendaciones contenidas en el principio 16 de las Naciones Unidas sobre las personas de edad: “Las personas de edad deberán tener acceso a programas educativos y de formación adecuados”, y la Recomendación 47 del Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento en la que, de acuerdo con el concepto de la UNESCO sobre educación permanente, se recomienda promover programas para personas mayores no estructurados, basados en la comunidad y orientados al esparcimiento, con el fin de desarrollar su sentido de autosuficiencia, así como la responsabilidad de la comunidad respecto de las personas de edad, programas que deben contar con el apoyo de los gobiernos nacionales y de las organizaciones internacionales.

En consecuencia, los Estados deberían facilitar a los adultos mayores, de acuerdo con su preparación, aptitudes y motivaciones, el acceso a los distintos niveles del ciclo educativo, mediante la adopción de medidas adecuadas para facilitarles la alfabetización, educación permanente, acceso a la universidad, etc.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 6. Párrafos 37 y 38.

4. CREACIÓN DE INDICADORES BASADOS EN EL DERECHO DE ACCESO Y LAS OBLIGACIONES DE ACCESIBILIDAD

De conformidad con el artículo 67 de la Constitución, y los múltiples instrumentos internacionales citados, la educación básica en Colombia es gratuita y obligatoria, y constituye un derecho fundamental de los menores de edad, lo que impone obligaciones de inmediato cumplimiento para el Estado. Sin embargo, más de 2 millones de niños y niñas (el 15% de la población infantil) están por fuera del sistema educativo, aún durante los años de asistencia obligatoria¹⁸⁸. Esto permite afirmar que el Estado colombiano no ha adoptado medidas eficaces para resolver el problema de acceso a la educación. A continuación se presentan los indicadores de acceso tradicionales, y se proponen indicadores de acceso que se orientan en la óptica del contenido normativo del derecho a la educación y las correlativas obligaciones del Estado en materia de accesibilidad. Estos nuevos indicadores buscan facilitar el debido seguimiento y evaluación de la progresividad o regresividad de las políticas públicas que se implementan para la realización de este derecho desde la perspectiva de los compromisos constitucionales e internacionales del Estado colombiano.

4.1. INDICADORES ACTUALES DE ACCESO

El indicador más empleado en la actualidad para medir el acceso a la educación es el de *eficiencia económica*, el cual relaciona el gasto público en educación con la tasa de cobertura.

La tasa de cobertura se divide en tasa bruta y tasa neta. La tasa de cobertura bruta tiene como base a toda la población en edad escolar que debe ser atendida, mientras que la tasa de cobertura neta expresa la población en edad escolar que se está realmente atendiendo. La cobertura bruta se construye a partir de los datos censales, en tanto que la cobertura neta se establece con base en las tasas de matrícula.

Con estos indicadores se puede establecer la tasa de exclusión, es decir, la población en edad escolar que, pudiendo acceder, se encuentra por fuera del sistema educativo debido a la falta de cupos, y se pueden identificar problemas como la extra edad

¹⁸⁸ Fuente: *Reporte de la situación de la infancia en Colombia, UNICEF 2000*, con base en las proyecciones del DANE y el informe de Desarrollo Humano para Colombia 1999-DNP. Según el reporte, 2'508.406 niños y niñas del país que son lo suficientemente mayores para ingresar al primer grado, se encuentran por fuera del sistema educativo. Consultar: UNICEF Colombia. Página de Internet URL: <http://www.unicef.org.co>

(atención de alumnos con más edad de la que se esperaría en un determinado ciclo educativo).

El Departamento Nacional de Planeación define los indicadores de cobertura en estos términos¹⁸⁹:

El indicador más general de la cobertura es la **tasa de escolarización**, la cual se define como la proporción de población en edad escolar que está efectivamente escolarizada.

Como datos de entrada se utiliza la población en edad escolar y los alumnos matriculados.

$$\text{Tasa de escolarización} = \frac{\text{Alumnos matriculados}}{\text{Población en edad escolar}} \times 100$$

La **tasa neta** se calcula con la población asistente a un determinado nivel y grupo de edad en relación con la población del mismo grupo de edad.

Se toma como población en edad escolar para el nivel primario, la que se halla en el tramo entre los siete y los once años y para educación secundaria el tramo comprendido entre los doce y diecisiete años.

$$\text{Tasa neta de escolarización primaria} = \frac{\text{Alumnos matriculados entre 7 y 11 años}}{\text{Población entre 7 y 11 años}} \times 100$$

$$\text{Tasa neta de escolarización secundaria} = \frac{\text{Alumnos matriculados entre 12 y 17 años}}{\text{Población entre 12 y 17 años}} \times 100$$

La **tasa bruta** se calcula con la población asistente a un determinado nivel en relación con el grupo de edad de la población correspondiente a ese nivel.

$$\text{Tasa bruta de escolarización primaria} = \frac{\text{Alumnos matriculados}}{\text{Población entre 7 y 11 años}} \times 100$$

$$\text{Tasa bruta de escolarización secundaria} = \frac{\text{Alumnos matriculados}}{\text{Población entre 12 y 17 años}} \times 100$$

¹⁸⁹ **DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN.** *Tasa de cobertura bruta y neta por nivel educativo. Nacional y departamental. 1997-1999.* Página de Internet dirección URL: http://www.dnp.gov.co/01_CONT/INDICADO/DOCU_SISD_SECTORIALES_EDU_SALUD.htm#3

4.2. INDICADORES BASADOS EN EL DERECHO DE ACCESO Y LAS OBLIGACIONES DE ACCESIBILIDAD

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación resalta un punto crucial sobre los indicadores actuales de acceso: “las estadísticas sobre la escolarización indican el número de niños que van a la escuela (o al menos que se matricularon al comenzar el curso), pero no el número de niños que deberían ir a la escuela. Esto es consecuencia del número elevado, que no se conoce, de niños que no fueron inscritos al nacer en el registro civil, número disimulado por la admirable capacidad de los organismos internacionales para hacer estimaciones al respecto”¹⁹⁰.

Siguiendo entonces algunos de los lineamientos de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación¹⁹¹, y adaptándolos al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación en Colombia, podrían sugerirse varios indicadores en perspectiva de derechos humanos. Algunos indicadores, por corresponder a derechos fundamentales y a obligaciones de efecto inmediato, servirán para medir el grado de cumplimiento del Estado. A estos indicadores se les ha denominado “de efecto inmediato”. Los demás son indicadores de “progresividad”, que servirán para establecer el avance o retroceso que las políticas públicas en Colombia han generado en la realización del derecho a la educación respecto de obligaciones de cumplimiento progresivo.

4.2.1. Indicadores de efecto inmediato

Omisión de acceso fundamental: El derecho a la educación básica, gratuita, pública y obligatoria de todo menor de 18 años es fundamental y la obligación del Estado de realizarlo es de efecto inmediato. Por lo tanto, todo menor de 18 debe tener acceso a la educación básica pública. El indicador de omisión de acceso fundamental debería mostrar cuántos niños y niñas están por fuera de la educación básica, en particular por la falta de cupos¹⁹². No corresponde a la tasa de exclusión, porque ésta se basa en la

¹⁹⁰ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Informe preliminar, op. cit.* Párrafo 31. La falta de registro es un problema en que hay que concentrar la atención en el caso colombiano. *V. gr.*, uno de los obstáculos de acceso a la educación es la carencia de cédula de ciudadanía de las personas desplazadas indígenas.

¹⁹¹ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe anual de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2001/29 de la Comisión de Derechos Humanos.* 7 de enero de 2002. E/CN.4/2002/60

¹⁹² “Las estadísticas educativas muestran inevitablemente que no todos los niños tienen acceso a la enseñanza primaria. Una vez detectado este dato, el paso siguiente suele consistir en tratar de

negación del acceso por causas discriminatorias, y se construye con base en la población en edad para cada nivel educativo. Este indicador no tiene por qué fijarse en esto, dado que la edad no puede ser un obstáculo para el acceso a la educación básica de **ningún menor de edad**¹⁹³. Esta es la razón por la cual en la tasa de exclusión hay que identificar cuántos niños han sido excluidos por extra edad.

Exclusión por discriminación: La Obligación de garantizar el ejercicio del Derecho a la Educación sin discriminación alguna hace parte de la obligación de garantizar, al menos, niveles mínimos esenciales del derecho a la educación. La discriminación en el acceso al sistema educativo está prohibida, y es obligación de efecto inmediato del Estado garantizar que no se produzca. Por ello, los datos relativos a la exclusión en la educación **deben desglosarse según los motivos de discriminación prohibidos**, a fin de poner de manifiesto cualquier discriminación de hecho en el acceso y adoptar las medidas para subsanarla. El indicador puede construirse abarcando cada uno de los motivos de discriminación rechazados internacionalmente (raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social). Así, el Secretario General de Naciones Unidas comenta:

En lo que respecta a la no discriminación, las directrices para los indicadores del sistema de evaluación común de los países dicen que los indicadores, en lo posible, deben desglosarse por raza, color, sexo idioma, religión y otros aspectos. También se ha reconocido la necesidad de clasificar dichos indicadores separadamente por zonas urbanas y rurales, incluso por zonas periurbanas y, a los efectos de su compilación y análisis separados, por provincias, regiones y Estados. Además, las directrices prevén la compilación y análisis de indicadores por sexo para evaluar el adelanto en la igualdad de los géneros”¹⁹⁴.

determinar cuántos niños se encuentran en esa situación, pero esos esfuerzos nunca arrojan cifras concretas porque los datos exhaustivos sobre los niños brillan por su ausencia cuando más se necesitan. La Relatora Especial ha hecho hincapié en su primer informe en la necesidad de distinguir entre niños que no han tenido acceso a la educación y niños que han sido excluidos (E/CN.4/1999/49, párr. 58). Las causas de exclusión pueden coincidir con los motivos de discriminación prohibidos a nivel individual o combinar varios de ellos. La primera medida para eliminar la discriminación en la esfera de la educación consiste, por tanto, en desglosar en sus elementos básicos el panorama contemporáneo de exclusión por motivos de discriminación en el mundo”. **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN. Informe anual 2002, op. cit.** Párrafo 31.

¹⁹³ “The 2001 Monitoring Report on Education for All ha observado que la existencia de gran número de alumnos mayores no debe impedir el acceso a la escuela para los niños que tienen la edad oficial de acceso, retrasando así el logro de las metas de la enseñanza primaria universal. Cerrar las puertas de la escuela a los niños mayores o impedir su matriculación es una medida especialmente inapropiada, ya que eliminaría el problema del sector de la educación sin resolverlo y aumentaría el número de adultos analfabetos”. *Ibíd.* Párrafo 9.

¹⁹⁴ **NACIONES UNIDAS. Informe del secretario general presentado de conformidad con la resolución 1999/25 de la Comisión de Derechos Humanos. Op. cit.**

Acceso preferente: Es obligación del Estado promover prerrogativas de ingreso a la educación en favor de grupos sociales marginados o en condiciones de debilidad, o por otras razones que justifiquen un tratamiento preferente, siempre que se aplique también el criterio académico. El indicador de acceso preferente debe servir para establecer a cuántas personas se les dio tratamiento preferente en el acceso, en respeto de su especial protección constitucional. La base sería la población que se presenta a la educación básica con características que podrían generar tratamiento especial, *v. gr.* niños en situación de discapacidad, niñas en embarazo, menores reinsertados, niños en situación de desplazamiento forzado, niños pertenecientes a grupos poblacionales históricamente discriminados o marginados, etc. Al respecto, la Relatora Especial comenta:

En su resolución 2001/29, la Comisión de Derechos Humanos reiteró la necesidad de que los Estados velen por que, progresivamente la enseñanza primaria sea obligatoria, accesible y gratuita para todos e identificó a todos aquellos a los que a menudo se les niega la educación: las niñas (incluidas las menores embarazadas y las madres adolescentes); los niños que viven en zonas rurales; los niños pertenecientes a grupos minoritarios, los niños indígenas, los niños migrantes, los niños refugiados y desplazados internamente, los niños afectados por conflictos armados, los niños discapacitados, los niños afectados por el virus de la inmunodeficiencia humana y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA) y los niños privados de libertad. La Comisión ha dado prioridad a los niños que viven en la pobreza, a los que tienen necesidades especiales en materia de educación y a los que necesitan protección especial (resolución 2000/85 sobre los derechos del niño), haciendo particular hincapié en los desplazados internamente (resolución 2001/54) y, una vez más, en las minorías (resolución 2001/55)¹⁹⁵.

Accesibilidad económica a la educación básica: Este indicador serviría para medir la eliminación de todos los costos y obstáculos que dificultan el acceso a la educación básica pública para todos los menores de edad, entre ellos, los obstáculos de carácter jurídico y administrativo, el costo de oportunidad directo e indirecto de la educación, y el transporte¹⁹⁶.

¹⁹⁵ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Informe anual 2002, op. cit.* Párrafo 32.

¹⁹⁶ “El acceso de los niños a la educación no puede tampoco estorbarse o impedirse mediante prácticas cuyo efecto concreto, teniendo en cuenta las condiciones económicas y sociales de las familias de donde ellos provienen, sea la negación misma del derecho. Tales son, por ejemplo, exigencias de uniformes, útiles, materiales, cuotas, bonos, transporte, matrículas, excursiones y otros costos que desborden las capacidades económicas de sus progenitores, y se conviertan en eficaces instrumentos al servicio de la discriminación social y de la desigualdad, en abierta contradicción con los valores, principios y derechos consagrados en la Carta de 1991”. Sentencia T-429 de 1992.

4.2.2. Indicadores de progresividad

Accesibilidad material: Este indicador mediría el aumento o disminución del número de personas que pueden acceder geográficamente a un establecimiento educativo, o a la educación a través de la tecnología.

Accesibilidad económica: Este indicador serviría para medir la reducción progresiva de los costos y obstáculos que dificultan el acceso a la educación pública media y superior (lo que en términos de la Relatora Especial sería el indicador de educación post-obligatoria, pero sin incluir el análisis de discriminación en el acceso a la educación media y superior, pues esto se aborda en el indicador de exclusión por discriminación).

CAPÍTULO III: LA PERMANENCIA EN EL SISTEMA EDUCATIVO

La permanencia es el derecho de los estudiantes matriculados en un establecimiento educativo a permanecer en él, a conservar el ambiente y lugar de estudios, y los vínculos emocionales y afectivos. Por tal razón, las instituciones educativas tienen prohibido interrumpir arbitrariamente la prestación del servicio de educación a un estudiante, mientras no incurra en faltas disciplinarias que ameriten su expulsión, o incumpla gravemente sus deberes académicos. La familia debe fomentar la estabilidad y prevenir la deserción, y el Estado debe adoptar medidas para reducir las tasas de deserción escolar.

1. EL DERECHO A LA PERMANENCIA

Sentencia T-450 de 1992

El núcleo esencial del derecho a la educación, en este caso la permanencia en el plantel educativo donde habían venido cursando los últimos años de estudio, fue vulnerado de manera manifiesta por la entidad demandada. No es suficiente aducir la posibilidad de encontrar otro centro de enseñanza para continuar en el sistema educativo. El derecho a la permanencia cuando se cumplen los requisitos para gozar de él incluye el derecho a conservar el ambiente y lugar de estudios, los vínculos emocionales y efectivos, así como el medio propicio para el desarrollo armónico e integral de la personalidad.

El derecho a la permanencia se interpreta a la luz de los artículos 44, 13 y 70 de la Carta. El primero, porque irradia el carácter **fundamental** del derecho a la permanencia de los menores de edad en la educación básica. El segundo, porque ante alguna forma de **discriminación** (por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica) contra cualquier persona, sin importar la edad o el nivel de estudios en que se encuentre, que puede afectar su estabilidad o permanencia en el sistema educativo, la acción de tutela resulta procedente. En estos casos, el carácter fundamental del derecho a la permanencia en el plantel educativo se deriva de la conexidad con el derecho a la igualdad. Y

finalmente, el artículo 70 de la Constitución, que asume la educación permanente como instrumento para promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades.

En cuanto a los límites del derecho, debe decirse que, en principio, la aprobación académica y disciplinaria del año asegura la continuidad de los estudios en el plantel en el que se encuentra matriculado un estudiante mayor de edad. Sin embargo, puede ser privado del beneficio de permanecer en una institución educativa determinada cuando existan elementos razonables - incumplimiento académico o graves faltas disciplinarias -.

Esta tesis, aplicada a los niños, varía según la edad y el carácter público o privado de la institución educativa en la que se encuentre. Así, siendo parte del núcleo esencial del derecho fundamental de las niñas y niños a la educación la permanencia en la educación básica pública gratuita, en ningún caso los infantes pueden ser excluidos del sistema educativo. Los adolescentes, en eventos muy excepcionales, pueden ser expulsados de una institución de educación pública en los niveles básicos. Para las niñas y los niños en instituciones privadas, la permanencia se garantiza durante todo el año escolar a pesar de la morosidad de los padres en el pago de matrículas y pensiones, y sólo por grave incumplimiento académico o disciplinario del menor de edad podría darse la expulsión.

Las reglas jurisprudenciales sobre el derecho a la permanencia pueden clasificarse así: el derecho fundamental de los menores a permanecer en el sistema educativo; la prevalencia relativa del derecho a la permanencia de los menores sobre los derechos económicos de las instituciones educativas privadas; el derecho a la igualdad de trato en el sistema educativo; el derecho al libre desarrollo de la personalidad en los establecimientos educativos; el derecho al debido proceso en la imposición de sanciones; y el derecho al reconocimiento de la culminación de una etapa educativa.

1.1. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS A PERMANECER EN EL SISTEMA EDUCATIVO Y CONSERVAR EL AMBIENTE Y LUGAR DE ESTUDIOS

1.1.1. Todo menor de edad que tenga acceso a una institución educativa, curse satisfactoriamente las materias exigidas, y cumpla con el régimen disciplinario, tiene el derecho fundamental a que se le garantice su permanencia en la institución.

El padre de dos menores de edad (seis y ocho años) matriculados en una institución educativa, fue nombrado presidente de la asociación de padres de familia. A pesar de que los niños cursaron satisfactoriamente el año académico, la directora del centro docente se negó a matricularlos para el siguiente grado, porque el padre había intervenido en varias decisiones polémicas (v. gr., los aportes de los padres para el servicio del aseo del colegio). El padre, considerando que las discrepancias entre la Asociación de padres y las directivas del establecimiento educativo no debían repercutir en los derechos de sus hijos, acudió a la acción de tutela. La Corte en sala de Revisión se formuló el siguiente interrogante: ¿puede reconocerse la existencia de un derecho a permanecer en una entidad educativa, después de haber cursado en ella satisfactoriamente las materias exigidas en el pensum escolar y cumplido con su régimen disciplinario? La respuesta fue afirmativa. El derecho a la educación supone la existencia de un derecho público subjetivo frente al Estado de permanecer en el sistema educativo, salvo que existan elementos razonables –incumplimiento académico o graves faltas disciplinarias del estudiante- que lleven a privar a la persona del beneficio de permanecer en una entidad educativa determinada.

En el caso examinado, al tratarse de dos menores de edad, su permanencia en el centro docente debía garantizarse por encima de las decisiones arbitrarias de la autoridad de turno con poder decisorio para otorgar o denegar cupos de estudio. Las disputas que surjan entre padres de familia y directivos o profesores no pueden invocarse como excusa para negar el derecho a la permanencia de los niños en la institución. (Sentencia T-402 de 1992).

1.1.2. El derecho a la permanencia está condicionado al cumplimiento por parte de los estudiantes de los deberes que son correlativos al derecho a la educación.

Tres estudiantes de colegio se negaron en diversas oportunidades a participar en izadas de bandera, desfiles de días cívicos y otros homenajes a símbolos patrios, argumentando que pertenecían a la iglesia de los Testigos de Jehová, razón por la cual tenían prohibido rendir culto a otros dioses o símbolos. El Consejo Directivo decidió cancelarles el cupo para el siguiente año, aduciendo que la inasistencia a estos actos constituía falta disciplinaria grave. Los estudiantes acudieron a la acción de tutela, porque en su parecer, la decisión de las directivas del colegio sólo obedece a las creencias religiosas que profesan. La Corte Constitucional, después de aclarar que el homenaje a los símbolos patrios, las izadas de bandera, y los desfiles en días cívicos no constituyen actos litúrgicos de adoración o idolatría, descartó que existiera vulneración de las creencias religiosas que profesan los menores. El incumplimiento de estos deberes cívicos fue injustificado y dio lugar a reiterados actos de indisciplina, que en los términos del manual de convivencia del establecimiento educativo pueden dar lugar a la pérdida de cupo. En virtud de la doble naturaleza de

derecho-deber que tiene la educación, el derecho a la permanencia está condicionado a un mínimo de cumplimiento por parte de los estudiantes de los deberes que son correlativos al derecho. (Sentencia T-877 de 1999¹⁹⁷).

1.1.3. La reprobación por primera vez de un determinado grado por parte de un alumno no es causal de expulsión del centro docente, si no está asociada a otra causal expresamente contemplada en el reglamento. Pero si se reprueba por segunda vez consecutiva, el establecimiento educativo puede considerar la expulsión como una opción válida.

Un niño cursó todo el bachillerato en una institución educativa, pero en undécimo grado reprobó las habilitaciones de dos áreas. El reglamento de la institución, en las causales de pérdida de cupo, contempla el rendimiento académico insuficiente, y el Consejo Directivo decidió aplicarle tal sanción. Cuando el niño acudió a la acción de tutela, las directivas del colegio explicaron que “es tradición (...) de público conocimiento y aceptación” que el colegio no acepta repitentes en undécimo grado. La Corte analizó el derecho a la permanencia del menor de edad y concluyó que la costumbre de este establecimiento educativo vulneraba el núcleo esencial del derecho a la educación y era contraria a la Ley. El artículo 96 de la Ley 115 de 1994 consagra que “la reprobación por primera vez de un determinado grado por parte del alumno, no será causal de exclusión del respectivo establecimiento, cuando no esté asociada a otra causal expresamente contemplada en el reglamento institucional o manual de convivencia”. El niño reprobó por primera vez un grado en 1994, y esta causal no estuvo asociada a otra, por lo que el colegio recortó indebidamente el alcance del derecho a la permanencia, con base en una costumbre contraria a expresa norma legal. En consecuencia, la Corte ordenó al plantel el reintegro del estudiante, y la revisión de su reglamento institucional y sus procedimientos administrativos, de tal manera que ellos no recorten el alcance del derecho a la educación. (Sentencia T-340 de 1995).

En sentencia posterior, la Corte aclaró el alcance y aplicación correcta de esta subregla. Un joven cursaba décimo grado en un establecimiento educativo privado que se había negado a renovar su matrícula, porque en su manual de convivencia incluía como causal de expulsión la repetición por segundo año consecutivo. La madre del niño interpuso tutela y logró el reintegro de su hijo. El fundamento de esta decisión fue el precedente jurisprudencial consignado en la sentencia T-340 de 1995. La Corte Constitucional calificó de errónea la aplicación de esta subregla, en estos términos:

¹⁹⁷ Pueden consultarse además las sentencias T-075 de 1995 y T-363 de 1995.

mediante sentencia T-340 de 1995, la Corte decidió un caso sólo aparentemente similar al presente y que constituyó para los jueces de instancia precedente aplicable al caso en revisión.

En dicha oportunidad, a un menor que reprobó el undécimo grado, el Colegio San Bartolomé de Bogotá, decidió no otorgarle un cupo para repetir el año perdido, aduciendo que era de público conocimiento que el colegio mencionado no aceptaba repitentes en undécimo grado. La Corte abordó el estudio de la tutela, amparada en la disposición de la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, que otorga competencia a los Directivos de los establecimientos educativos para establecer las condiciones de permanencia de los educandos en los planteles educativos, y que en su artículo 96 expresamente dice: “No será causal de exclusión del respectivo establecimiento, cuando no esté asociada a otra causal expresamente contemplada en el reglamento institucional o manual de convivencia”. Bajo tales consideraciones, la Corte concedió la tutela.

Sin embargo, es otra la situación que se desprende de los hechos expuestos en este asunto, y por ello, debe concluirse que la sentencia T-340 de 1995 manejó exclusivamente la hipótesis contemplada en la Ley 115 de 1994, en relación con la pérdida de un año lectivo, que no de dos, cuando expresamente, y no por tradición, esta contemplado en el Reglamento Interno, como causal de no permanencia en el plantel. La decisión de los jueces de instancia no advirtió que la *ratio decidendi* de la tutela T-340 de 1995 no era aplicable a este caso, y como consecuencia, en la presente oportunidad no podía reiterarse la mencionada sentencia.

Así, pues, la aplicación de la anterior doctrina constitucional al caso enjuiciado no era procedente, por cuanto era menester distinguir, siguiendo los parámetros de la sentencia T-1625 de 2000, que este nuevo caso era diferente del anterior y por lo tanto, si bien era y es un precedente que mantiene su fuerza vinculante, no era aplicable a una situación relevantemente distinta como es la analizada.

A continuación, la Corte establece como límite constitucionalmente válido al derecho a la permanencia en una institución educativa el deber del estudiante de cumplir con las normas del manual de convivencia. La permanencia se garantiza salvo que existan elementos razonables, *v. gr.* falta grave de rendimiento académico¹⁹⁸ o disciplinario, que lleven a privar a una persona del beneficio de permanecer en una entidad educativa determinada. Por lo tanto, aunque el derecho a permanecer hace parte del núcleo esencial del derecho a la educación, no significa que la institución educativa pueda permitirle a un estudiante “reincidir en la situación de rendimiento deficiente sin tener que hacerse responsable de las consecuencias que en esa hipótesis prevea el reglamento académico, ni que al plantel se le pueda privar de adoptar las medidas que pongan a salvo la excelencia de sus programas académicos”. Como el incumplimiento reiterado de las pautas mínimas puede ser causal para no acceder al curso siguiente o motivo de exclusión, el reglamento del colegio demandado no

¹⁹⁸ “la permanencia de los educandos en el sistema educativo está condicionada entonces, por su concurso activo en la labor formativa; por lo tanto, la falta de rendimiento intelectual puede llegar a tener suficiente entidad como para que la persona sea retirada del establecimiento o no sea aceptada en el lugar donde debía aprender y no lo logra por su propia causa”. Sentencia T-694 de 2002.

desconocía el núcleo esencial del derecho a la educación y la tutela no debía prosperar. (Sentencia T-694 de 2002).

1.1.4. Al aceptar o negar el reingreso de un estudiante a un establecimiento educativo se deben tener en cuenta las circunstancias ajenas a su voluntad que justificaron la interrupción de sus estudios.

Una niña cursaba octavo grado. Durante las vacaciones de mitad de año, su padre cayó en un grave estado de salud. Debido a su hospitalización, la niña tuvo que permanecer en casa para cuidar a sus hermanas menores, y esta situación se mantuvo después de la terminación de las vacaciones. Posteriormente, su padre falleció, y los efectos psicológicos, aunados a las horas atrasadas en las clases, obligaron a la menor de edad a retirarse del colegio, con la palabra de los profesores de que guardarían el cupo a la niña para el siguiente año. Sin embargo, al presentar la solicitud de matrícula, el rector la negó, aduciendo la carencia de cupos para el grado octavo y la inconveniencia de la problemática que vive la niña a nivel familiar y social para la institución. La Corte sostuvo que las entidades educativas tienen discrecionalidad en el manejo de solicitudes de reingreso, pero el ejercicio de esta facultad debe contemplar la existencia de circunstancias ajenas a la voluntad del estudiante que justifican su decisión de no continuar en el sistema educativo. En el caso bajo examen, la muerte de un ser querido no puede llevar a la pérdida del cupo. Al contrario, los principios de dignidad y solidaridad obligan a conceder una protección especial a las personas golpeadas por el infortunio. (Sentencia T-329 de 1993).

1.1.5. El incumplimiento de los deberes del estudiante con el colegio, cuando son consecuencia de una enfermedad, para la cual acepta recibir tratamiento, no puede constituirse en causal para la suspensión indefinida del cupo.

Un joven fue sorprendido consumiendo droga en las instalaciones del colegio en el que estudiaba. Sus acudientes fueron llamados por las directivas del Colegio y se les comunicó que el alumno no sería recibido para cursar el próximo año en la institución, a menos que se demostrara que había sido sometido a un tratamiento de rehabilitación. El joven, atendiendo esta exigencia, ingresó a un programa de rehabilitación en el cual permaneció durante cerca de nueve meses, momento en el cual decidió retirarse. Con esta experiencia, dirigió a las directivas del colegio una solicitud para que se le admitiera de nuevo, pues había cumplido la condición que se le había impuesto. Frente a la solicitud, el rector dirigió una carta a la directora del programa de rehabilitación al que había asistido el joven, para que se le respondiera si el joven se había recuperado totalmente de su problema. La contestación a esta carta

explicaba que el joven había tenido una importante recuperación en diversos aspectos de su actividad, pero que no podía afirmar que hubiera total recuperación, pues los adictos siempre deben estar en grupos de apoyo para mantenerse alejados de las drogas. La nota de contestación terminaba con una exhortación al colegio para que se le diera oportunidad al joven para su superación a nivel académico y personal. Sin embargo, en decisión del Consejo directivo del colegio, se determinó negar la solicitud de reingreso del joven por no estar totalmente recuperado.

La Corte consideró que la imposición a un alumno drogadicto en tratamiento de la garantía de su recuperación total o absoluta, es violatoria de su derecho fundamental a la educación, en cuanto se le niega definitivamente el acceso a la educación en ese plantel, al supeditarle al cumplimiento de un presupuesto que objetivamente no se puede dar. En efecto, el adicto debe ser tratado de manera permanente, con asistencia de todas las personas e instituciones que se encuentran en su entorno. Dada la gravedad del problema que afronta el sector educativo por la adicción a las drogas de un alto porcentaje de la población estudiantil, se requiere un compromiso mucho más profundo de parte de todos los actores del proceso educativo, que no admite medidas discriminatorias o excluyentes contra quienes sufren las consecuencias de la adicción, la mayoría de las veces originada en fenómenos de orden social que los aíslan y estigmatizan, y mucho menos contra quienes muestran una clara voluntad de recuperación apoyados por sus familias. Bajo estos razonamientos, la Corte Constitucional concedió la tutela al joven ordenando al colegio su admisión, siempre y cuando aquel continuara asistiendo a las terapias de recuperación que había iniciado. (Sentencia T-407 de 1996).

1.2. EL DERECHO A LA PERMANENCIA Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS PRIVADAS

Sentencia SU-624 de 1999

Ante la amenaza de retirar masivamente de clases a los niños matriculados con la disculpa de que sus padres son morosos, la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido de considerar contrario a la Constitución que al niño se le impida asistir a clase (bien sea enviándolo a la casa, o a la biblioteca, o al patio de recreo), pero aclara que la protección constitucional es para el año de preescolar y los primeros nueve años lectivos porque son éstos los que la Carta Fundamental señala como objetivo constitucional.

Lo anterior no quiere decir que con la protección que la Constitución da y la Corte reconoce, los padres de familia tengan vía libre para ser morosos, sino que el niño

que ha quedado matriculado para determinado año no puede ser retirado por la culpa voluntaria o involuntaria de sus padres que incurren en mora. Por supuesto que el colegio no está obligado a matricularlo al año siguiente (...).

En las instituciones educativas privadas la educación es onerosa, salvo hipótesis en las que la simple liberalidad proveniente de los sujetos privados disponga otra cosa. Ante el conflicto entre el derecho de las instituciones educativas privadas a obtener el pago de matrículas y pensiones, y el derecho del educando a recibir una educación adecuada, integral y completa, el derecho a la educación debe prevalecer temporalmente, pues resulta desproporcionada una medida que sacrifique los propósitos que el proceso educativo persigue, en aras de un interés económico.

Respecto a la entrega de notas, hay que probar que los padres se han visto en una calamidad económica para que el juez de tutela ordene la entrega de notas; de lo contrario, el colegio puede retenerlas hasta cuando se le pague lo debido.

1.2.1. El incumplimiento de los padres en el pago de las pensiones, servicios especiales u otras erogaciones no autoriza a los centros docentes privados a retirar a un menor de edad en pleno año lectivo, pero sí a abstenerse de matricularlo para el año siguiente.

Una menor de edad cursaba octavo grado en 1997 en un colegio privado. Debido al atraso en el pago de las pensiones, fue recibida para noveno grado en calidad de asistente, y sería matriculada bajo la condición de que sus padres cancelaran las sumas adeudadas, a más tardar, antes de junio de 1998. La situación económica de sus padres impidió que este acuerdo pudiera cumplirse, por lo que la niña fue informada en julio de que sólo sería recibida en el colegio cuando se matriculara. En septiembre, la madre de la menor de edad presentó acción de tutela, solicitando que la joven fuera recibida nuevamente en el Colegio.

La Corte recordó que en su jurisprudencia ha distinguido dos situaciones distintas sobre cuándo existe o no lesión del núcleo esencial del derecho a la educación en el caso de mora en el pago de pensiones por parte de los padres:

- a. cuando el centro docente interrumpe durante el año lectivo el acceso del estudiante al establecimiento; y
- b. cuando se abstiene a recibirlo para el año escolar del siguiente período.

El derecho a la educación es violado en el primer caso, porque al haberse iniciado el período escolar resulta muy difícil obtener cupo en otro establecimiento educativo,

creándose un vacío en el proceso educativo del estudiante, que si bien es temporal, tiene repercusiones en el desarrollo futuro del proceso. En el segundo caso no hay vulneración del derecho a la educación, porque al haber finalizado el año escolar, la familia, como responsable de la educación del menor, tendrá la obligación de buscar otro establecimiento educativo, público o privado, para que el menor prosiga con su desarrollo educativo¹⁹⁹.

En términos generales, cuando un menor de edad matriculado es retirado de clases por el no pago de las pensiones (así esta sea una causal prevista por el manual de convivencia para la terminación del contrato educativo²⁰⁰), se impone la prevalencia del derecho a la educación y el menor de edad debe ser reintegrado hasta finalizar el año escolar, sin perjuicio de que exista el derecho del educador, y con ello los medios jurídicos de hacerlo valer.

En el caso concreto, la menor de edad no era una estudiante regular, es decir, no estaba matriculada²⁰¹. Sin embargo, de manera independiente de la condición en que se encontraba en el Colegio (estudiante regular o asistente), la Rectora trasladó la solución de un problema económico a la menor, imponiéndole a ella la condición de continuar sus estudios a la cancelación de las deudas contraídas por sus padres²⁰². Es en este punto en donde radica la vulneración del derecho fundamental a la educación de la joven, pues no se tuvo en cuenta que en mitad del año escolar, la posibilidad de retomar los estudios en otros establecimientos educativos es muy difícil. Por lo anterior, cuando fue interpuesta la tutela era procedente concederla, para no interrumpir el año lectivo que estaba cursando la joven. Sin embargo, a la fecha del fallo de la Corte, ya se encontraba en un año escolar diferente, por lo que debe presumirse que los padres, con base en la responsabilidad constitucional que les corresponde en el proceso educativo de su hija, la habrán matriculado en otro establecimiento escolar. (Sentencia T-037 de 1999).

¹⁹⁹ La misma razón que justifica que prevalezcan los derechos del niño sobre los del plantel, es la que justifica la solución contraria cuando ella no esté presente. En efecto, en la sentencia T-208 de 1996, la Sala Primera de Revisión consideró que cuando la interrupción del proceso educativo no sea abrupta, el plantel no estaría obligado a continuar prestando el servicio al menor. Ello ocurre cuando finaliza el año lectivo.

²⁰⁰ “En el presente caso, el reglamento del Pre-escolar Viviendo y Aprendiendo, contiene una cláusula, que a juicio de las directivas autoriza a proceder de la manera como se hizo con el tutelante y que reza así: ‘el retraso en el pago de pensiones por dos o mas meses será causal de terminación del contrato de matrícula extemporáneamente’.

Esta parte subrayada del reglamento resulta en sentir de esta Sala de Revisión, contraria a la Constitución, por cuanto establece un condicionamiento al derecho fundamental a la educación que puede llegarlo a limitar de manera desproporcionada e incluso definitiva”. Sentencia 452 de 1997.

²⁰¹ Ver sentencia T-400 de 2000.

²⁰² Ver sentencia T-760 de 1998.

1.2.2. Las instituciones educativas no pueden retener certificados de estudios por el no pago de matrículas o pensiones de un menor de edad si los padres demuestran la imposibilidad de sufragar los gastos, ni pueden efectuar anotaciones en los certificados que hagan alusión a la deuda pendiente.

La Corte Constitucional había mantenido hasta 1999 una posición invariable sobre este tema: si una entidad educativa se niega a entregar los certificados de notas pretextando la falta de pago de las pensiones, el conflicto entre el derecho constitucional a la educación y el derecho del plantel a recibir la remuneración pactada se resuelve siempre a favor del menor de edad, pues en la práctica la no disposición de los certificados implica la suspensión del derecho a la educación, ya que es necesario presentarlos para asegurar un cupo en otro establecimiento o para proseguir estudios superiores²⁰³. Esta línea jurisprudencial dio lugar a la cultura del no pago, en la que muchos padres con capacidad económica para cancelar las pensiones hicieron de la acción de tutela una disculpa para su incumplimiento, afectando la estabilidad financiera y la viabilidad de las instituciones de educación de carácter privado.

En sentencia de unificación de 1999, la Corte Constitucional definió la actitud que deben tomar los colegios con respecto a la educación de los alumnos cuyos padres no han cancelado las contraprestaciones a las que la institución tiene derecho. Revisó un caso en el que una madre alega vulnerado el derecho a la educación de su hija, porque el colegio demandado se niega a entregarle el certificado de las calificaciones para continuar con sus estudios en otro colegio, por falta de pago en las mensualidades educativas. Pero durante el proceso, las pruebas señalaron que el padre de la menor de edad era adinerado, y que habitaba en una casa bien ubicada, espaciosa y con piscina. También se logró establecer que los padres eran obstinadamente demorados en el pago de sus obligaciones con los colegios donde habían matriculado a su hija. Adicionalmente, la tutela se presentó dos años después de la terminación de los estudios de su hija en la institución educativa demandada, lo cual prueba el comportamiento anómalo de la peticionaria, pues es claro que la no entrega del certificado de notas no afectó la continuidad de la educación de su hija, quien ingresó a otro centro docente, donde tampoco pagó pensiones.

La Corte, advirtiendo el dolo de muchos padres de familia que, a pesar de tener recursos económicos para cancelar sus obligaciones con las instituciones educativas,

²⁰³ Pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-612 de 1992, T-607 de 1995, T-235 de 1996, T-612 de 1997, T-171 de 1998, T-173 de 1998, T-422 de 1998, T-761 de 1998, T-038 de 1999, T-050 de 1999, y T-095 de 1999.

se aprovechan de la jurisprudencia constitucional para no sufragarlas, sostuvo que, en adelante, el solicitante de la tutela tendrá el deber de probarle al juez constitucional la circunstancia que impide el pago oportuno (que no es confesión de parte, ni prueba que lo perjudique en otros espacios²⁰⁴) y que ha hecho lo posible por cancelar lo debido (v. gr., acordar con el centro docente un plan de pagos e irlo cumpliendo²⁰⁵, o acudir al ICETEX para obtener un préstamo²⁰⁶). Si un niño es matriculado en un colegio privado y durante el año lectivo surge un hecho que afecta económicamente a los proveedores de la familia (pérdida del empleo, enfermedad grave, quiebra de la empresa, etc.), la falta de pago de las pensiones no puede ser invocada por el colegio para negar la entrega de los certificados de notas (lo que no implica que quienes tienen obligaciones pecuniarias con el establecimiento educativo queden relevados de su cumplimiento²⁰⁷). Pero si hay aprovechamiento grave y escandaloso de la jurisprudencia constitucional por parte de padres con “cultura del no pago”, la tutela no prosperará, y el colegio podrá retener las notas hasta que se le pague lo debido (o hasta que la institución haga uso de las acciones judiciales que tiene a su disposición para reclamar el pago de la deuda²⁰⁸).

Bajo estos supuestos, la Corte negó el amparo solicitado, pues la madre de la menor de edad nunca probó que estuviera en incapacidad económica de sufragar las obligaciones en que incurrió con el colegio por la educación de su hija. (Sentencia SU-624 de 1999²⁰⁹).

²⁰⁴ “Estos padres, ubicados en la llamada ‘cultura del no pago’, no pueden lograr por tutela la entrega de notas, si ninguna fuerza mayor justifica su morosidad, y por ende el colegio legítimamente puede retener las calificaciones hasta cuando se le pague lo debido. En estos casos, claro está, la carga de la prueba le corresponde al padre de familia y debe ser seria, luego no es de recibo una sospechosa declaración juramentada ante Notario. Debe demostrarse que la crisis económica no se debió al propio padre de familia (nemo auditur propriam turpitudinem allegans) sino a factores extraños (fuerza mayor)”. Sentencia T-871 de 2000.

²⁰⁵ Ver sentencia T-1280 de 2000.

²⁰⁶ En la sentencia T-885 de 1999 la Corte concede el amparo en un caso de retención de notas, entre otras razones, porque el solicitante logró demostrar que los créditos ante el ICETEX estaban suspendidos hasta el año siguiente al de la tutela.

²⁰⁷ Ver sentencia T-1279 de 2000.

²⁰⁸ “En el caso concreto que se revisa, el colegio accionado ya hizo uso de las acciones judiciales que tiene a su disposición para reclamar el pago de la deuda, luego no se justifica un mecanismo adicional de presión, como es la retención de documentos, para alcanzar una decisión que está en manos del juez competente”. Sentencia T-1468 de 2000.

²⁰⁹ Las sentencias posteriores han reiterado esta línea jurisprudencial. Ténganse como ejemplos las sentencias T-871 de 2000, T-1356 de 2000, T-1467 de 2000, T-1468 de 2000, T-1580 de 2000, T-1676 de 2000, T-1704 de 2000, T-038 de 2001 y T-801 de 2002.

En la sentencia T-151 de 2002, la Corte aclaró que cuando los certificados que se solicitan corresponden a años lectivos durante los cuales los padres cumplieron sus obligaciones económicas con la institución no pueden retenerse. Sólo aquellos que correspondan al año de incumplimiento pueden ser retenidos si los padres no logran demostrar incapacidad de pago.

Finalmente, en la sentencia T-821 de 2002, la Corte advirtió que persiste la vulneración al derecho a la educación si la institución educativa, al entregar el certificado de notas a los padres morosos (que demostraron su incapacidad económica), agregan cualquier tipo de anotación a los certificados donde conste la deuda pendiente con el colegio: “es ajeno a la emisión de certificados escolares las notas marginales que apuntan al cobro de una deuda que finalmente tiene sus cauces ordinarios. Por lo tanto, con la anotación hecha por el rector en el certificado de notas del niño (...), subsiste la vulneración del derecho a la educación, pues éste se ve avocado a interrumpir nuevamente la continuación de sus estudios en otro plantel educativo”.

Debe tenerse en cuenta que en el caso del conflicto de los intereses económicos del establecimiento educativo y el derecho a la educación, la prevalencia de este último no se aplica de forma mecánica. El juez de tutela debe analizar el caso concreto. En consecuencia, la protección del derecho a la educación en sede de la acción de tutela sólo procede en estos casos cuando, habiéndose asumido con extrema responsabilidad el cumplimiento de las obligaciones propias de la educación, se encuentran demostrados la efectiva imposibilidad del pago, el agotamiento de los pasos requeridos para realizarlo y el no haber incurrido en actos constitutivos de abuso del derecho. Así lo ha señalado la Corte, tomando como ejemplo el caso de un estudiante universitario a quien se le impide presentar exámenes preparatorios por no pagar el valor de las matrículas correspondientes a varios semestres académicos:

[E]l condicionamiento de la recepción de evaluaciones, del reporte de notas, de entregas de certificados o de la admisión a cursos posteriores, al pago de valores adeudados por distintos conceptos es legítimo en tanto no concurra la imposibilidad, por circunstancias excepcionales y debidamente demostradas, de realizarlo.

(...) Esa vulneración [del derecho a la Educación] sólo concurre cuando el incumplimiento en el pago se ha presentado a pesar de haberse asumido con la debida responsabilidad el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la educación, cuando se encuentra demostrada la efectiva imposibilidad del pago, cuando se han agotado los pasos requeridos para cumplirlo y cuando con la protección constitucional no se favorece el abuso del derecho²¹⁰.

²¹⁰ Sentencia T-388 de 2001. Consultar además la sentencia T-119 de 2002.

1.2.3. El derecho a la permanencia en instituciones de educación superior está sujeto a exigencias económicas razonables para permitir su continuidad en la institución educativa.

Un estudiante universitario se costeara sus estudios con su trabajo personal y con un crédito parcial del ICETEX. Cuando cursaba noveno semestre, quedó cesante y en imposibilidad de cancelar el porcentaje de matrícula que le correspondía pagar. No obstante, siguió asistiendo como alumno regular: presentó todos los trabajos y exámenes, y recibió calificaciones y certificados expedidos por sus profesores. A mitad de semestre, solicitó al Consejo Académico de la Universidad ser reconocido formalmente como estudiante, y que le certificaran la terminación de noveno y décimo semestre, ofreciendo el pago de las matrículas atrasadas. Sostenía que era acreedor a ese derecho porque la misma institución se lo concedió mediante “actos positivos”, al permitirle asistir a clases, presentar exámenes, y ejercer otros derechos académicos en la facultad. Ante la negativa del Consejo Académico, el estudiante acudió a la acción de tutela. La Corte Constitucional, confirmando la sentencia de primera instancia –que negó la tutela– aclaró que las directivas de los establecimientos educativos pueden exigir a los estudiantes un conjunto de requisitos razonables para la permanencia en la institución, pues el derecho a la educación está sometido en su ejercicio a las restricciones que los reglamenten, sin que se altere su espíritu. Y cita como ejemplos de requisitos razonables la exhibición de certificados de aprobación de los grados anteriores, el pago de los costos de matrícula en los plazos establecidos²¹¹, y el pago de sobre-costos por la mora. (Sentencia T-137 de 1994).

1.2.4. Las instituciones educativas no están autorizadas a imponer una sanción académica por una causa de carácter económico, para cuya solución existen vías adecuadas señaladas por la ley.

A un estudiante de una universidad privada que se encontraba en mora sobre algunos pagos de su matrícula, se le impidió la presentación de los exámenes finales hasta que no cancelara su deuda. El estudiante solicitó que se hicieran efectivos los pagarés que había firmado, y que efectuaran el cobro judicial, pero no se afectara su situación académica. Sin embargo, la universidad decidió fijar la nota de uno (1) para todos los exámenes de aquellos estudiantes que no los presentaron por falta de pago. En sentencia de revisión, la Corte examinó el contenido esencial del derecho a la educación, y concluyó que a todo estudiante, sin importar si se encuentra en el nivel de enseñanza básica, media o superior, se le violan sus derechos fundamentales

²¹¹ Sobre el tema, pueden consultarse las sentencias T-420 de 1999 y T-460 de 2002.

cuando por una causa económica se genera una calificación académica. (Sentencia T-425 de 1993).

La Corte ya había advertido en diversas sentencias²¹² que en materia educativa se generan dos tipos de relaciones distintas: una académica, que vincula al alumno con el establecimiento educativo incorporando la formación, la instrucción, las diversas formas de acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura (artículo 67 C. P.), así como la evaluación y el suministro de los índices de rendimiento (calificaciones, aprobación o improbación); otra económica, que se traba entre la institución y quien asume la responsabilidad de los costos que demanda el servicio. La relación académica no puede afectarse, al menos mientras culmina el período lectivo que se cursa, por factores externos a ella, como los económicos. Por ello, aun en caso de mora en el pago por parte del responsable, no es una conducta legítima²¹³ del establecimiento educativo para presionar el cumplimiento de la obligación pecuniaria imponer una sanción académica, *v. gr.*, impedir la presentación de exámenes finales, retener títulos, o no permitir la graduación²¹⁴. La defensa de los intereses económicos de los centros educativos no tiene por qué conducir a la vulneración del derecho a la educación, pues aquella debe promoverse por las vías judiciales ordinarias.

²¹² Pueden consultarse las sentencias T-612 de 1992 y T-425 de 1993.

²¹³ Según el artículo 45 del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no puede concederse contra actuaciones legítimas de un particular. Así lo explica la Corte Constitucional: “La conducta legítima del particular es, entonces, la que tiene respaldo en el ordenamiento jurídico vigente al momento de actuar. Si el juez la encuentra configurada al analizar los hechos que se someten a su consideración, sin que, por otra parte, se pueda establecer un ejercicio abusivo de sus derechos, no le está permitido conceder una tutela contra aquél, pues ello significaría deducirle responsabilidad por haberse ceñido a los mandatos que lo vinculaban.

Al contrario, probada la violación o la amenaza de un derecho fundamental como consecuencia del comportamiento ilegítimo del particular contra quien la acción se instaura, lo cual implica la certidumbre de que su conducta -positiva o negativa- contradice o ignora los mandatos constitucionales o se aparta de las prescripciones de la ley, o representa abuso, ha de otorgarse la protección judicial, con el fin de hacerle exigible, en el terreno práctico y con la efectividad suficiente, el adecuado cumplimiento del orden jurídico, salvaguardando a la vez las garantías constitucionales del accionante”. Sentencia T-017 de 1995. La sentencia T-354 de 2000 es un ejemplo de improcedencia de la acción de tutela por tratarse de conducta legítima de una institución educativa en un caso de conflicto entre el derecho a la educación de una estudiante y los derechos económicos del establecimiento.

²¹⁴ Ver sentencias T-515 de 1996, T-239 de 1998, y T-388 de 2001.

1.3. LA IGUALDAD DE TRATO Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO DERECHOS QUE PROTEGEN LA PERMANENCIA EN LA EDUCACIÓN

Sentencia T-532 de 1992

El núcleo esencial de este derecho [el libre desarrollo de la personalidad] protege la libertad general de acción, vinculada estrechamente con el principio de dignidad humana, cuyos contornos se determinan de manera negativa, estableciendo en cada caso la existencia o inexistencia de derechos de otros o disposiciones jurídicas con virtualidad de limitar válidamente su contenido. Es un derecho de status activo que exige el despliegue de las capacidades individuales, sin restricciones ajenas no autorizadas por el ordenamiento jurídico. Se configura una vulneración de este derecho cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia.

Para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado.

La igualdad de trato es el derecho a no ser discriminado en los establecimientos educativos por razones de sexo, edad, raza, opinión, nacionalidad, lengua, religión, opinión política o condición económica.

El libre desarrollo de la personalidad, aplicado en el ámbito educativo²¹⁵, es el derecho de todo estudiante de fijarse opciones de vida de conformidad con sus propias elecciones y anhelos, siempre que no abuse de su derecho ni vulnere los derechos de terceros, y respete el ordenamiento jurídico.

Ninguna institución educativa puede excluir a una persona del proceso educativo por el hecho de que ésta escoja libremente sus opciones como ser humano. Sin embargo, esta libertad no significa que deba aceptarse toda conducta como irrestrictamente buena o deseable. Se trata simplemente de aceptar comportamientos que no vulnere derechos de terceros, y puedan ser susceptibles de orientación, mas no de imposición. Las limitaciones al libre desarrollo que se impongan deben contar con un fundamento

²¹⁵ El derecho a la identidad personal como proyección del derecho al libre desarrollo de la personalidad puede estudiarse en el texto UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. *El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional*. En: *Investigación sobre Derechos Fundamentales*. Bogotá: MSD-USAID. 2001.

constitucional. Por eso, simples invocaciones del interés general o de los derechos ajenos no son suficientes para limitar tal derecho²¹⁶.

Las instituciones educativas no pueden imponer patrones estéticos determinados, ya que atentan sin fundamento contra el libre desarrollo de la personalidad. Aspectos como el color o largo de cabello, la forma del peinado, el maquillaje y adorno corporal, si no entorpecen la actividad académica ni alteran el cumplimiento de los deberes, y además pertenecen estrictamente al **fuero íntimo**, no pueden ser considerados motivos válidos que ameriten la expulsión de estudiantes de un centro docente, ni la imposición de sanciones que impliquen restricción a sus derechos²¹⁷.

1.3.1. Todos los estudiantes deben ser tratados por igual. Está prohibida la discriminación a estudiantes por convivir en unión libre, por estar en embarazo, por su opción sexual, por presentar limitaciones de aprendizaje, etc.

Una niña que cursaba noveno grado en una institución educativa decidió convivir en unión libre con su novio. La rectora del colegio, al tener conocimiento de estos hechos, decidió en reunión del consejo directivo que la alumna debía usar un uniforme diferente al de las demás estudiantes del centro docente, con base en el manual de convivencia²¹⁸. La menor de edad solicitó mediante acción de tutela que no fuera discriminada y se derogara la resolución por medio de la cual el consejo tomó dicha determinación. La Corte Constitucional amparó los derechos al libre desarrollo de la personalidad, igualdad, intimidad personal y familiar y a no ser objeto de tratos crueles, inhumanos y degradantes, pues las medidas de la institución educativa configuraron una forma de discriminación por haber decidido convivir en unión marital de hecho. En relación con el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, el alto Tribunal recordó que en numerosos pronunciamientos ha señalado la inconstitucionalidad de las normas que otorguen beneficios, impongan cargas u ocasionen perjuicios a personas o grupos de personas de manera diversificada e infundada. Exigir a la menor de edad el porte de un uniforme distinto al de las demás estudiantes del plantel constituye un acto discriminatorio, un trato desigual e injustificado dirigido a perjudicarla. Las instituciones educativas no pueden consagrar en sus manuales de convivencia normas que generen un trato desigual, carente de justificación, a estudiantes que han decidido formar una familia,

²¹⁶ Ver sentencia C-309 de 1997.

²¹⁷ Sentencia SU-641 de 1998 y T-871 de 2000.

²¹⁸ El artículo 17 del manual de convivencia del colegio consideraba como falta grave el “concubinato o unión libre”, y el artículo 19 preveía como sanción no permitir el porte de los uniformes de los estudiantes del colegio, sino la utilización de otro uniforme diferente y que el consejo directivo defina.

por la vía de la unión libre, por ser ésta una forma de composición de la familia que se encuentra amparada por la Constitución²¹⁹. (Sentencia T-516 de 1998)²²⁰.

1.3.2. La represión legítima de una opción personal debe tener lugar sólo frente a circunstancias que generen violaciones reales a los derechos de los demás o al ordenamiento, y no simplemente frente a vulneraciones hipotéticas o ficticias.

En numerosas decisiones de tutela²²¹, la Corte Constitucional ha considerado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene dos límites centrales: el ordenamiento jurídico, y los derechos de los demás. La represión con base en vulneraciones hipotéticas o ficticias a los derechos de los demás, o invocando el interés general no son argumentos legítimos que puedan sostener a la luz de la Constitución una restricción al derecho al libre desarrollo de la personalidad. En palabras de la Corte,

Si bien el libre desarrollo de la personalidad encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el ordenamiento jurídico, también exige de la sociedad una manifestación clara de tolerancia y respeto hacia aquellas decisiones que no controvierten dichos límites y son intrínsecas al individuo. Por esta razón, la represión legítima de una opción personal debe tener lugar exclusivamente frente a circunstancias que generen violaciones reales a los derechos de los demás o al ordenamiento jurídico, y no simplemente frente a vulneraciones hipotéticas o ficticias. Para “que la limitación al libre desarrollo de la personalidad sea legítima, por lo tanto, no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental. En consecuencia simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales, o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar el alcance de este derecho”. Tampoco estas restricciones pueden llegar a anular totalmente “la posibilidad que tiene la persona de construir autónomamente un modelo de realización personal. De allí el nexo profundo que existe entre el reconocimiento del pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad, ya que mediante la protección de la autonomía personal, la Constitución aspira ser un marco en el cual puedan coexistir las mas diversas formas de vida humana”²²².

²¹⁹ La Corte también ha tutelado el derecho a la educación en conexidad con el derecho a formar una familia a partir del vínculo matrimonial. En la sentencia T-813 de 2000 la Corte tuteló el derecho a la educación de un estudiante a quien se le condicionaba su derecho de permanencia en la Escuela Militar de Cadetes a que no se casara durante sus estudios.

²²⁰ Al respecto ver también la sentencia T-012 de 1999.

²²¹ Pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-532 de 1992, T-569 de 1994, y T-124 de 1998.

²²² Sentencia T-124 de 1998.

Al ponderar este derecho con el de las instituciones educativas a fijar un reglamento interno y un proyecto institucional, se ha insistido reiteradamente en la eficacia de los procesos educativos de formación de criterios personales en la toma de decisiones de vida, más que en los procesos unívocos de restricción y sanción. La función educativa a cargo de los padres y de las personas a quienes corresponda el cuidado del menor de edad demanda una justa y razonable síntesis entre la importancia persuasiva de la sanción y el necesario respeto a la dignidad del niño, a su integridad física y moral y a su estabilidad y adecuado desarrollo psicológico.

En ese orden de ideas, si bien los reglamentos o manuales de convivencia obligan a la entidad que los ha expedido y a sus destinatarios, no pueden desconocer los principios que emanan de la Constitución, sino que deben ser la expresión de dichas normas, porque regulan los derechos y deberes de los estudiantes dentro de la comunidad educativa.

Los reglamentos de las instituciones educativas no podrán contener (...) favorecer o permitir prácticas entre educadores y educandos que se aparten de la consideración y el respeto debidos a la privilegiada condición de seres humanos tales como tratamientos que afecten el libre desarrollo de la personalidad de los educandos, su dignidad de personas nacidas en un país que hace hoy de la diversidad y el pluralismo étnico, cultural y social principio de praxis general. Por tanto, en la relación educativa que se establece entre los diversos sujetos, no podrá favorecerse la presencia de prácticas discriminatorias, los tratos humillantes, las sanciones que no consulten un propósito objetivamente educativo sino el mero capricho y la arbitrariedad²²³.

1.3.3. El derecho a la imagen: las normas de centros educativos que impongan restricciones a la apariencia personal de los estudiantes son inconstitucionales, salvo que se demuestre que estas medidas buscan la protección o efectividad de un bien constitucional imperioso e inaplazable de mayor peso que el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Un niño alega, en acción de tutela, que la institución educativa en la que se encuentra vulneró sus derechos fundamentales a la educación y al libre desarrollo de la personalidad al prohibirle, bajo amenaza de suspensión, llevar el cabello largo y usar aretes, con base en el manual educativo del centro docente, que contenía como falta de conducta el uso del cabello largo por los hombres. La Corte Constitucional ordenó

²²³ Sentencia T-065 de 1993. Sobre el cumplimiento y límites de los manuales de convivencia pueden consultarse además las sentencias T-211 de 1995; T-476 de 1995, T-248 de 1996, T-366/97; y T-207 de 1998.

al colegio no prohibirle al menor de edad usar el cabello largo²²⁴, pues debido a que los manuales de convivencia de los centros educativos tienen que ajustarse a los preceptos de la Constitución, no se pueden aplicar normas que atenten contra el libre desarrollo de la personalidad:

En cuanto hace al vestido, la regla general es la libertad y el respeto por las distintas culturas, las condiciones climáticas, la capacidad económica y las preferencias individuales, a la vez que la excepción se encuentra en el acuerdo de la comunidad educativa para optar por un uniforme, sea por motivos económicos o vinculados a una especialización de la oferta educativa. El largo del cabello y la forma del peinado²²⁵, el maquillaje y el adorno corporal, así como el uso de accesorios hacen parte del derecho a la propia imagen, en cuyo ejercicio toda persona está facultada para decidir de manera autónoma cómo desea presentarse ante los demás, si acepta que su figura sea captada y difundida por los medios de comunicación cuando no se halla en un lugar público o abierto al público, si usa barba o bigote, si disimula o resalta determinada característica física, si usa o no las prendas que están de moda. (Sentencia SU-641 de 1998).

Las instituciones educativas no pueden imponer patrones estéticos determinados, ya que atentan sin fundamento alguno contra el libre desarrollo de la personalidad, pues esta circunstancia no es relevante para un proceso educativo en el que lo realmente valedero es el rendimiento académico del alumno. Por el contrario, una educación que esté dirigida a la formación en un Estado democrático y pluralista debe respetar el desarrollo individual de las personas en un marco de tolerancia y respeto²²⁶.

²²⁴ “Privar a un estudiante de la posibilidad de continuar recibiendo las clases que constituyen el pensum por negarse a llevar el cabello ‘arreglado y peluqueado normalmente sin ningún tipo de moda’, bajo el entendido de que prevalece ‘lo colectivo sobre lo individual’, es una sanción que no guarda la debida proporcionalidad frente a las metas primordiales inspiradoras del proceso educativo, y que se basa en una concepción que desconoce las prerrogativas que asisten al educando para desarrollar libremente su personalidad en un aspecto que, por ser, como se anotó, accidental, carece de las repercusiones que las autoridades académicas y los jueces de instancia le atribuyen en este caso. No es posible, en el caso examinado, dar por agotada la cuestión aduciendo que los hechos quedaron inexorablemente en el pasado; es todo lo contrario, obra en el expediente constancia de que los estudiantes debieron firmar un compromiso en virtud del cual fueron obligados a dejarse el cabello ‘normalmente, sin moda’, situación que corrobora la persistente violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y demuestra una amenaza de violación al derecho fundamental a la educación, pues basta el simple incumplimiento del compromiso para que los actores se vean enfrentados a una situación semejante a la que motivó el ejercicio de la acción de tutela”. Sentencia T-476 de 1995.

²²⁵ “La longitud de los cabellos o el tipo de corte no pueden resultar convertidos en requisito ineludible para gozar de los beneficios del derecho fundamental a la educación. No significa lo anterior que el educador deba resignar todos los esfuerzos que su noble misión le exige acometer, significa, simplemente, que los objetivos propios de la educación deben buscarse mediante los métodos que la misma pedagogía brinda y sin recurrir a medidas extremas que, al anular toda posibilidad educativa, quebrantan, adicionalmente, el libre desarrollo de la personalidad”. Sentencia T-248 de 1996.

²²⁶ “La presentación personal no puede convertirse en un fin *per se* que haya de perseguirse con todos los instrumentos del autoritarismo hasta el punto que aquellos renuentes a aceptarlo, como ocurre en el presente caso con la pauta concerniente a la longitud de los cabellos, autorice su marginamiento de los beneficios de la educación y, de consiguiente, del mismo derecho constitucional fundamental del

A esta doctrina constitucional, vigente desde la sentencia T-524 de 1992, y reiterada en diversos fallos²²⁷, le fue introducido un elemento novedoso que altera parcialmente la línea jurisprudencial a partir de la sentencia SU-642 de 1998: los centros educativos pueden establecer en sus manuales de convivencia obligaciones relacionadas con la longitud del cabello y la presentación personal de los alumnos si demuestran que buscan la protección o efectividad de un bien constitucional imperioso e inaplazable de mayor peso que el libre desarrollo de la personalidad. Para ello, la restricción debe ser sometida a un **juicio de proporcionalidad**²²⁸, con el fin de determinar si es acorde con la Constitución. Es el caso, por ejemplo, de una norma que obligue a los estudiantes a llevar el cabello corto para preservar la integridad física de los alumnos que correrían el riesgo de accidentarse en talleres y laboratorios de aprendizaje si tuvieran el cabello largo²²⁹. Con todo, el incumplimiento de estas normas no puede ser causal de exclusión del centro docente²³⁰.

1.3.4. La sola vigencia de normas discriminatorias consagradas en el manual de convivencia representa una amenaza real para el derecho a la

alumno. Si la institución considera que sus alumnos deben llevar sus cabellos a una longitud determinada, los instrumentos más adecuados para lograr este propósito son naturalmente los propios de la educación, así sus resultados sean más lentos y en ocasiones casi nulos. El verdadero educador no puede renunciar al uso de ellos sin desvirtuar el nobilísimo sentido de su misión”. Sentencia T-065 de 1993.

²²⁷ Sentencias T-476 de 1995, T-248 de 1996, T-207 de 1998, SU-641 de 1998 y SU-642 de 1998.

²²⁸ “En efecto, sólo aquellas limitaciones que tengan un explícito asidero en el texto constitucional y no afecten el núcleo esencial del anotado derecho son admisibles desde la perspectiva de la Carta Política. Empero, aquellas restricciones que se produzcan en la zona de penumbra del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad son susceptibles de ser controladas por el juez constitucional, quien deberá constatar, a través del denominado juicio de proporcionalidad, que éstas sean razonables y proporcionadas y, por ende, ajustadas a las normas del Estatuto Superior. El anotado juicio consiste en establecer si la medida limitativa persigue una finalidad constitucional, si es idónea respecto del fin pretendido, si es necesaria por no existir alternativa razonable menos limitativa de la libertad e igualmente eficaz y, finalmente, si el sacrificio a la autonomía resulta adecuado y estrictamente proporcional en relación con la finalidad pretendida. Adicionalmente, la intensidad del juicio de proporcionalidad será mayor en cuanto mayor sea la cercanía del ámbito en que se produce la restricción, con el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad”. Sentencia SU-642 de 1998.

²²⁹ Consulte la sentencia T-695 de 1999.

²³⁰ Sentencia T-889 de 2000. Sobre el tema de corte de cabello pueden consultarse también las sentencias T-248 de 1996, T-207 de 1998, T-021 de 1999, T-656 de 1999, T-658 de 1999, T-889 de 2000, T-1591 de 2000 y T-038 de 2002.

educación y al libre desarrollo de la personalidad de todos los estudiantes.

Una estudiante de quince años comenzó a convivir en unión libre. Dos meses después, algunos alumnos y funcionarios del centro docente donde estudiaba solicitaron su retiro a las directivas. Por esta situación, el Consejo estudiantil decidió desvincular a los estudiantes que se encontraran viviendo en unión libre, con base en las normas del manual de convivencia²³¹. La Corte Constitucional recordó que en jurisprudencia reiterada ha sostenido que las disposiciones del manual de convivencia que sancionen a quienes opten libremente por tener una relación amorosa²³², o por convivir –casados o en unión libre²³³– con otra persona, eran manifiestamente contrarias al derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que no pueden ser aplicables. Y agregó que no es necesario que estas normas se materialicen en actos concretos para que sea procedente la intervención del juez constitucional, pues la sola vigencia de esas normas representa una amenaza real para el derecho a la educación y al libre desarrollo de la personalidad. En el caso bajo examen, la amenaza no sólo es

²³¹ El manual establecía: “Artículo 1: Condiciones para ser estudiante del COLEGIO MIXTO DE BACHILLERATO ‘SAN LUIS BELTRAN’ (...) L. No tener problemas de embarazo, no haber contraído matrimonio, ni vivir en unión libre, antes ni después de matricularse.

CAPITULO SEXTO. FALTAS FUNDAMENTALES DE DISCIPLINA QUE AMERITAN PERDIDA DE CUPO O CANCELACION DE MATRICULA (...) ch). Aborto, unión libre, prostitución, homosexualismo, escándalo dentro y fuera de la institución”.

²³² “El Reglamento de Convivencia del colegio merece un serio reparo, en virtud de que al sancionar ‘cualquier manifestación amorosa’, como lo señala dicha regulación, desconoce irrazonablemente el derecho a la intimidad de los estudiantes y afecta, igualmente, los derechos a la libertad y al libre desarrollo de su personalidad. No toda forma de relación o manifestación amorosa puede ser censurable, de manera que al consagrarse como una prohibición absoluta, se niega toda viabilidad a las relaciones sentimentales, aún de aquéllas que se puedan calificar de discretas y que no tienen la virtud de afectar el rendimiento académico ni la disciplina adecuada para asegurar el cumplimiento de las diferentes actividades docentes y las complementarias a éstas que inciden en una buena formación y educación en los aspectos físico, síquico y cultural. Es decir, las relaciones amorosas entre estudiantes de por sí no pueden ser censurables desde el punto de vista disciplinario, sino en cuanto a que las manifestaciones externas de éstas puedan afectar de algún modo el rendimiento académico o la disciplina que se requiere para el cumplimiento de las actividades docentes”. Sentencia T-225 de 1997.

²³³ “Si una estudiante toma la decisión de escoger una opción de vida como puede ser la de definir un nuevo estado civil y vivir en unión libre con otra persona, y tales condiciones no entorpecen su actividad académica ni alteran el cumplimiento de sus deberes, no es razonable controvertir a través de los manuales de convivencia aspiraciones legítimas de vida de las personas o entrar a valorar la escogencia libre de otras personas respecto de las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia específica. Imposiciones que coarten a través del manual de convivencia opciones plausibles de vida en las personas como pueden ser la definición de un estado civil o la decisión de vivir con un compañero permanente, conducen a la violación injustificada del derecho al libre desarrollo de la personalidad e incluso a la educación. Al ser esta una opción perteneciente estrictamente al fuero íntimo de la persona y no perturbar las relaciones académicas en sí mismas consideradas, no puede ser por consiguiente causal de expulsión del centro educativo”. Sentencia T-015 de 1999.

real, sino además clara y presente, ya que el paro de estudiantes y funcionarios, así como el acta del Consejo Estudiantil, han presionado la desvinculación de las estudiantes que conviven en unión libre, lo que hace imperativo conceder la tutela, ordenando la inaplicación de las normas violatorias de la Constitución. (Sentencia T-272 de 2001).

La Corte, en casos en los que se aplican efectivamente este tipo de normas mediante la imposición de sanciones académicas o disciplinarias, el retiro del establecimiento educativo, o acuerdos que condicionen el derecho a la permanencia de la persona a que regrese a la casa de sus padres o contraiga matrimonio²³⁴, ha ordenado la corrección de estas medidas, *v. gr.*, disponiendo el reintegro del estudiante.

1.3.5. Las instituciones educativas pueden imponer requisitos de ingreso a sus instalaciones si los comunica previamente al alumnado y no desconoce derechos constitucionales fundamentales. La imposición del uso obligatorio del uniforme no viola por sí solo el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Estudiantes de bachillerato de la jornada nocturna de una institución educativa acudieron a la acción de tutela porque el colegio decidió exigir el uso de uniforme para asistir a clases, sin tener en cuenta que la mayor parte del alumnado trabaja durante el día, lo que dificulta el cumplimiento de este nuevo requisito. Agregan que el coordinador del plantel ha negado el ingreso a quienes no visten el uniforme, y consideran que esto vulnera su derecho a la educación. La Corte concluyó que las obligaciones de este tipo no violan por sí solas ningún derecho fundamental. Los centros docentes pueden adoptar reglamentaciones que aseguren un régimen disciplinario o de seguridad que haga necesario imponer la obligación de llevar vestido uniforme, o prendas para procedimientos de riesgo o experimentación, pero

²³⁴ “Las directivas del Colegio cuestionaron severamente la decisión de la actora, mujer mayor de edad, que decidió constituir de hecho su propia familia, la cual, valga decirlo, está amparada por la misma Constitución. En este caso, no sólo se repudió a la actora por su decisión, la cual se consideró inmoral, sino que se condicionó su permanencia en el colegio al cumplimiento de ‘un convenio’, casarse o volver con sus padres, que desde cualquier punto de vista desconoce el debido respeto a la dignidad, como principio fundante del Estado, y viola sus derechos a la a la intimidad, entendida como un estadio de la conciencia ajeno por completo al ámbito jurídico, y al libre desarrollo de la personalidad, la cual, según lo expresado por esta misma Corte, se entiende como ‘la libertad general de hacer o no hacer lo que se considere conveniente’. (...)”

El colegio demandado, al cancelar la matrícula de la actora, la colocó en condiciones de inferioridad respecto de sus compañeros, no sólo por someterla al cuestionamiento generalizado y al ‘escarnio público’ por hechos presuntamente contrarios a la moral, sino por pretender condicionar su permanencia en la institución al cumplimiento, no solo de los requisitos académicos y disciplinarios que señalan la ley y el reglamento, sino de un ‘convenio’ que desconoce el más mínimo respeto a la intimidad y a la autodeterminación”. Sentencia T-377 de 1995.

deben tener en cuenta las realidades sociológicas y la capacidad económica de los educandos.

Para la Corte, pueden existir normas excepcionales en los manuales de convivencia para alumnos que se encuentren en situaciones que permitan eximirlos del uso de uniformes u otros implementos, si no se pone en riesgo su seguridad, *v. gr.* la incapacidad económica, la edad, o el porte de uniforme de trabajo. En el caso concreto, la Corte advirtió que la imposición del uniforme obedeció a la necesidad de identificar al personal estudiantil para evitar problemas de inseguridad e impedir que personas ajenas ingresen al establecimiento, argumento que consideró razonable y por ello negó el amparo. (Sentencia T-307 de 1994).

1.4. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES

El debido proceso en la imposición de sanciones es el derecho de todo estudiante a que se reconozca y observe el procedimiento previamente definido a la adopción de una sanción contemplada en el reglamento. Toda sanción debe ser proporcional a la falta que se comete, y debe partirse de la presunción de inocencia.

La imposición de sanciones no puede considerarse como violatoria de los derechos fundamentales de las personas, siempre y cuando no se comprometa con ellas el debido proceso.

Sentencia T-1032 de 2000

Toda imposición de sanciones, inclusive en los centros docentes, debe estar precedida de la realización de un procedimiento donde se permita al implicado el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción. Es un principio universalmente reconocido que la garantía del debido proceso ha sido establecida a favor de la persona, cuya dignidad exige que si se deducen en su contra consecuencias negativas derivadas del ordenamiento jurídico, tiene derecho a que se le oiga y se examinen y evalúen las pruebas que obran en su contra y también las que constan en su favor. Además, para que la protección a este derecho sea efectiva, es necesario que cada uno (sic) de las etapas procesales estén (sic) previamente definidas, pues, de lo contrario, la imposición de sanciones queda sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los implicados. Esta previa definición de los procedimientos que constituyen el debido proceso, se configura por lo tanto, en la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momento la conducta de quien ejerce la función de imponer sanciones se convierte en ilegítima, por desconocerse lo dispuesto en las normas.

1.4.1. Antes de aplicar una sanción a un estudiante, las instituciones educativas deben brindarle la oportunidad para presentar pruebas y ejercer su derecho de defensa.

Una institución de educación superior había decidido cancelar dos materias del pensum de una carrera al considerar que un acuerdo entre los profesores y estudiantes de esas asignaturas para cambiarlas de horario alteraba la organización dispuesta por la universidad, y en consecuencia estaba en contra de las obligaciones establecidas por el reglamento. Esta decisión fue tomada sin darle la oportunidad a los implicados para rendir sus descargos ante la instancia que tomó la decisión. La Corte manifestó que es legítimo que en todo establecimiento educativo exista una autoridad disciplinaria que revise las conductas de los miembros de la institución consideradas como violatorias del reglamento. Sin embargo, el alumno tiene derecho a²³⁵:

- Que se dé cumplimiento a los trámites señalados en el manual o reglamento, en orden a garantizar su defensa y la observancia del debido proceso, antes de ser sancionado.
- Tener ocasión adecuada para responder a los cargos que se le imputan y ser escuchada su versión de los hechos.
- Presentar pruebas en apoyo a sus afirmaciones y controvertir las que se esgrimen en su contra
- Poder hacer uso de los recursos procedentes contra el acto mediante el cual se lo sanciona.

Del material probatorio allegado, la Corte concluyó que en realidad resultó vulnerado el derecho al debido proceso, ya que a los inculpados no se les dio real y eficaz posibilidad para ser oídos en descargos antes de ser sancionados. En consecuencia, ordenó a la institución rehacer el proceso disciplinario adelantado contra el grupo de estudiantes y profesores y hacer efectivo el derecho de defensa conculcado a los presuntos responsables. (Sentencia T-493 de 1992).

1.4.2. Los estudiantes deben ser sancionados con medidas que sean proporcionales a la gravedad de las faltas cometidas.

²³⁵ Sentencia T-492 de 1992.

Una niña ingresó a un colegio al grado noveno. A pesar de su excelente rendimiento académico, el Consejo Directivo de la institución tomó la decisión de negar la permanencia de la menor de edad, arguyendo que incurría reiteradamente en actos de indisciplina, usaba maquillaje inadecuado y se pintaba las uñas, portaba el uniforme como quería, y sus padres no habían cancelado las obligaciones patrimoniales por tres períodos consecutivos. La Corte, tras advertir que la cancelación del cupo no estuvo precedida de un procedimiento ni una audiencia donde la estudiante hubiera podido rendir descargos, controvertir las pruebas allegadas en su contra y presentar las que estimase pertinentes en su favor, concluyó que la imposición de la grave sanción sin el cumplimiento de las garantías procesales mínimas obedeció a que el colegio acumuló, si todas ellas se cometieron, una serie de faltas, y procedió a decidir unilateralmente. El manual de convivencia de la institución no distingue con claridad las faltas leves de las graves, por lo que las sanciones no se derivan de un ejercicio lógico a partir de unas reglas preestablecidas. La mayoría de las conductas que se atribuyen a la menor de edad son faltas leves, que deben sancionarse con medidas que guarden una razonable proporción con la gravedad de las faltas cometidas, no con la expulsión²³⁶. (Sentencia T-944 de 2000).

1.4.3. Prescindir del procedimiento regular para imponer una sanción a un estudiante es contrario a la Constitución.

Dos menores de edad escondieron la maleta a una de sus compañeras. Posteriormente, la dueña de la maleta descubrió a las responsables, y se hicieron amenazas mutuas. Al día siguiente dos de las alumnas implicadas se agredieron fuera de las instalaciones del colegio. Enterados de dicha situación, las directivas del colegio procedieron a sacarlas de clases y expulsarlas de la institución, sin el agotamiento de un trámite disciplinario y sin derecho de defensa, debido a que el manual de convivencia establece que el procedimiento general de imposición de sanciones puede ser ignorado por las directivas cuando consideren que la falta cometida por el estudiante es calificada como grave²³⁷. La Corte, después de aclarar

²³⁶ “[N]o existiría proporcionalidad en imponer sanciones que dieran como resultado perder el cupo en el colegio por razones de pelo largo o apariencia, o no poder acceder a clases dentro del plantel, porque se desconocería con ello los fines generales de la educación y la totalidad de razones expuestas con anterioridad que justificaron el límite, desvirtuando la necesidad de formación integral del individuo y optando por el método fácil de la desvinculación académica, que lesiona abiertamente uno de los postulados educativos fundamentales consagrados en la Constitución, como es el deber del Estado de garantizar ‘la permanencia’ de los menores ‘en el sistema educativo’ (Artículo 67) y el cumplimiento de los fines mismos de la educación”. Sentencia T-124 de 1998.

²³⁷ El último inciso del numeral 7.2. del manual de convivencia del colegio señalaba que: “En caso de falta, teniendo matrícula en observación, o considerada grave contemplada o no en este manual se procederá a la máxima sanción correspondiente sin necesidad de cumplir los pasos anteriores”.

que los manuales de convivencia o reglamentos internos de los establecimientos educativos se encuentran sujetos a los derechos, principios y valores de carácter constitucional, concluyó que el manual de convivencia de ese establecimiento educativo, al establecer la posibilidad de obviar en su integridad el procedimiento regular que debe seguirse para imponer una sanción a un estudiante, viola abiertamente el derecho al debido proceso, de defensa y de educación. En estos casos, el juez de tutela debe ordenar la inaplicación de esa cláusula del manual de convivencia y que el establecimiento educativo inicie el procedimiento regular para la imposición de sanciones, garantizando así el derecho de defensa de los estudiantes. (Sentencia T-880 de 1999)²³⁸.

1.4.4. La revisión de notas por parte de un profesor debe hacer parte de un proceso que termine con una decisión motivada de su parte.

La madre de una menor de edad interpuso acción de tutela considerando que se vulneró el derecho a la educación de su hija, por parte de un profesor del establecimiento educativo en el que ella estudia. El docente puso como tarea escolar la compra de un diario de circulación nacional, la lectura de uno de los artículos en él contenidos y su exposición en clase. La niña, aunque hizo la exposición del artículo, calificada por el profesor con nota de siete, no llevó el diario a clase, lo que le mereció una nota de uno. Esta última nota la llevaba a perder la materia y el año lectivo (pues también había reprobado otras dos materias). La Corte precisó que no se puede castigar a un alumno por no tener los textos de clase.

En desarrollo de la libertad de cátedra, los planteles educativos deben permitir que los profesores determinen libremente la forma en que consideran debe exponerse la materia y realizarse las evaluaciones, pero esta decisión debe ser comunicada a las directivas con el fin de velar por la calidad, el cumplimiento en las labores docentes, y la mejor formación intelectual de los educandos. La autonomía del profesor es limitada porque no puede ir hasta extremos de irracionalidad, como sería el caso de una calificación contraevidente, ya que esto atenta directamente contra el derecho a la verdad, al configurarse un arbitrio injustificado, un libertinaje académico que no puede ser tenido como legítimo bajo ningún aspecto.

Cuando el estudiante cree que hay arbitrariedad, puede acudir ante el profesor y pedir la revisión de la nota. El derecho al debido proceso es un límite a la autonomía del profesor, porque el alumno tiene derecho a que su inconformidad con la nota dé lugar a un proceso de revisión transparente de la misma. Este proceso debe terminar con

²³⁸ Sobre el tema de cancelación de matrícula con vulneración del debido proceso también pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-256 de 1993, T-377 de 1995, T-024 de 1996, y T-307 de 2000.

una decisión positiva o negativa de parte del profesor, y únicamente de parte de él, sobre la inquietud que se le plantea, motivada por razones objetivas que deben ser expresadas de manera clara. Por esta razón, es inadmisibile que se ordene anular una nota porque así lo acordaren el Rector y unos funcionarios de la Secretaría de Educación, sin que tal determinación obedezca a un reglamentario trámite que se inicia con la reclamación del alumno antes de que la nota se registre. Después de pasados los resultados a la Secretaría del plantel, la nota no podrá cambiarse, a no ser que el reglamento, en casos muy excepcionales, lo permita o que se haya violado el debido proceso. En virtud a que en el caso bajo examen el profesor no había dado respuesta expresa y motivada a la alumna sobre la calificación, la Corte amparó el derecho al debido proceso de la menor de edad y ordenó al docente finalizar el proceso de revisión de la nota, dando una respuesta motivada y escrita a la reclamación. (Sentencia T-314 de 1994).

2. SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO A LA PERMANENCIA

Este acápite analiza el derecho a la permanencia en el sistema educativo de algunos sujetos que por su condición de debilidad manifiesta o marginación histórica son acreedores de una especial protección por parte de la sociedad, el Estado y la comunidad internacional.

A lo largo de la historia ha sido constante la discriminación en el sistema educativo para las niñas y niños en situación de discapacidad. Entre otros criterios de exclusión utilizados se menciona la imposibilidad de estos niños de adaptarse a las condiciones de las instituciones educativas. El estereotipo del menor con discapacidad ha contribuido además a perpetuar la idea de su incapacidad para superar los niveles de educación, con lo que, una vez logrado su acceso al sistema educativo, su permanencia es cotidianamente amenazada. Y si se trata de una niña, un indígena o un afrocolombiano, la discriminación puede ser múltiple y las posibilidades de interrupción de sus estudios aumentan de manera considerable.

Por estas razones, Naciones Unidas ha puesto notable interés en el derecho a la permanencia de los niños con discapacidades en el sistema educativo, y la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación ha incluido como prioridad entre las obligaciones de adaptabilidad la obligación estatal de garantizar que las escuelas se adapten al niño en situación de discapacidad, y no a la inversa.

Adicionalmente, en este aparte se prestará atención especial a otros sujetos con protección reforzada cuya permanencia en el sistema educativo es vulnerada por otros factores de discriminación, como los derivados de las realidades socio económicas de la mayoría de países en vías de desarrollo. Es el caso de los niños trabajadores.

La pobreza obliga a las niñas y niños a participar activamente en la consecución de recursos para la subsistencia del núcleo familiar o para su propia supervivencia. Para un gran número de niños trabajadores, esto significa tener que desertar del sistema educativo y marginarse del mismo, por lo menos, en el corto y mediano plazo. La creciente movilización global para la eliminación del trabajo infantil ha fijado su atención en el problema de desescolarización, que vulnera el derecho a la permanencia de las niñas y niños en el sistema educativo.

Finalmente, en este aparte también se analizará el derecho a la educación de la mujer en estado de embarazo, por tratarse de uno de los sujetos más vulnerables en lo tocante a la permanencia en el sistema educativo, no sólo por el alto riesgo de ser

expulsada de la institución, sino por los mecanismos de escolarización especial que los centros educativos emplean para retirar a la menor de sus instalaciones físicas.

2.1. EL DERECHO A LA PERMANENCIA DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD O CON HABILIDADES EXCEPCIONALES

Si existe un tema educativo sobre el que no se haya logrado un consenso entre los expertos del sector, es en la conveniencia de permitir el acceso a niños en situación de discapacidad a instituciones educativas no especializadas en su atención. Una corriente inclusiva ha defendido la necesidad de adaptar los centros educativos para brindar la educación que estos niños requieren²³⁹. La visión opuesta considera que la educación especial es indispensable en cuanto forma particular de abrir la puerta a una vida individualmente productiva y socialmente útil a quienes padecen de limitaciones.

Las discusiones en diversos tribunales del mundo no han conducido a resultados homogéneos. En algunos Estados se ha concluido que garantizar el acceso de los menores discapacitados a la educación ordinaria implica incurrir en altos costos, que reducen la capacidad para atender a más niños y atrasan la actividad académica. Además argumentan que los menores de edad pueden sufrir daños al entrar en contacto cotidiano con niños que no tienen esas limitaciones, ya que pueden ser objeto de burlas u otra clase de problemas que les causen perjuicio. En la otra orilla, están quienes consideran que la educación especial fomenta y perpetúa por toda la vida del niño la segregación y la discriminación. Esta problemática es explicada por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación en su informe sobre el derecho a la educación en los Estados Unidos:

La inclusión de la discapacidad en la legislación en materia de derechos humanos hizo necesario revisar el concepto de la no discriminación. Las personas con discapacidades se ven desfavorecidas por el hecho mismo de su minusvalía. Las promesas de derechos iguales carecen de sentido, y hasta son hipócritas, si no se eliminan esas desventajas. En la educación ello se traduce en costos más elevados de escolaridad debido a los materiales auxiliares de la enseñanza o a una relación más elevada en el número de alumnos por maestro. Mientras que el costo anual medio de la educación de un niño

²³⁹ “La educación de las personas discapacitadas en entornos integrados corresponde a las autoridades docentes a partir de planes de estudio flexibles y políticas no excluyentes sino que favorezcan servicios de apoyo adecuados. La educación especial se justificaría cuando no se haya logrado la adecuación necesaria del sistema educativo, y sólo con el propósito de preparar a las personas con discapacidad para desenvolverse con independencia y ejercer sus derechos en entornos integrados”. COMITÉ CONSULTIVO NACIONAL DE DISCAPACIDAD. *Discapacidad y Derecho. Lineamientos normativos para la equiparación de oportunidades*. Santa Fe de Bogotá: Vicepresidencia de la República, 1996. p. 3.

puede fijarse, por ejemplo, en 4.814 dólares, para un niño discapacitado esta cifra supera fácilmente los 30.000 dólares. Tal quintuplicación del costo de la educación es la manzana de la discordia en los Estados Unidos porque la financiación requerida se percibe como un juego de suma cero en que los fondos adicionales para los niños discapacitados se traducen en una pérdida para los otros niños.

El papel de la educación en la socialización de los niños exige dar prioridad a la inclusión frente a la segregación. En las memorables palabras del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, “las instalaciones educacionales separadas son intrínsecamente desiguales”. La segregación racial es difícil de eliminar, pero la segregación de los niños con discapacidades es difícil incluso de combatir. El costo que supone corregir las desventajas y la discapacidad se enfrenta con una constante oposición, tanto en el plano nacional como a nivel internacional²⁴⁰.

La Relatora Especial también estudia el problema de los costos de la educación para los niños discapacitados en su informe anual de 2002:

Para superar la exclusión y la discriminación se necesita inevitablemente una financiación pública adecuada y continua. Para proporcionar educación a los niños con discapacidades es posible que sea necesario aumentar la relación profesores-alumnos de 1:30 a 1:5, o incluso a 1:2, con lo que se incrementará de manera significativa el coste de la educación. Un ejemplo de ello lo constituyen dos argumentos referentes a los niños con discapacidades. El primero de ellos afirma y especifica los derechos que deberían tener estos niños, con lo que se crea un marco conceptual atractivo basado en la igualdad de derechos y en el interés superior de todos y cada uno de los niños, y añade que las escuelas deberían adaptarse a todos los niños en vez de rechazar a los que se etiquetan como “difíciles de educar”. El segundo reconoce abierta y honestamente que “la razón por la que tantos alumnos con discapacidades no asisten a las escuelas ordinarias es que las escuelas ordinarias no son capaces de satisfacer sus necesidades”²⁴¹. El motivo es la insuficiencia de los recursos -espacio, tiempo, personal docente, material didáctico y de aprendizaje- que la estrechez presupuestaria y la competitividad cada vez mayor están empeorando. Sin embargo, la denegación de la educación rara vez se basa únicamente en el coste²⁴².

En Colombia, la Corte Constitucional ha considerado que el problema central de la educación especial es determinar si promueve condiciones para que la igualdad de oportunidades sea real o, por el contrario, favorece en algún grado la discriminación y

²⁴⁰ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Derechos económicos, sociales y culturales. Informe presentado por la Sra. Katarina Tomaševski, Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación.* Misión a los Estados Unidos de América 24 de septiembre a 10 de octubre de 2001. 17 de enero de 2002. E/CN.4/2002/60/Add.1 Párrafos 32 y 33.

²⁴¹ Hegarty, S., *Educating Children and Young People with Disabilities. Principles and the Review of Practice*, UNESCO, París, [sin fecha], pág. 49. Citado en: **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Informe anual 2002, op. cit.* Párrafo 43.

²⁴² *Ibid.*

el marginamiento de personas con debilidades manifiestas. La solución ofrecida por la Corte es darle a la educación en establecimientos especiales un carácter excepcional, dado que, en principio, es considerada como una medida segregacionista:

En efecto, como lo han destacado sus intérpretes, la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos sugiere una cadena de causas digna de señalar, a saber: la segregación engendra sentimientos de inferioridad que se traducen en una baja motivación para aprender y luego en bajos resultados y poco éxito en la vida.

Sin pretender que estos planteamientos sean válidos también estrictamente en el ámbito nacional, es lo cierto que ellos deben ser tenidos en cuenta cuando se elaboren programas educativos que conlleven los efectos nocivos de la separación o aislamiento de los niños de aquellas experiencias educativas propias del mundo de la “normalidad”. No puede negarse que la educación especial responde a veces a las mejores intenciones y propósitos de ayudar eficazmente a los niños a superar sus dificultades. Pero la separación o aislamiento pueden engendrar sentimientos de inferioridad, con todas sus previsibles secuelas negativas.

En estas condiciones, la educación especial ha de concebirse sólo como un recurso extremo para aquellas situaciones que, previa evaluación científica en la cual intervendrán no sólo los expertos sino miembros de la institución educativa y familiares del niño con necesidades especiales, se concluya que es la única posibilidad de hacer efectivo su derecho a la educación. Por tanto, la educación especial no podrá nunca servir de instrumento para la negación del derecho constitucional prevalente de acceso y permanencia en el sistema educativo que hoy tienen los niños colombianos²⁴³.

Sobre el tema, la Corte ha fijado las siguientes subreglas²⁴⁴:

- a. La acción de tutela es un mecanismo judicial idóneo para la protección del derecho a la educación de los menores discapacitados.
- b. La educación especial se concibe como un recurso extremo, esto es, se ordenará a través de la acción de tutela sólo cuando valoraciones médicas, psicológicas y familiares la consideren como la mejor opción para hacer efectivo el derecho a la educación del menor.
- c. Si está probada la necesidad de una educación especial, esta no puede ser la excusa para negar el acceso al servicio público educativo.
- d. En caso de que existan centros educativos especializados y el menor de edad requiera ese tipo de instrucción, esta no sólo se preferirá sino que se ordenará.

²⁴³ Sentencia T-429 de 1992.

²⁴⁴ Sentencia T-620 de 1999.

- e. Ante la imposibilidad de brindar una educación especializada, se ordenará la prestación del servicio público convencional, hasta tanto la familia, la sociedad y el Estado puedan brindar una mejor opción educativa al niño con discapacidad.

2.1.1. El derecho a la educación especial de los menores de edad con habilidades excepcionales es fundamental y la acción de tutela es un mecanismo judicial idóneo para su protección.

Varios niños estudiaban en un instituto especial, en razón a que sus talentos y capacidades excepcionales hacían necesarios ciertos programas educativos especiales diseñados para sus capacidades intelectuales. Sin embargo, debieron retirarse del plantel porque sus padres no pudieron cancelar las matrículas y pensiones. A pesar de haber acudido a diferentes entidades estatales, ninguna ha cumplido con la obligación de financiar o subsidiar la educación especial que requieren, siendo ello una obligación del Estado (inciso 6° del artículo 68 de la C. P.). Acudieron a la acción de tutela para que el Estado les garantice el derecho a la educación especial, pues la desescolarización forzosa les trajo graves problemas de orden intelectual, desadaptación al medio y atrofia de sus capacidades.

Para establecer la procedencia de la acción, la Corte analizó si es posible considerar que el derecho a la educación especial de los menores con habilidades excepcionales constituye ciertamente un derecho fundamental, y con base en lo anterior determinar el alcance de la obligación del Estado de garantizar la educación de los menores de edad con capacidades y talentos excepcionales, conforme al mandato constitucional del artículo 68. El artículo 13 de la Constitución señala como deber del Estado proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física y mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, lo que es absolutamente armónico con el inciso final del artículo 68, al referirse a la educación de personas con limitaciones físicas o mentales²⁴⁵. Pero también esta disposición establece como obligación especial del Estado la educación de las personas con capacidades excepcionales, configurándose un derecho fundamental específico que puede ser exigido por quienes acrediten capacidades cognitivas superiores a las comunes y posean méritos suficientes para acceder y permanecer dentro del sistema de educación especial. Si la Constitución otorga un trato diferenciado para los niños y

²⁴⁵ “Aparte del tratamiento de favor que debe dispensarse al niño, en cualquier proceso social, en el presente la consideración de disminuido psíquico del menor suponía un trato todavía más especial (CP arts. 13, 47 y 95-2). El niño que sufre retardo mental, a la situación de indefensión propia de su edad y condición agrega la derivada de su defecto psíquico y, por consiguiente, plantea a la sociedad la máxima exigencia de protección. La Constitución impone, consciente de esta circunstancia, deberes concretos a los padres, docentes, miembros de la comunidad y autoridades públicas, que se enderezan a la ayuda y protección especial al menor disminuido físico o mental, de modo que se asegure su bienestar, rehabilitación y se estimule su incorporación a la vida social”. Sentencia T-298 de 1994.

las niñas que por su condición física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta²⁴⁶, nada obsta para que igual argumentación se emplee frente a las personas con habilidades superiores²⁴⁷. (Sentencia SU-1149 de 2000).

2.1.2. El derecho a la educación especial es un recurso extremo. Se ordenará a través de acción de tutela sólo cuando hayan razones científicas que la hagan imperiosa.

Un niño de 11 años de edad con limitaciones físicas y dificultades de motricidad fina, con la ayuda de su familia y terapeutas, logró cursar estudios en el nivel preescolar y los tres primeros grados de primaria. Debido al traslado de su residencia familiar, y para facilitar la movilización del niño en silla de ruedas, la madre del menor tuvo que solicitar a una institución educativa del sector el ingreso al grado cuarto. A pesar de que el niño logró aprobar el examen de admisión para el grado segundo, el colegio mantuvo por varios meses la indefinición respecto de la orden de matrícula, lo que obligó a la madre a instaurar acción de tutela. Con el fallo del juez se ordenó a la entidad dar respuesta en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, y el colegio informó a la madre del menor que no había sido admitido, aduciendo que el niño requería educación especial y personalizada de educadores especializados. También argumentó que existían problemas locativos, pues el colegio carece de barandas, rampas o ascensores para el desplazamiento de menores de edad en silla de ruedas al interior del colegio.

La Corte, al analizar el caso, concluyó que la dilación y posterior renuencia de las directivas del establecimiento educativo a matricular al niño, no obstante haber permitido su inscripción y haber aprobado el examen, vulnera el derecho a la educación, porque su negativa se sustenta en elementos subjetivos no respaldados por criterios científicos que demuestren la imperiosidad de educación especial. De las pruebas aportadas al proceso se desprende, por el contrario, que el menor de edad

²⁴⁶ Si se trata de un menor con disminución física, éste tiene derecho a recibir atención especializada porque se encuentra en condición de debilidad manifiesta. El artículo 47 de la Constitución Política consagra que “los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos tienen derecho a que el Estado adelante una política de previsión, rehabilitación e integración social en su favor, y a que se les preste la atención especializada que requieran”. Sobre este punto, puede consultarse la sentencia T-179 de 2000.

²⁴⁷ Al encontrar que las entidades estatales no contemplan planes reales para financiar la educación especial, la Corte ordenó dar cumplimiento al artículo 14 de la Ley 115 de 1994 y conceder subsidios a menores con capacidades excepcionales cuando la familia carezca de recursos económicos para sufragar la educación y se implemente un sistema que permita diseñar una política y acciones para lograr el objetivo trazado. Ordenó al Ministerio de Educación Nacional y al ICETEX que implementen un sistema de financiación de educación para los menores que posean talentos o cualidades excepcionales, con ciertos principios que se describen en el fallo.

puede acceder al sistema educativo normal. Frente al tema de la dificultad de desplazamiento, la Corte consideró que puede superarse con la colaboración de los familiares y la comunidad educativa del establecimiento educativo. A los niños con problemas físicos no se les puede negar el acceso a la educación formal con el simple argumento de que requieren ayuda para desplazarse dentro del plantel u otras razones de carácter locativo²⁴⁸. La educación especial se concibe como un recurso extremo²⁴⁹, lo que significa que sólo cuando se tengan evaluaciones psicológicas y médicas que la consideren como la mejor opción para hacer efectivo el derecho a la educación del menor de edad, el juez constitucional debe ordenarla. La Corte ordenó al colegio que le permita ingresar al infante como asistente al segundo grado por el resto del año, y que sea matriculado a comienzos del siguiente. (Sentencia T-513 de 1999).

2.1.3. Aunque esté probada la necesidad de educación especial, ésta no puede ser excusa para negar el acceso a la educación ordinaria. Si no existe establecimiento educativo especializado, el menor de edad debe recibir educación ordinaria. Si el centro existe, y el menor de edad lo requiere, es deber del juez de tutela ordenar que se imparta educación especial.

Después de varios exámenes psicológicos se estableció que un menor de edad presenta un retardo en su desarrollo mental, pues aunque su edad cronológica es de 12 años, su edad mental es de 5 años. Entre 1995 y 1997, el niño cursó primero de primaria en un colegio privado, pero tuvo que retirarse por problemas económicos. En 1998, la madre del menor solicitó el ingreso de su hijo a una escuela oficial, pero le fue negado por falta de cupos. En 1999, la madre presentó nuevamente la solicitud para el ingreso a primero de primaria, pero en esta oportunidad le fue negado aduciendo que el menor requería educación especial, la cual no podía brindarle la institución. Por esta razón, la madre del menor presentó acción de tutela para solicitar que la escuela oficial accionada permitiera el ingreso de su hijo al curso primero elemental. La Corte, después de advertir que no todos los derechos y garantías constitucionales de las personas con limitaciones son de aplicación inmediata (pues algunas garantías

²⁴⁸ Sobre el punto, puede consultarse también la sentencia T-1639 de 2000, en la que la Corte ordenó a una entidad educativa programar actividades académicas en aulas a las que pueda acceder un minusválido sin poner en riesgo su vida.

²⁴⁹ “La educación especial ha de concebirse sólo como un recurso extremo para aquellas situaciones que, previa evaluación científica en la cual intervendrán no sólo los expertos sino miembros de la institución educativa y familiares del niño con necesidades especiales, se concluya que es la única posibilidad de hacer efectivo su derecho a la educación. Por tanto, la educación especial no podrá nunca servir de instrumento para la negación del derecho constitucional prevalente de acceso y permanencia en el sistema educativo que hoy tienen los niños colombianos”. Sentencia T-429 de 1992.

como las políticas de previsión, rehabilitación e integración social²⁵⁰ son programáticas), y luego de recordar que los menores con limitaciones físicas y mentales tienen una protección cualificada en materia de acceso y permanencia²⁵¹ a la educación, concluyó que la educación especial no puede convertirse en un motivo de discriminación, sino que por el contrario debe representar un instrumento eficaz e idóneo para promover las condiciones de equidad real y efectiva²⁵². Cuando no existan instituciones educativas que presten servicios educativos especiales, el juez de tutela debe ordenar la prestación del servicio público convencional, hasta que el Estado, la familia y la sociedad puedan proporcionarle al menor la educación especializada que requiere. Pero si existen tales establecimientos, el juez de tutela no sólo debe preferir este tipo de instrucción, sino que es su obligación ordenarla. (Sentencia T-620 de 1999).

2.1.4. Las instituciones educativas, así no sean especializadas, deben asumir la responsabilidad de educar a los niños hiperactivos o con déficit de atención.

Los padres de un niño adoptivo lo matricularon al grado de transición de un establecimiento educativo. Algunos profesores notaron ciertas características de hiperactividad en el menor de edad, y en lugar de manejar adecuadamente el problema, afectaron su autoestima, lo estigmatizaron, y le impusieron castigos que generaron en el niño conductas agresivas y aislamiento. Cursando el primer grado, la rectora les comunicó a los padres por escrito que las directivas habían decidido no

²⁵⁰ Artículo 47 Constitución Política.

²⁵¹ “La decisión de separar a un menor del servicio educativo especial que se le viene prestando, máxime si se trata de alguien que pertenece a una familia de escasos recursos económicos, no puede adoptarse de manera unilateral por el Instituto a cuyo cargo ha sido confiado aquel, a no ser que medie una causa razonablemente justificada. Si esto es cierto en el caso de instituciones privadas, con mayor razón se predica de entidades oficiales como la aquí demandada”. Sentencia T-036 de 1993. En ese mismo sentido, la Corte ha sostenido que “de la misma manera como el acceso no puede hacerse depender de la simple creencia o aún a la convicción acerca de que un menor requiere educación especial, la permanencia en los claustros tampoco ha de estar sujeta a una condición semejante.

No es de recibo, entonces, que se condicione la continuidad en la prestación del servicio público educativo a una demostración de la ‘normalidad’ del menor, que a eso equivale, en últimas, la valoración médica, encaminada a comprobar ‘que el niño necesita educación especial’, porque, se repite, aunque se llegara a comprobar la necesidad de ese tipo de educación, resulta indispensable verificar si real y efectivamente hay posibilidad de brindársela, atendidas las circunstancias en que se hallen el menor y sus familiares”. Sentencia T-329 de 1997.

²⁵² En el caso concreto, en el momento en que la Corte fallaba pudo establecerse que el menor ya se encontraba matriculado en una institución pública que prestan el servicio público de educación especializada en el departamento de Sucre. Por esta razón, no se tuteló el derecho.

renovar el cupo de su hijo para el año siguiente, argumentando que la entidad no se encontraba preparada para impartir educación especial a un niño hiperactivo. Esto llevó a los padres del menor de edad a acudir a la acción de tutela. La Corte consideró que la no renovación del cupo de un niño hiperactivo, con el argumento de no estar preparado para asumir la educación especial que debe dársele, viola los derechos fundamentales del niño. Los colegios deben asumir la responsabilidad de educar a estos niños, así no sean especializados, pues de otro modo se atentaría contra el derecho a la igualdad en el acceso a educación.

Como las niñas y niños con déficit de atención e hiperactividad son constantemente objeto de aislamiento, maltrato y discriminación, están incluidos dentro del mandato del artículo 13 de la Carta, que establece que el Estado debe adoptar medidas en favor de los grupos discriminados y marginados. Ante la carencia de políticas consistentes en esta materia, la Corte exhortó al Ministerio de Educación Nacional para que desarrolle programas tendientes al mayor cubrimiento de una buena formación especializada de los docentes del país, con el fin de que puedan asumir en debida forma la tarea de educar a las niñas y niños con déficit de atención e hiperactividad. (Sentencia T-255 de 2001).

2.1.5. La expulsión de un niño del servicio educativo especial que se le viene prestando, o la imposición de sanciones, no son decisiones que pueda adoptar inconulta o unilateralmente la institución a cuyo cargo ha sido confiado.

La madre de un niño de siete años con insuficiencia mental se negó a que la institución pública de educación especial donde había matriculado a su hijo le suministrara bienestarina, debido a ese alimento le producía vómito, diarrea y fiebre. La directora de la institución argumentó que por el contrato que existía con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar era su obligación suministrarla, y en términos descorteses le expresó que si no estaba de acuerdo, podía retirar al infante del instituto o quejarse ante la Secretaría de Educación. Por esta disputa, el grupo interdisciplinario del establecimiento tomó la decisión de cancelar la matrícula del menor de edad, lo que obligó a la peticionaria a interponer acción de tutela. El juez de primera instancia no tuteló los derechos del niño, entre otras razones, por considerar que la determinación de suspenderle los servicios de educación especial era un acto administrativo, por lo que la petente debió impugnar la decisión agotando la vía gubernativa. En otras palabras, de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, el juez derivó la improcedencia de la tutela. Para la Corte, el juez incurrió en un grave error, pues resulta evidente que la determinación del plantel demandado tuvo como inmediata consecuencia la de separar al menor de la atención que allí se le venía suministrando, vulnerando su derecho a la educación especial. Una decisión de este tipo, máxime si se trata de alguien que pertenece a una familia de escasos

recursos económicos, no puede adoptarse de manera unilateral por un instituto de educación especial, a no ser que medie una causa razonablemente justificada. Si esto es cierto en el caso de instituciones privadas, con mayor razón se predica de entidades oficiales como la aquí demandada.

Pero la Corte va aún más lejos. Considera que ni siquiera pueden aplicarse sanciones sobre aspectos que requieran de un acuerdo o consulta con los padres o acudientes del menor de edad. Esta postura obedece a que cualquier determinación de trascendencia acerca de un niño en circunstancias de inferioridad debe adoptarse con particular atención y prudencia por parte de las autoridades correspondientes. Al haber procedido con ligereza, y sin consideración hacia el niño afectado, la tutela fue concedida. No es válido el argumento de improcedencia que señaló el juez de primera instancia, porque el medio de defensa judicial debe entenderse únicamente el que disponga el accionante para acudir ante un juez de la República, no la posibilidad de acudir ante una autoridad administrativa. (Sentencia T-036 de 1993).

2.2. EL DERECHO A LA PERMANENCIA DE LOS NIÑOS TRABAJADORES

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁵³, en Colombia las niñas y niños tienen las siguientes condiciones laborales: “jornadas de trabajo que exceden los límites permitidos; salarios por debajo de lo establecido por el Gobierno; sin auxilio de transporte; sin permiso para laborar; sin afiliación a la Seguridad Social, atentando contra su salud física, mental y social; sin acceso a la educación formal; explotados por los mismos padres o mayores; sin prestaciones sociales: cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vestido y calzado de labor, auxilio funerario, vacaciones; sin protección de maternidad; sin ambiente laboral adecuado para el desempeño de la labor; (...)”. Ante este escenario, recomienda “que, de manera urgente, se incluya en el sistema educativo a los niños que no estén recibiendo instrucción escolar, y se replanteen los objetivos, métodos y demás parámetros concernientes a la educación que se está impartiendo a los niños”²⁵⁴.

El Informe sobre los Derechos Humanos de la Niñez en Colombia durante el año 2001²⁵⁵ presenta estadísticas sobre el trabajo infantil en Colombia, que se transcriben a continuación:

²⁵³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia. Op. cit.* Párrafos 44 y ss.

²⁵⁴ *Ibíd.* Recomendación 8.

²⁵⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe sobre los Derechos Humanos de la Niñez en Colombia durante el año 2001.*

En Colombia más de 2.700.000 niños trabajan en condiciones de alto riesgo para su salud física y mental.

De estos, 800.000 son menores de 11 años y la mitad no recibe ningún tipo de remuneración por su trabajo. Los demás, obtienen un salario que apenas alcanza entre el 25 y el 80 por ciento de un salario mínimo legal diario (entre 2.500 y 8.000 pesos diarios).

Además, de diez niños y niñas que trabajan, solamente tres asisten a la escuela. (...)

Más de 25.000 niños y niñas ejercen la prostitución en Colombia. (...)

En Colombia hay cerca de 6.000 niños y niñas vinculados, directa o indirectamente, con los grupos armados al margen de la ley que participan en el conflicto armado interno.

Adicionalmente, 200.000 niños y niñas están vinculados con los cultivos ilícitos en zonas de conflicto armado.

La creciente movilización global para proteger al menor contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso²⁵⁶ o entorpecer su educación ha canalizado su atención en la búsqueda de reformas sociales y de políticas públicas que ataquen las causas que hacen inevitable el trabajo infantil. Esto también ha significado retos en materia educativa, porque significa recuperar la noción de la **obligatoriedad** de la educación, generar incentivos a la permanencia en el sistema educativo, y reorientar la educación para adaptarla a las condiciones socioeconómicas de la población y a las necesidades reales de los niños, *v. gr.*, incluir en las actividades escolares programas de capacitación laboral. Es preciso además generar en los padres una imagen de la escuela como una vía para superar la pobreza, y no una pérdida. El tema es relevante en América del Sur, como lo señala la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación:

Las motivaciones de los padres a mandar a sus hijos a la escuela pueden flaquear ante una “doble pérdida, pues en primer lugar no pueden ayudar en trabajos agrícolas y ganaderos y contribuir así a la subsistencia y, en segundo lugar, podrían conseguir un trabajo al salir de la escuela, pero no estarían dispuestos a volver a trabajar en la agricultura”²⁵⁷. (...) Análogamente, las investigaciones en Sudamérica han confirmado que en zonas rurales una proporción considerable de padres estiman que la enseñanza tiene poco que ver con el porvenir de sus hijos y por eso prefieren que trabajen²⁵⁸. El

²⁵⁶ Consultar: Convenio No. 182 de la OIT.

²⁵⁷ HAGBER, S., *Burkina Faso: Profiles of Poverty*, Sida, Estocolmo, junio de 2000, pág. 38. Citado en: **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN**. *Informe anual 2002, op. cit.* Párrafo 60.

²⁵⁸ SALAZAR, M. C. y otros, *Child Work and Education. Five Case Studies from Latin America*, International Child Development Centre, UNICEF/Florence and Ashgate/Alderhot, 1998, pág. 148. Citado en: *Ibíd.*

coste de la enseñanza incluye, junto a gastos directos e indirectos, un costo de oportunidad. El proceso de empobrecimiento, de disminución del empleo en la administración pública y de “informalización” del trabajo suele sustituir por la mano de obra infantil el trabajo en aquellos puestos que los padres deberían obtener y no obtienen. La Comisión hizo suya la atención prestada por la Relatora Especial a la frecuente posibilidad de los niños que trabajan de asistir a la escuela y ha universalizado su petición de información sobre el desnivel entre terminación de la escolaridad obligatoria y la edad mínima para el empleo (E/CN.4/2001/62, párr. 28), incluyéndola en su resolución 2001/29²⁵⁹.

A nivel nacional, la Corte Constitucional ha sostenido que los padres no pueden privilegiar el trabajo del menor sobre su educación y que corresponde al Estado ofrecer los medios necesarios para evitar que los menores tengan que entrar en el mercado laboral para lograr el goce pleno de sus derechos fundamentales. A continuación se hará una breve exposición de esta jurisprudencia.

2.2.1. Los padres no pueden privilegiar el trabajo del niño sobre su educación. Pero si un mayor de catorce años tiene necesariamente que trabajar para sostener la familia, para evitar que el menor deje de estudiar, se le debe permitir el acceso a la educación nocturna, e incluso, a la educación para adultos.

Una madre cabeza de familia tiene a su cargo cuatro hijos. Dos niñas, una de 16 y otra de 17 años, estudiaron en 1999 en la jornada diurna de una institución educativa. Para el año 2000, su madre decidió que las niñas dejaran de estudiar en jornada diurna para que comenzaran a trabajar, y a pesar de tener cupos para la jornada diurna, solicitó el acceso de las menores a la jornada nocturna del mismo colegio. El rector negó los cupos, dado que las menores no cumplían con el requisito del artículo 16 del decreto 3011 de 1997 del Ministerio de Educación nacional, que exige para los cupos nocturnos que las personas hayan dejado de estudiar dos (2) años. Sin embargo, recordó que las niñas tenían sus cupos en la jornada diurna. Para la madre, la negativa del rector afectaba el derecho a la educación de sus menores hijas, y solicitó por vía de tutela que se ordene al rector del colegio permitir el acceso a las menores a la institución en jornada nocturna. La Corte concluyó que, aunque son los padres quienes finalmente toman la decisión de escoger entre las diversas opciones educativas disponibles aquella que estimen más conveniente para sus menores hijos, este derecho no es absoluto. Para los niños y niñas deben predominar los espacios diseñados para que su desarrollo sea el más completo posible. Aunque el trabajo infantil y la explotación económica de menores es una realidad nacional, no puede ser

²⁵⁹ *Ibíd.*

considerada como una opción que el Estado deba patrocinar. Esto hace que la educación nocturna no sea en principio el espacio académico más idóneo para los menores de edad, y obliga al Estado a exigir un perfil estudiantil especial para acceder a ella. (Sentencia T-1017 de 2000).

En sentencias posteriores²⁶⁰, la Corte ha considerado que en ciertos eventos sí es viable la escogencia de la educación nocturna para menores. Cuando los niños y niñas deben interrumpir sus estudios por la escasez de recursos de su familia, y deben trabajar para ayudar a su sostenimiento e intentar pagar sus estudios, es procedente permitir su ingreso a la educación nocturna²⁶¹, siempre que los menores hayan sobrepasado la edad en que se les permite laborar (catorce años²⁶²). Negarles el acceso vulneraría el derecho a la educación.

La Corte ha sostenido además que, en las circunstancias fácticas descritas, aunque es obligación del Estado ofrecer los medios necesarios para evitar que los menores tengan que entrar en el mercado laboral para lograr el goce pleno de sus derechos fundamentales – entre ellos, la educación –, es posible aceptar el ingreso del menor en instituciones educativas y programas para adultos²⁶³, cuando la situación económica de las familias de los menores sea tan apremiante que requiera el aporte económico de los menores de edad. Pero en estos casos, primero debe obtenerse el permiso para laborar del inspector laboral o la primera autoridad local y el defensor de familia. Sólo con este permiso se podrá solicitar el ingreso del menor a un programa de

²⁶⁰ Ver sentencia T-1290 de 2000.

²⁶¹ “Siguiendo estos criterios, es menester concluir en el presente proceso que, si bien -como dicen los jueces de instancia- mal podría admitirse la viabilidad de la acción de tutela para que el juez correspondiente o la Corte resolvieran sobre la validez total o parcial del Decreto 3011 de 1997, pues ello habrá de corresponder a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dada la naturaleza del acto, éste -en su parte pertinente- debe ser inaplicable en los casos específicos materia de examen, dado que la exigencia de permanecer dos años por fuera del sistema educativo como condición para el acceso al mismo en la modalidad de los programas nocturnos resulta incompatible con la garantía del derecho a la educación como fundamental y en el carácter de servicio público que le corresponde según la Carta Política”. Sentencia T-1290 de 2000.

²⁶² “La legislación laboral colombiana prohíbe, en principio, el trabajo de los menores de edad. Así, el artículo 29 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que tienen capacidad para celebrar contrato de trabajo las personas mayores de diez y ocho (18) años. Por su parte, el artículo 30 del mismo estatuto establece que las personas menores de edad requieren autorización expresa del inspector de trabajo o de la primera autoridad local, previa solicitud de los padres, para poder trabajar y seguidamente señala que se prohíbe el trabajo de los menores de catorce (14) años y que ‘es obligación de los padres disponer que acudan a los centros de enseñanza. Excepcionalmente y en atención a circunstancias especiales calificadas por el defensor de familia, los menores de doce (12) años podrán ser autorizados para trabajar (...)’.” Sentencia T-108 de 2001.

²⁶³ En otros casos la Corte ha reconocido la viabilidad del acceso de los menores de edad a la educación para adultos. Sobre el tema, puede consultarse la sentencia T-675 de 2002.

educación que se adecue a sus necesidades cuando su trabajo no le permita asistir a un programa de educación formal. (Sentencia T-108 de 2001).

2.2.2. Los niños y niñas tienen derecho a ser protegidos contra trabajos riesgosos que obstaculicen su educación. Los trabajos que se opongan a su proceso educativo están proscritos.

La Corte, al declarar la exequibilidad de la ley²⁶⁴ por medio de la cual se aprobó el Convenio No. 138 de la OIT Sobre la Edad Mínima de Admisión de Empleo, recordó que el artículo 44 de la Constitución prescribe que los menores serán protegidos contra toda forma de explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, y que la Convención sobre los Derechos del Niño -que integra el bloque de constitucionalidad- reconoce el derecho de los niños y las niñas a ser protegidos contra el desempeño en labores riesgosas o la explotación laboral que obstaculice su educación y desarrollo físico, intelectual y moral. Por lo tanto, el trabajo infantil que se oponga a su proceso de educación y a sus derechos de acceso a la cultura, a la recreación y a la práctica del deporte, debe ser proscrito por la ley. (Sentencia C-325 de 2000)²⁶⁵.

2.3. EL DERECHO A LA PERMANENCIA DE LA MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO

Sentencia T-656 de 1998

En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha establecido que la maternidad, es decir la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana, es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y que, por ende, no pueden ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno. En este sentido, se consideran contrarias a los postulados constitucionales todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital.

²⁶⁴ Ley 515 de 1999.

²⁶⁵ En este mismo sentido, puede consultarse la sentencia C-535 de 2002, que declaró la exequibilidad del Convenio 182 de la OIT sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación.

(...) La Corte ha estimado que, bajo ninguna circunstancia, el embarazo de una estudiante puede erigirse en criterio para limitar o restringir su derecho a la educación. A este respecto, la jurisprudencia ha señalado que los manuales de convivencia de las instituciones de educación no pueden, ni explícita ni implícitamente, tipificar como falta o causal de mala conducta, el embarazo de una estudiante. La Corporación ha establecido que toda norma reglamentaria que se ocupe de regular la maternidad en el sentido antes indicado debe ser inaplicada por los jueces constitucionales, por ser contraria a la Carta Política. A la luz de la jurisprudencia constitucional estudiada más arriba, las medidas adoptadas por centros de educación frente a estudiantes en estado de gravidez se presumen inconstitucionales, salvo que el plantel educativo de que se trate logre demostrar que tales medidas obedecen a la necesidad de hacer efectivo un fin constitucional imperioso e inaplazable con mayor peso que los derechos fundamentales a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación de la alumna a quien se imponen.

En estado de embarazo, la mujer ejerce un derecho fundamental inalienable susceptible de defensa: el de ser madre. En esta condición, la mujer tiene un **derecho de protección especial**, y por lo tanto, el Estado tiene, de un lado, la obligación de abstenerse de adoptar medidas discriminatorias por razón de la maternidad (como sería el expedir normas que desestimen o coarten el derecho a ser madre), y del otro, la obligación de garantizar que la mujer en estado de embarazo no sea discriminada por los particulares (*v. gr.*, velar porque los centros educativos no nieguen el acceso, ni frustren, alteren, o interrumpan el curso normal del ciclo académico de una mujer, si el único argumento en que se sustentan reside en el hecho de la maternidad).

Las más importantes reglas jurisprudenciales sobre el derecho a la permanencia de la mujer en estado de embarazo son:

- El derecho a la permanencia en una institución educativa no puede condicionarse a que las estudiantes no se encuentren en estado de embarazo.
- Las instituciones educativas, así tengan un proyecto educativo fundado en una determinada visión ética o religiosa del mundo, no pueden retirar arbitrariamente a una niña por el solo hecho de su embarazo, porque se configura un acto discriminatorio y se vulnera el derecho ser madre y a la dignidad humana.
- Si una mujer tiene que suspender sus estudios ante un embarazo riesgoso, las instituciones educativas deben reservar su cupo.

2.3.1. El derecho a la permanencia en una institución educativa no puede condicionarse a que las estudiantes no se encuentren en estado de embarazo. Las instituciones educativas no pueden exigir exámenes médicos para comprobarlo.

Una joven de quince años de edad cursaba séptimo grado en una institución educativa dirigida por religiosas. Debido a las sospechas de las coordinadoras del colegio sobre un supuesto embarazo de la menor de edad, fueron citados los padres a una reunión con la junta directiva. En ella, obligaron a la joven a exhibir parte de su cuerpo para establecer su embarazo. La directora exigió a los padres de la menor la presentación de un certificado ginecológico, con el fin de comprobar que no se encontraba en estado de embarazo, pues de demostrarse su gravidez, la joven no tendría derecho a la matrícula en el siguiente año escolar, con fundamento en el manual de convivencia, que consagraba como falta contra la moral y las buenas costumbres el estado de embarazo. El padre de la menor de edad interpuso acción de tutela solicitando la protección del derecho a la honra y el derecho a la educación de su hija. La Corte consideró que las disposiciones del manual de convivencia que impedían el ingreso y permanencia de mujeres embarazadas al colegio eran manifiestamente violatorias de los artículos 13, 42, 43 y 44 de la Constitución y amenazaron los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación de la menor, por lo que deben ser inaplicadas. Las instituciones educativas no pueden establecer como condición de acceso o permanencia la presentación de certificados médicos para establecer si las aspirantes o estudiantes no se encuentran en estado de embarazo²⁶⁶. (Sentencia T-412 de 1999).

2.3.2. Las instituciones educativas, así tengan un proyecto educativo fundado en una determinada visión ética o religiosa del mundo, no pueden retirar arbitrariamente a una niña por el solo hecho de su embarazo, porque se configura un acto discriminatorio y se vulnera el derecho ser madre y a la dignidad humana.

Una menor de edad, cuya conducta era calificada como excelente por la institución educativa privada donde estudiaba, quedó en embarazo. El rector decidió de retirarla

²⁶⁶ No obstante, en el caso bajo examen, la Corte no concedió la tutela porque, si bien el derecho a la educación resultó amenazado, su violación no llegó a concretarse. En efecto, aun cuando a la menor se le exigió el certificado médico para establecer dicho estado como condición para ser aceptada en el año lectivo siguiente, ella no se presentó dentro de la oportunidad establecida en la programación de matrículas a exigir el correspondiente cupo, ni se hizo presente para solicitar matrícula extraordinaria. Ante el desinterés de la menor de continuar sus estudios en dicho colegio, la Corte se limitó a prevenir a la Directora del centro docente para que no volviera a incurrir en las conductas que determinaron la amenaza de violación del derecho a la educación.

“para cortar el mal” y aplicar una “pena medicinal”²⁶⁷, sin orden de expulsión ni investigación previa, alegando que, al estar embarazada sin estar casada, atentaba contra los mandamientos de la ley de Dios, y porque del embarazo podía entenderse a la niña como una “mujer dedicada a la prostitución”. En compensación se le ofrecieron ocho mil pesos mensuales para que estudiara en otro colegio, ofrecimiento que la niña no aceptó.

El juez de tutela no concedió el amparo, arguyendo que los directivos del colegio no estaban obligados a “cohonstar” la actitud de la menor, pues ello iría en contra de los principios y valores morales que pretenden inculcar en el alumnado. La Corte en revisión del caso concluyó que la institución había deducido del embarazo de la menor de edad una conducta inmoral, lo que no era necesariamente cierto²⁶⁸. Al darle un trato discriminatorio para “cortar el mal”, al ofrecerle dinero como compensación, y al entender que su embarazo se debe a que se dedica a la prostitución, el rector del establecimiento educativo vulneró la dignidad de la niña. El retiro de una estudiante embarazada en estas condiciones, así se trate de instituciones privadas con una determinada visión ética o religiosa²⁶⁹, viola los derechos a la educación, igualdad, autonomía de ser madre²⁷⁰ y dignidad humana y por lo tanto la tutela debía prosperar. La Corte Constitucional ordenó el reintegro de la menor en el término de doce horas. (Sentencia T-211 de 1995).

²⁶⁷ Expresiones del rector.

²⁶⁸ En este mismo sentido, la Corte ya había sostenido que: “La Sala no puede aceptar que por el hecho de que la estudiante haya quedado en estado de embarazo, se deduzca o sirva de prueba para imputarle actos ‘inmorales’ y ‘carnales’ dentro de dicho plantel. También se le ha vulnerado el derecho fundamental de la igualdad a la estudiante, ya que el rector al marginarla del derecho a la educación, le da un trato de inferioridad en relación con las otras estudiantes y la discrimina cuando afirma que es objetivo primordial de la moral del establecimiento cerrarle las puertas a las madres solteras”. Sentencia T-420 de 1992.

²⁶⁹ Véanse también las sentencias T-145 de 1996, T-393 de 1997, T-656 de 1998, T-1101 de 2000, y T-551 de 2002.

²⁷⁰ Sobre el carácter fundamental del derecho a la autonomía para ser madre, la Corte ha dicho que: “El rector ha desobedecido también el mandato constitucional del Derecho a la Autonomía establecido en el artículo 16 como derecho fundamental, por cuanto coarta la libre decisión de la estudiante de escoger como nueva forma de vida su condición de madre, limitándole la facultad de autodeterminarse conforme a su propio arbitrio dentro de los límites permitidos. En este orden de ideas el rector no tiene ninguna potestad para impedirle a la estudiante que dirija soberanamente su vida, siempre que transite dentro de los lineamientos que le impone la ley y sin que traspase la barrera donde se inicia el derecho de los demás. La nueva condición de vida de la estudiante no infringe ninguna disposición de derecho, como tampoco afecta el libre ejercicio de las potestades de los demás”. Sentencia T-420 de 1992.

2.3.3. Si una mujer tiene que suspender sus estudios ante un embarazo riesgoso, las instituciones educativas deben reservar su cupo.

Una estudiante de primer semestre de bacteriología, que ingresó a una universidad pública en estado de embarazo, comenzó a padecer delicados quebrantos de salud, razón por la que no logró obtener buenos resultados parciales. Su salud fue empeorando y tuvo que ser hospitalizada durante algún tiempo; finalmente presentó abrupción de placenta y preclampsia, lo que obligó a someterla a un parto prematuro por cesárea, dejando su visión muy afectada (como suele acontecer en cuadros similares). Ante esta situación, solicitó a la universidad que su cupo fuera reservado para seguir sus estudios en el primer semestre del siguiente año. Empero, la institución oficial de educación negó esta petición, porque en el reglamento estudiantil se exige haber cursado al menos un semestre en la institución y no haber perdido asignaturas para poder reservar el cupo. Considerando vulnerado su derecho a la educación, solicitó su reintegro a la universidad mediante acción de tutela.

En opinión de la Corte, si bien las autoridades universitarias se limitaron a responder la petición de la accionante con base en el reglamento de la universidad, el cual no es, en abstracto, violatorio de la Carta Fundamental, la aplicación del reglamento para el caso de la peticionaria, sí vulnera los derechos fundamentales al aprendizaje y a la salud de la peticionaria. Ante el conflicto entre la autonomía universitaria (que faculta a las instituciones universitarias a darse su propio reglamento) y el derecho a la educación de la mujer embarazada (a quien la Constitución otorga una protección especial) el intérprete debe hacer primar éste último. En el caso bajo examen, la complicación de un embarazo no debe significar la pérdida del derecho a acceder al aprendizaje, sólo porque el reglamento de la institución de educación haya dispuesto que la reserva del cupo beneficia únicamente a quienes hayan cursado más de un semestre. La universidad debió considerar que este tipo de casos no estaba previsto en el reglamento y aplicar una solución que fuera producto de la interpretación integradora²⁷¹ de las disposiciones de la Constitución misma. (Sentencia T-292 de 1994).

²⁷¹ En un caso en el que una mujer embarazada tuvo que solicitar el aplazamiento de los exámenes finales, la Corte se pronunció de forma semejante: “La disposición interna que tenga la virtualidad de afectar derechos y libertades constitucionalmente reconocidos, debe someterse a un juicio de constitucionalidad a fin de garantizar que su aplicación se encuentre amparada por una justificación objetiva y razonable, y que persiga un fin constitucionalmente legítimo que, a su vez, no sea capaz de generar una limitación desproporcionada de los derechos y libertades de los educandos respecto del objetivo que pretende conseguir”. Sentencia T-180 de 1996.

3. OBLIGACIONES DE ADAPTABILIDAD PARA GARANTIZAR LA PERMANENCIA EN EL SISTEMA EDUCATIVO

En un entorno en el que cientos de miles de niños tienen que trabajar para subsistir, en el que la constante vulneración del libre desarrollo de la personalidad en los establecimientos educativos pone en riesgo la continuidad de la enseñanza del menor de edad, en el que los manuales de convivencia establecen tratamientos discriminatorios ante opciones personales constitucionalmente protegidas, en el que el derecho a ser madre afecta la escolaridad de las niñas –y en muchos casos la niega–, y en el que se discrimina a los niños en situación de discapacidad al punto de anular de hecho sus posibilidades de superación, el Estado tiene la obligación de **adaptar la educación** a las condiciones específicas de los menores para garantizar su permanencia en el sistema educativo.

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados”²⁷². Las obligaciones de adaptabilidad del derecho a la educación responden a este principio, y como las demás obligaciones del sistema de las 4-A, pueden clasificarse entre obligaciones de efecto inmediato y obligaciones de cumplimiento progresivo.

3.1. OBLIGACIONES DE ADAPTABILIDAD DE EFECTO INMEDIATO

3.1.1. **La obligación de garantizar la permanencia de los menores de edad en la educación pública básica obligatoria**

El Estado colombiano tiene el deber inmediato²⁷³ y prioritario²⁷⁴ de garantizar la permanencia de los menores en la educación pública, primaria, gratuita y obligatoria,

²⁷² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 6.

²⁷³ *Ibid.* Párrafo 51.

²⁷⁴ *Ibid.* Párrafo 59.

y como corolario de esta obligación, el niño tiene el deber de asistir a su institución educativa. Los artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo de San Salvador citados en el numeral 3.1.1 del capítulo II son suficientes para recordar el carácter obligatorio de la educación primaria. Baste agregar la interpretación que debe darse al concepto de “obligatoriedad”, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Obligatoriedad. El elemento de obligatoriedad sirve para destacar el hecho de que ni los padres ni los tutores, ni el Estado, tienen derecho a tratar como optativa la decisión de si el niño debería tener acceso a la enseñanza primaria. Análogamente, la prohibición de la discriminación por motivo de sexo en el acceso a la educación, que se exige también en los artículos 2 y 3 del Pacto, queda puesta más de relieve por esta exigencia. Sin embargo, debería subrayarse que la obligatoriedad solamente se puede justificar si la educación ofrecida es de calidad adecuada, es pertinente para el niño y promueve la realización de otros derechos del niño²⁷⁵.

En Colombia, para garantizar la permanencia, la Constitución ordena que la educación sea obligatoria no sólo para un año de preescolar y los niveles de enseñanza primaria, sino que extiende esta protección hasta el cuarto nivel de enseñanza secundaria. Sobre esta relación, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación ha expresado que:

Los tratados internacionales de derechos humanos disponen explícitamente que la educación primaria ha de ser obligatoria y gratuita. El supuesto de que la escolarización obligatoria tiene la misma duración que la enseñanza primaria, en cambio, ya no es válido. (...) En la mayoría de los países para los que se dispone de datos (96), la escolarización obligatoria dura mucho más que la enseñanza primaria. La tendencia a alargar la escolarización obligatoria se basa en dos motivos: al elevar la edad de abandono de la escuela, por una parte se evita que los niños entren demasiado pronto en la vida adulta (ya sea en el empleo o en el matrimonio), y por otra, se imparte a todos los niños una educación básica común, idealmente incluso en la misma escuela y aula. Los países en que la escolarización obligatoria y la enseñanza primaria tienen la misma duración (60) han pasado a ser una minoría. En más de 40 países la educación obligatoria dura seis años o menos, y en poco menos de 40 se ha alargado a 10 años o más. La Relatora Especial considera que vale la pena destacar estos datos, porque el incipiente consenso internacional acerca de la necesidad de garantizar la educación básica gratuita para todos podría tener dos efectos: restringir la escolarización garantizada al grupo de edad de 6 a 11 años, si se aplica la definición estadística prevalente, o prolongarla hasta la educación secundaria inferior, si predomina la definición recomendable de educación básica (hasta los 15 años de edad), con lo cual se mantendría a los niños en la escuela hasta que alcancen la edad mínima para el empleo²⁷⁶.

²⁷⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 11. Párrafo 6.

²⁷⁶ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Informe provisional, op. cit.* Párrafo 46.

3.1.2. La obligación de adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar

El artículo 28, numeral 1 (e) de la Convención sobre los Derechos del Niño considera que, para que los menores de edad puedan ejercer progresivamente el derecho a la educación, el Estado debe fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar:

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:

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

Huelga aclarar que la obligación de “adoptar medidas” tiene efectos inmediatos, pero las finalidades que se persiguen, esto es, la asistencia regular y la reducción de las tasas de deserción, tienen carácter progresivo.

3.1.3. Obligaciones del Estado frente a personas en situación de discapacidad

Como se vio en el aparte dedicado a las niñas y niños en situación de discapacidad, cuando esté probada científicamente la necesidad de educación especial, ésta debe brindarse, para garantizar la igualdad real de oportunidades en el sistema educativo, dado que en estos casos puede constituirse en un instrumento idóneo, adecuado y necesario para la normalización social plena y la total integración de las personas con limitación.

La Constitución de 1991 reconoce especiales condiciones educativas para los niños y niñas con discapacidades. El artículo 47 de la Carta impone al Estado la obligación de adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para “los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”. Igualmente, el artículo 68 de la Constitución califica como obligación especial del Estado “la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales”. Reconociendo el costo económico de esta protección especial, la Constitución en sus artículos 350, 356 y 357 determinó que las autoridades nacionales y territoriales destinen obligatoriamente un porcentaje importante de recursos a la educación, pues si bien el costo de la educación de los menores de edad es una responsabilidad de la familia, de la sociedad y del Estado, principalmente corresponde a este último el deber imperativo de

garantizar el acceso y la permanencia al sistema educativo a los menores en situación de discapacidad.

En los instrumentos internacionales también pueden hallarse importantes obligaciones para el Estado. El artículo 13 (3) (e) del Protocolo de San Salvador establece que:

Artículo 13. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

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.

El Protocolo de San Salvador estatuye además el derecho que tiene toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad, para lo cual el Estado tiene la obligación de incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo (literal c del artículo 18).

Las obligaciones frente a personas en situación de discapacidad adoptan un mayor grado de protección cuando se trata de un menor de edad. La Convención de los Derechos del Niño dispone que:

Artículo 23. 1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a **asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación**, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y **los servicios de**

enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo. (Negrillas fuera del texto).

El Estado colombiano, en virtud del artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, desde 1991 está obligado a brindar cuidados especiales a los niños y niñas en situación de discapacidad, para asegurar que tengan un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento, y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible. Aunque a primera vista, la redacción del artículo 23 llevaría a concluir que algunas obligaciones que consagra son de carácter progresivo (v. gr., “con sujeción a los recursos disponibles...”), una interpretación armónica con las normas que incorporan la obligación estatal de garantizar la educación básica pública, obligatoria y gratuita de todos los niños y las niñas, permitiría sostener que para los niños en situación de discapacidad éstas obligaciones son de efecto inmediato mientras se encuentren en los niveles básicos de enseñanza.

Estos mandatos deben complementarse con algunas Declaraciones que, si bien no gozan de carácter vinculante, pueden ser invocadas por la Corte Constitucional para la solución de casos concretos. Entre otras, la Corte ha citado²⁷⁷ las siguientes:

Las “Normas Uniformes sobre la Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”²⁷⁸:

Artículo 6. Educación.

Los Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad en entornos integrados, y deben velar por que la educación de las personas con discapacidad constituya una parte integrante del sistema de enseñanza.

1. La responsabilidad de la educación de las personas con discapacidad en entornos integrados corresponde a las autoridades docentes en general. La educación de las personas con discapacidad debe constituir parte integrante de la planificación nacional de la enseñanza, la elaboración de planes de estudio y la organización escolar.

2. La educación en las escuelas regulares requiere la prestación de servicios de interpretación y otros servicios de apoyo apropiados. Deben facilitarse condiciones adecuadas de acceso y servicios de apoyo concebidos en función de las necesidades de personas con diversas discapacidades.

²⁷⁷ Ver: Sentencia C-128 de 2002.

²⁷⁸ Aprobadas por la Asamblea de las Naciones Unidas en su cuadragésimo octavo período de sesiones, mediante resolución 48/96, del 20 de diciembre de 1993.

3. Los grupos o asociaciones de padres y las organizaciones de personas con discapacidad deben participar en todos los niveles del proceso educativo.

4. En los Estados en que la enseñanza sea obligatoria, ésta debe impartirse a las niñas y los niños aquejados de todos los tipos y grados de discapacidad, incluidos los más graves.

5. Debe prestarse especial atención a los siguientes grupos:

- a) Niños muy pequeños con discapacidad;
- b) Niños de edad preescolar con discapacidad;
- c) Adultos con discapacidad, sobre todo las mujeres.

6. Para que las disposiciones sobre instrucción de personas con discapacidad puedan integrarse en el sistema de enseñanza general, los Estados deben:

- a) Contar con una política claramente formulada, comprendida y aceptada en las escuelas y por la comunidad en general;
- b) Permitir que los planes de estudio sean flexibles y adaptables y que sea posible añadirles distintos elementos según sea necesario;
- c) Proporcionar materiales didácticos de calidad y prever la formación constante de personal docente y de apoyo.

7. Los programas de educación integrada basados en la comunidad deben considerarse como un complemento útil para facilitar a las personas con discapacidad una formación y una educación económicamente viables. Los programas nacionales de base comunitaria deben utilizarse para promover entre las comunidades la utilización y ampliación de sus recursos a fin de proporcionar educación local a las personas con discapacidad.

8. En situaciones en que el sistema de instrucción general no esté aún en condiciones de atender las necesidades de todas las personas con discapacidad, cabría analizar la posibilidad de establecer la enseñanza especial, cuyo objetivo sería preparar a los estudiantes para que se educaran en el sistema de enseñanza general. La calidad de esa educación debe guiarse por las mismas normas y aspiraciones que las aplicables a la enseñanza general y vincularse estrechamente con ésta. Como mínimo, se debe asignar a los estudiantes con discapacidad el mismo porcentaje de recursos para la instrucción que el que se asigna a los estudiantes sin discapacidad. Los Estados deben tratar de lograr la integración gradual de los servicios de enseñanza especial en la enseñanza general. Se reconoce que, en algunos casos, la enseñanza especial puede normalmente considerarse la forma más apropiada de impartir instrucción a algunos estudiantes con discapacidad.

9. Debido a las necesidades particulares de comunicación de las personas sordas y de las sordas y ciegas, tal vez sea más oportuno que se les imparta instrucción en escuelas para personas con esos problemas o en aulas y secciones especiales de las escuelas de instrucción general. Al principio sobre todo, habría que cuidar especialmente de que la instrucción tuviera en cuenta las diferencias culturales a fin de que las personas sordas o sordas y ciegas logaran una comunicación real y la máxima autonomía.

La Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social²⁷⁹:

El progreso y el desarrollo en lo social deben encaminarse igualmente al logro de los objetivos principales siguientes:

Artículo 11. c) La protección de los derechos y la garantía del bienestar de los niños, ancianos e impedidos; la protección de las personas física o mentalmente desfavorecidas; (...)

Parte III, Medios y Métodos

Artículo 19 d) La institución de medidas apropiadas para la rehabilitación de personas mental o físicamente impedidas, especialmente los niños y los jóvenes, a permitirles en la mayor medida posibles ser miembros útiles a la sociedad –entre éstas medidas deben figurar la provisión de tratamiento y prótesis y otros aparatos técnicos, los servicios de educación, orientación profesional y social, formación y colocación selectiva y la demás ayuda necesaria– y la creación de condiciones sociales en las que los impedidos sean objeto de discriminación debida a sus incapacidades.

La Declaración de los Derechos de los Impedidos²⁸⁰:

5. El impedido tiene derecho a las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible.

8. El impedido tiene derecho a que se tengan en cuenta sus necesidades particulares en todas las etapas de la planificación económica y social.

9. El impedido tiene derecho a vivir en el seno de su familia o de un hogar que lo substituya y a participar en todas las actividades sociales, creadoras y recreativas. (..)

10. El impedido debe ser protegido contra toda explotación, toda reglamentación o todo trato discriminatorio, abusivo o degradante.

El Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad²⁸¹:

120. Los Estados Miembros deben adoptar políticas que reconozcan los derechos de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades en la educación respecto a los demás. La educación de las personas con discapacidad debe efectuarse, en la medida de lo posible, dentro del sistema escolar general. La responsabilidad de su educación debe incumbir a las autoridades de educación, y las leyes relativas a educación obligatoria

²⁷⁹ DECLARACIÓN SOBRE EL PROGRESO Y EL DESARROLLO EN LO SOCIAL. Asamblea General de Naciones Unidas, res. 2542 (XXIV) 24 UN GAOR Supp. (No. 30) p. 49. ONU Doc. A/7630 (1969)

²⁸⁰ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS IMPEDIDOS. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

²⁸¹ PROGRAMA DE ACCIÓN MUNDIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. (Documento A/37/51)

deben incluir a los niños de todos los tipos de deficiencia, incluidos los más gravemente discapacitados.

121. Los Estados Miembros deben dejar margen para una mayor flexibilidad en la aplicación a personas con discapacidad de cualquier reglamentación que afecte a la edad de admisión, a la promoción de una clase a otra y, cuando sea oportuno, a los procedimientos de examen.

122. Deben seguir criterios básicos en el establecimiento de servicios de educación para niños y adultos con discapacidad. Tales servicios deben ser:

Individualizados, esto es, basados en las necesidades evaluadas y reconocidas por las autoridades, los administradores, los padres y los propios estudiantes con discapacidad y han de conducir a metas educativas y objetivos a corto plazo claramente formulados, que se examinen y, cuando sea necesario, se revisen regularmente.

Localmente accesibles, esto es, estar situados a una distancia razonable del hogar o residencia del alumno, excepto en circunstancias especiales.

Universales, es decir, deben servir a todas las personas que tengan necesidades especiales, independientemente de su edad o grado de discapacidad, de modo que ningún niño en edad escolar quede excluido del acceso a la educación por motivos de la gravedad de su discapacidad, ni reciba servicios de educación considerablemente inferiores a los que disfrutaban los demás estudiantes.

Y ofrecer una gama de opciones compatible con la variedad de necesidades especiales de una comunidad dada.

123. La integración de los niños con discapacidad en el sistema general de educación exige planificación, con la intervención de todas las partes interesadas.

124. Si, por algún motivo, las instalaciones del sistema escolar general son inadecuadas para algunos niños con discapacidad, debe proporcionarse educación a estos niños por períodos apropiados en instalaciones especiales. La calidad de esta educación especial debe ser igual a la del sistema escolar general y estar estrechamente vinculada a éste.

125. Es fundamental la participación de los padres en todos los niveles del proceso de educación. Los padres deben recibir el apoyo necesario para proporcionar al niño con discapacidad un ambiente familiar tan normal como sea posible. Es necesario formar personal que colabore con los padres de niños con discapacidad.

126. Los Estados Miembros deben prever la participación de las personas con discapacidad en los programas de educación de adultos, con especial atención a las zonas rurales.

127. Cuando las instalaciones y servicios de los cursos ordinarios de educación de adultos no sean adecuados para satisfacer las necesidades de algunas personas con discapacidad, pueden ser necesarios cursos o centros de formación especiales hasta que se modifiquen los programas ordinarios. Los Estados Miembros deben ofrecer a las personas con discapacidad posibilidades de acceso al nivel universitario.

3.1.4. La obligación de adaptar la educación para el menor de edad trabajador

La Convención sobre los Derechos del Niño ordena:

Artículo 32. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso **o entorpecer su educación**, o que sea nocivo para su salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y **educacionales** para garantizar la aplicación del presente artículo. Con este propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

- a. Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
- b. Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
- c. Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo. (Negrillas fuera de texto).

A esta obligación de prohibir la explotación económica y el desempeño de cualquier trabajo que pueda entorpecer la educación de los niños, se agrega la obligación de adaptar la educación para los niños y niñas que sean librados de estas formas prohibidas de trabajo. La relación entre la obligación de erradicar el trabajo infantil y la adaptabilidad de su educación la destaca el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Los Estados Partes tienen la obligación de velar por que ni las comunidades ni las familias dependan del trabajo infantil. El Comité reafirma en particular la importancia de la educación para erradicar el trabajo infantil y de las obligaciones establecidas en el párrafo 2) del artículo 7 del Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (Convenio N° 182)²⁸².

El Convenio de la OIT citado por el Comité consagra en su artículo 7 (2):

Artículo 7. 2. Todo Miembro deberá adoptar, teniendo en cuenta la importancia de la educación para la eliminación del trabajo infantil, medidas efectivas y en un plazo determinado con el fin de:

- a) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil;
- b) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social;

²⁸² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 55.

c) **asegurar a todos los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional;**

d) identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos, y

e) tener en cuenta la situación particular de las niñas. (Negrillas fuera del texto).

De esta forma, el Convenio No. 182 Relativo a la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil (ratificado por Colombia mediante la Ley 704 de 2001) impone la obligación de tomar acciones inmediatas para erradicar y prohibir que los niños laboren en ciertas formas de trabajo. La relevancia de esta obligación la presenta la Relatora Especial, quien a partir de ella ha sostenido la necesidad de hacer efectivas las obligaciones estatales de asegurar la adaptabilidad de la educación para los niños y niñas que trabajan:

La adopción del Convenio N° 182 de la OIT reforzó la definición de niño como toda persona menor de 18 años en lo que respecta a las salvaguardias contra formas intolerables de trabajo infantil, hizo nuevo hincapié en las obligaciones de los Estados para asegurar a todos los niños el acceso a la enseñanza básica gratuita y dispuso la formación profesional para los niños liberados del trabajo.

(...) La prevención y la abolición del trabajo infantil han planteado nuevos desafíos a la educación. La prevención del trabajo infantil exige un cambio conceptual en la orientación de la educación hacia el reconocimiento de un simple hecho: la realidad laboral inevitable tiene mucho de local, y cualquier modelo mundial o extranjero exige una adaptación a esa realidad local. La tendencia predominante en los derechos humanos de concebir el trabajo como un medio de acceso al empleo en el sector estructurado, en lugar del empleo por cuenta propia en el sector no estructurado (ya sea con fines de subsistencia o a nivel empresarial), no constituye una base prometedora para responder a ese desafío, así como tampoco la constituye el hecho de concebir la enseñanza primaria como un proceso que lleva a los alumnos a la enseñanza secundaria y superior. La adaptabilidad está obstaculizada a menudo por los programas de estudios elaborados a nivel central por grupos de “expertos” que los diseñan con miras a preparar a los niños para el grado de enseñanza siguiente, al que muchos de ellos no podrán pasar²⁸³.

La obligación de adaptar la educación para los niños y niñas que trabajan debe complementarse con el mandato del artículo 1 del Convenio 138 de la OIT Sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, que dispone que “todo Miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores”.

²⁸³ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Informe provisional, op. cit.* Párrafos 61-64.

3.1.5. La obligación de velar por que la madre gestante no sea castigada por el hecho de su embarazo

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación considera inaceptable que los establecimientos educativos impongan sanciones por el hecho del embarazo, y cita para sustentar su postura una sentencia de tutela de la Corte Suprema de Colombia, que vale la pena presentar aquí:

La práctica de considerar el embarazo como falta disciplinaria suele llevar a la expulsión de la escuela de la alumna embarazada, impidiéndole en ocasiones continuar su instrucción. La falta de acceso a la información que habría permitido a la niña tomar una decisión, en particular una decisión informada, es a menudo el motivo fundamental de esa práctica. El conflicto frecuente entre las normas sociales que empujan a las niñas a un embarazo precoz y las normas legales encaminadas a mantenerlas en las escuelas hace que este fenómeno sea difícil de abordar.

(...) La Corte Suprema de Colombia ha sentado un importante precedente al pedir una modificación de la reglamentación escolar, que penalizaba a las niñas embarazadas impidiéndoles la prosecución de sus estudios en las escuelas y obligándolas a continuar su formación con clases particulares, a fin de que esas niñas puedan reanudar su asistencia a las escuelas. Vale la pena citar la opinión de la Corte, dada su importancia para la interpretación de la naturaleza y el alcance del derecho a la educación de las niñas embarazadas:

“aunque la desescolarización no implica la pérdida absoluta del derecho a la educación, sí implica su prestación conforme a una condición que tiende a estigmatizar a la alumna embarazada y a discriminarla frente a los restantes estudiantes en la recepción de los beneficios derivados del [derecho a la educación]. Ciertamente, el estigma y la discriminación que entraña la privación de la asistencia a la escuela han convertido este método de instrucción en una carga desproporcionada que la alumna tiene que soportar exclusivamente porque está embarazada, lo cual, en opinión de la Corte, equivale a un castigo. (...) Erigir por vía reglamentaria el embarazo de una estudiante en causal de sanción viola los derechos fundamentales a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación”²⁸⁴.

²⁸⁴ Corte Suprema de Colombia, Crisanto Arcángel Martínez Martínez y María Eglina Suárez Robayo c. Colegio Ciudad de Cali, N° T 177814, 11 de noviembre de 1998. Citada en: **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN**. *Informe provisional, op. cit.* Párrafos 57 y 60.

3.2. OBLIGACIONES DE ADAPTABILIDAD DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO

3.2.1. La obligación de formular planes de estudio adaptados a las necesidades de hoy

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cita como ejemplo de las obligaciones de llevar a efecto la adaptabilidad del derecho a la educación la obligación de formular planes de estudio y dotarlos de recursos que reflejen las necesidades contemporáneas de los estudiantes en un mundo en transformación. (Ver Observación General 13, párrafo 50).

3.2.2. La obligación de formular planes de estudio idóneos en educación básica para alumnos de todas las edades

Como se ha explicado, el goce del derecho a la enseñanza básica no está limitada por la edad ni el sexo; se aplica a niños, jóvenes y adultos. Como la educación básica es un derecho de todos los grupos de edad, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera que existe la obligación de formular planes de estudio y los correspondientes sistemas que sean idóneos para alumnos de todas las edades²⁸⁵.

3.2.3. La obligación de fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la enseñanza básica para quienes no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria

Esta obligación se encuentra consagrada en el apartado d) del párrafo 2 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 13. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

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;

²⁸⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 24.

El Protocolo de San Salvador incorpora una obligación cuyo tenor literal es semejante:

Artículo 13. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

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;

Para evitar confusiones terminológicas debe aclararse que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales equipara el concepto de “educación fundamental” con el de “enseñanza básica”²⁸⁶. En consecuencia, el artículo 13 (2) (d) debe interpretarse de esta forma: todas las personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria, tienen derecho a la educación básica. Esto incluye a niños, jóvenes y adultos, por lo que la educación básica es componente integral de la educación de adultos y de la educación permanente. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también incluye, en general, a todos los que todavía no han satisfecho sus necesidades básicas de aprendizaje²⁸⁷.

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha sostenido que:

Las autoridades están instituidas para garantizar a las personas residentes en el país sus derechos y libertades constitucionales, “y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, entre los cuales es objetivo básico de la actividad estatal “**la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable**”. Uno de los programas con los que el Estado colombiano busca solucionar las necesidades insatisfechas de educación, es el de formación académica básica de los adultos que no han cumplido con el ciclo obligatorio al que se refiere el artículo 67 Superior; el gobierno busca **promover**, a través de la ejecución de estos programas, “**las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva**”, puesto que la oferta educativa se dirige a un sector de la población que ha sufrido un innegable marginamiento en lo que hace a su formación académica básica y, por tanto, también en lo relativo a la posibilidad de desarrollar su personalidad y aprovechar las oportunidades que brinda la sociedad, en pie de igualdad con la población alfabeta²⁸⁸. (Negrillas fuera del texto).

²⁸⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 13. Párrafo 22.

²⁸⁷ *Ibíd.* Párrafo 23.

²⁸⁸ Sentencia T-018 de 1998.

3.2.4. La obligación de generalizar la instrucción técnica y profesional para garantizar la plena efectividad del derecho al trabajo

Según la Convención de la UNESCO sobre la Enseñanza Técnica y Profesional (1989), esta enseñanza se refiere a “todas las formas y niveles del proceso de educación que incluye, además de los conocimientos generales, el estudio de las técnicas y de las disciplinas afines, la adquisición de habilidades prácticas, de conocimientos prácticos y de aptitudes, y la comprensión de los diferentes oficios en los diversos sectores de la vida económica y social” (párrafo a. del artículo 1). Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, debe ser generalizada:

Artículo 26. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

La expresión “generalizada” significa que la enseñanza técnica y profesional se impartirá en todo el Estado de forma tal que todos puedan acceder a ella en igualdad de condiciones.

Complementariamente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales impone obligaciones a los Estados partes en materia de este tipo de enseñanza. Del artículo 6 (2) del Pacto se desprende la obligación (de efecto inmediato) del Estado colombiano de **adoptar medidas** para la orientación y formación técnica y profesional. Adicionalmente, el apartado b) del párrafo 2 del artículo 13 presenta la enseñanza técnica y profesional como parte de la enseñanza secundaria. Esta doble consagración hace que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considere que la enseñanza técnica y profesional forma parte del derecho a la educación y del derecho al trabajo²⁸⁹.

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación opina que es prioritaria la enseñanza técnica y profesional como una forma de adaptabilidad de la educación para los niños trabajadores:

La adaptación de la enseñanza a las circunstancias locales exige la protección contra la institucionalización de la marginación, que puede dar lugar a la creación de “guetos educativos”. Hay que abandonar la concepción despreciativa de la formación profesional, considerada inferior a la académica, y aceptar la necesidad de recursos para la formación profesional y la capacitación en la escuela. La creciente escasez de puestos de trabajo en el sector público a nivel mundial facilitará probablemente una modificación de la jerarquía tradicional en la esfera de la enseñanza, que da prioridad a la enseñanza general en desmedro de la formación profesional²⁹⁰.

²⁸⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 15.

²⁹⁰ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Informe provisional, op. cit.* Párrafo 65.

4. CREACIÓN DE INDICADORES BASADOS EN EL DERECHO A LA PERMANENCIA Y LAS OBLIGACIONES DE ADAPTABILIDAD

Según el informe de UNICEF 2000 sobre la situación de la infancia en Colombia, “sólo el 60% de niños y niñas que ingresan a primaria terminan el quinto grado de la educación básica y sólo 40 lo hacen en 5 años; de ellos sólo 30, la mitad, termina el ciclo completo de educación básica. (...) El promedio de escolaridad de los colombianos es de 5 años. (...) Cerca de dos millones setecientos mil niños, niñas y jóvenes entre los 14 y 17 años no están en la escuela. Sólo 47 de cada 100 jóvenes de esta edad ingresan a la secundaria y el 84% de los que ingresan son habitantes de las zonas urbanas del país”²⁹¹. Estas cifras demuestran que se requieren políticas públicas más eficaces para dar respuesta al problema de deserción escolar infantil, particularmente enfocadas en los niveles de educación básica, donde la enseñanza no sólo es fundamental, sino además obligatoria. A continuación se exponen brevemente algunos indicadores empleados para medir la permanencia en el sistema educativo, y se proponen algunos indicadores en clave del derecho a la educación.

4.1. INDICADORES ACTUALES DE PERMANENCIA

La permanencia en el sistema educativo se mide actualmente a través de los indicadores de eficiencia interna: tasas de aprobación (alumnos que logran avanzar hacia el siguiente nivel educativo), retención (estudiantes que permanecen en el mismo colegio, independiente de si fueron promovidos), reprobación (alumnos que deben repetir el nivel educativo), y deserción (estudiantes que salen del sistema) en los diferentes niveles educativos. Las cifras comúnmente están divididas por género, por sector urbano y rural, por edades, y algunas por estratos.

A continuación se cita las definiciones de estos indicadores de eficiencia interna empleados por el Departamento Nacional de Planeación²⁹²:

²⁹¹ Fuente: *Reporte de la situación de la infancia en Colombia, UNICEF 2000*, con base en las proyecciones del DANE y el informe de Desarrollo Humano para Colombia 1999-DNP. Consultar: UNICEF Colombia. Página de Internet URL: <http://www.unicef.org.co>

²⁹² **Departamento Nacional de Planeación.** *Indicadores de eficiencia interna por nivel educativo, zona y sector. Nacional y departamental. 1995-1999.* Página de Internet dirección URL: http://www.dnp.gov.co/01_CONT/INDICADO/DOCU_SISD_SECTORIALES_EDU_SALUD.htm#3

Los indicadores de eficiencia interna miden la capacidad del sistema educativo para retener a la población que ingresa y de promover con fluidez de un grado al siguiente, hasta lograr la culminación del respectivo nivel.

Como punto de referencia, el ideal de eficiencia interna se habría logrado cuando la totalidad de la población ingresada fuera promovida un grado cada año, hasta culminar los cinco grados de primaria en cinco años y los seis grados de secundaria y media vocacional en seis años.

Tasa de repitencia. Se define como la proporción de estudiantes que permanecen en el mismo grado durante más de un año.

Tasa de promoción. Se define como la proporción de estudiantes matriculados que cada año pasan de un grado al siguiente.

Tasa de deserción. Es la proporción de ingresados a un grado cualquiera que abandonan el sistema durante o al término del año escolar.

Existen otros indicadores relacionados con la permanencia en el sistema educativo:

Asistencia escolar por grupos de edad, sexo y zona. Nacional. 1996-1999. Representa la población asistente de determinado grupo de edad con relación a la población del mismo grupo de edad, independiente del nivel educativo.

Este es un indicador importante ya que señala si realmente la población que se encuentra en edad escolar está asistiendo a los niveles educativos. Asimismo la participación escolar muestra que grupo de edad tiene la mayor proporción de asistencia dentro del total de la población. (...)

% De la población por nivel educativo alcanzado. Nacional y departamental. 1996-1999.

Tasa de analfabetismo para población de 15 y más años por sexo. Nacional, departamental y municipal. 1993. Se estima como el número de personas dentro de este grupo de edad que manifiesta no saber leer y escribir, en relación con la población total del mismo grupo de edad.

El analfabetismo está íntimamente ligado con la pobreza y la injusticia social. La alfabetización es un derecho humano y se considera como una necesidad básica. Es un indicador principal para medir el grado de pobreza en términos educacionales. Las principales fuentes para determinar la tasa de analfabetismo son los censos de población y las encuestas de hogares. Los censos permiten hacer cruces con condiciones y características socioeconómicas, así como desagregar por sexo, zona o grupos de edad. La desventaja es que se llevan a cabo generalmente una vez cada 8 o 10 años. Para su actualización anual deberían servir las encuestas de hogares que permiten los mismos cruces socioeconómicos. Sin embargo el tamaño de las muestras no permite, generalmente, desagregaciones y cruces geográficos muy detallados (municipios) aunque lo que permite es muy importante para la planificación de políticas sociales.

Asistencia escolar por grupos de edad y sexo. Nacional, departamental y municipal. 1993. Representa la población asistente de determinado grupo de edad con relación a la población del mismo grupo de edad, independiente del nivel educativo.

Este es un indicador importante ya que señala si realmente la población que se encuentra en edad escolar está asistiendo a los niveles educativos. Asimismo la participación escolar muestra que grupo de edad tiene la mayor proporción de asistencia dentro del total de la población.

4.2. INDICADORES BASADOS EN EL DERECHO A LA PERMANENCIA Y LAS OBLIGACIONES DE ADAPTABILIDAD

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación propone tres indicadores de adaptabilidad. La *concordancia de los derechos en función de la edad* mide la concordancia entre la edad de fin de la escolarización y la edad mínima para acceder a un trabajo, al matrimonio, al reclutamiento militar y a la responsabilidad penal. Este indicador es importante en términos de permanencia en el sistema educativo, dado que cada uno de esos factores incentiva la deserción escolar o interrumpen la asistencia a los establecimientos educativos. El indicador de *educación extra escolar* serviría para identificar la deserción para los grupos que no pueden permanecer a instituciones educativas (niños y jóvenes privados de libertad, refugiados, personas internamente desplazadas, niños que trabajan, comunidades nómadas). Finalmente, el indicador de *salvaguardia de los derechos humanos a través de la educación*, servirá para evaluar el impacto de la educación sobre todos los derechos humanos, por criterios como el desempleo de los graduados o el aumento del racismo entre los que abandonan la escuela.

A continuación se presentarán otros indicadores sugeridos, en perspectiva del contenido del derecho a la permanencia.

4.2.1. Indicadores de efecto inmediato

Expulsión inconstitucional en educación pública: Siendo parte del núcleo esencial del derecho fundamental de los niños y niñas a la educación la permanencia en la educación básica pública gratuita, en ningún caso pueden ser excluidos del sistema educativo, incluso si faltan a sus deberes; en tanto que los adolescentes solo en eventos muy excepcionales pueden ser expulsados de la educación pública básica. Podría crearse entonces un indicador que identifique el número de niños que son expulsados de centros docentes públicos en niveles de educación básica.

Expulsión inconstitucional en educación privada: Para los niños y niñas en instituciones privadas la permanencia en el sistema educativo se garantiza durante

todo el año escolar a pesar de la morosidad de los padres en el pago de matrículas y pensiones, y sólo por incumplimiento académico o disciplinario del menor de edad podría darse la expulsión. Esta tasa mediría el porcentaje de niños que, cursando un año de preescolar o los nueve años de educación básica, son expulsados de centros docentes privados durante el año escolar por falta de pago de los padres.

Con estas dos tasas podría obtenerse un indicador general de expulsión inconstitucional.

Costos de permanencia: Es un indicador sobre la eliminación de tasas académicas entre el año de preescolar y los primeros nueve años de enseñanza, donde el derecho a la gratuidad de la educación es fundamental. Serviría para medir la eliminación de todos los costos y obstáculos que dificultan la permanencia en la educación básica pública para todos los menores de edad, entre ellos, los obstáculos de carácter jurídico y administrativo, el costo de oportunidad directo e indirecto de la educación, y el transporte²⁹³.

Trato discriminatorio: La igualdad de trato es el derecho a no ser discriminado en los establecimientos educativos por razones de sexo, edad, raza, opinión, nacionalidad, lengua, religión, opinión política o condición económica. Las instituciones educativas no pueden consagrar en sus manuales de convivencia normas que generen un trato desigual, carente de justificación, porque constituyen una amenaza al derecho a la educación y a la igualdad de los estudiantes. Por ello, a partir de los manuales de convivencia es posible contabilizar tratos discriminatorios, *v. gr.* con medidas que impongan restricciones a la apariencia personal de los estudiantes, o que castiguen opciones legítimas, como la decisión de mantener relaciones amorosas, vivir en unión libre, o contraer matrimonio. El indicador también tendría en cuenta el número de estudiantes que son expulsados por causales discriminatorias.

Debido proceso: Toda imposición de sanciones en los centros docentes debe estar precedida de la realización de un procedimiento donde se permita al implicado el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción. A través de los manuales de convivencia es posible saber si el establecimiento educativo contempla un proceso para el efecto. El indicador de debido proceso permitiría medir el número de colegios que carecen del mismo y compararlo con el número de los que lo tienen.

Educación especial: El Estado está obligado a brindar cuidados especiales a todos los niños y niñas en situación de discapacidad, para asegurar que tengan un acceso

²⁹³ “En el caso de la enseñanza postobligatoria, las estadísticas presentan el número de matriculados y rara vez indican el costo resultante para el individuo y/o la familia y aún más raramente la incapacidad de los estudiantes de continuar sus estudios ante el monto excesivo de los gastos”. **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Misión a los Estados Unidos de América, op. cit.* Párrafo 39.

efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento, y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible. Cada discapacidad requiere tratamientos y apoyos distintos. El indicador de educación especial serviría para establecer del total de niños con discapacidades cuántos de ellos están siendo atendidos con todas estas condiciones. Los datos pueden dividirse entre aquellos que se encuentran integrados y aquellos que reciben educación en centros especializados.

Erradicación del trabajo infantil: Corresponde al Estado ofrecer los medios necesarios para evitar que los menores de edad tengan que entrar en el mercado laboral para lograr el goce pleno de sus derechos fundamentales. Este indicador permitiría medir el número de niños que el Estado logra librar de las peores formas de trabajo infantil y les brinda el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional, a la educación nocturna o a la educación para adultos. Este grupo debería compararse con el número de niños que laboran en formas de trabajo prohibidas.

Interrupción por embarazo: La mujer tiene un derecho de protección especial a la educación, y por lo tanto el Estado tiene la obligación de garantizar que los centros educativos no frustren, alteren, o interrumpan el curso normal de su ciclo académico, si el único argumento en que se sustentan reside precisamente en el hecho de la maternidad. Podría crearse un indicador con las cifras de colegios que incluyen en sus manuales de convivencia limitaciones o restricciones al derecho a la educación de las mujeres en estado de embarazo, o que lo tipifican como causal de mala conducta.

4.2.2. Indicadores de progresividad

Educación básica para mayores: El Estado tiene la obligación de fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la enseñanza básica para quienes no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria. El indicador de educación básica para mayores calcularía anualmente el número de personas que no habían concluido la educación primaria y lograron acceder ese año a la educación básica. Este indicador sólo incluye adultos, porque la educación básica es un derecho fundamental para los mejores de edad.

Instrucción técnica y profesional: El Estado tiene la obligación de generalizar la instrucción técnica y profesional para garantizar la plena efectividad del derecho al trabajo. Este indicador mediría la progresividad de la generalización de la enseñanza técnica y profesional, teniendo en cuenta la cobertura territorial y el acceso a ella en igualdad de condiciones.

CAPÍTULO IV: LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN

El derecho a la calidad de la educación es la facultad jurídica de un titular de derecho de acceder al conocimiento para desarrollar las capacidades necesarias para producirlo, a partir de métodos de enseñanza que enfatizan en las habilidades de comprensión e interpretación, y no en los procesos de memorización²⁹⁴.

El derecho a la educación no se limita al hecho de ingresar al sistema educativo, poder permanecer en él, y ser tratado en condiciones de equidad. Para su realización plena en el Estado Social de Derecho debe reconocerse al titular el derecho a una educación de calidad. Así, el que el Estado garantice a los individuos el acceso y permanencia en el sistema educativo, y que ello se efectúe en condiciones de equidad, sería insuficiente si no se garantiza una formación integral de calidad, que en palabras de la Corte Constitucional,

sólo se logra a través de metodologías y procesos pedagógicos sólidamente fundamentados en la teoría y la práctica, dirigidos y orientados por docentes especialistas en las distintas áreas, que con dedicación y profesionalismo conduzcan el proceso formativo de sus alumnos. Una educación de baja calidad, soportada en procesos de formación débiles y carentes de orientación y dirección, no solo afecta el derecho fundamental a la educación de quien la recibe, sino el derecho de la sociedad a contar con profesionales sólidamente preparados que contribuyan con sus saberes específicos a su consolidación y desarrollo, mucho más cuando provienen de instituciones públicas financiadas por el Estado²⁹⁵.

Corresponde a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de garantizar la realización de este derecho. Sin embargo, es importante destacar que el cumplimiento de esta obligación recae primariamente sobre los establecimientos educativos, públicos o privados. Al Estado corresponde garantizar la prestación continua y eficiente del servicio, con cobertura del 100% para los niños y niñas, y en condiciones dignas. Esta obligación es asumida en gran medida por los entes territoriales.

En este capítulo se presentará el contenido del derecho a la calidad de la educación, derivado de las normas constitucionales, y las obligaciones del Estado en materia de

²⁹⁴ Consultar: UNICEF Colombia. Página de Internet dirección URL: <http://www.unicef.org.co>

²⁹⁵ Sentencia T-433 de 1997.

calidad de la educación. Se ofrecerá también una introducción al derecho a la educación para las minorías étnicas y raciales (pues su estudio requiere un documento completo)²⁹⁶, y se propondrán indicadores en clave del derecho a la calidad.

1. EL DERECHO A LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN

Sobre los propósitos hacia los cuales debe orientarse la educación, la Constitución en su artículo 67 prescribe que:

Artículo 67. (...) 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.

En la Constitución, la educación comprende el universo de actividades educativas de impartición o recepción de enseñanzas, conocimientos o valores. Esto significa que no se limita a lo que podría denominarse “sistema educativo formal”²⁹⁷, y que no se impone un modelo específico y acabado de educación. La Constitución traza las directrices generales de la educación y establece deberes y derechos para orientar el proceso educativo, concediendo al legislador la facultad de precisar los contenidos específicos de tales fines según las diversas opciones que expresen el consenso político en cada momento histórico. En Colombia se han estatuido entonces como fines de la educación los siguientes²⁹⁸:

- El pleno desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, dentro de un proceso de formación integral, física, psíquica, intelectual, moral, espiritual, social, afectiva, ética y cívica.
- La formación en el respeto a la vida y a los demás derechos humanos; a la paz, a los principios democráticos de convivencia, pluralismo, justicia, solidaridad, equidad; así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad.

²⁹⁶ Consultar: GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *El Derecho a la Educación de los Grupos Étnicos en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2003. (En prensa).

²⁹⁷ Ver sentencia T-337 de 1995.

²⁹⁸ Ver artículo 67 de la Constitución Política, artículo 5 de la ley 115 de 1994, y sentencias T-337 de 1995 y T-476 de 1995.

- La formación para facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.
- La formación en el respeto a la autoridad legítima y a la ley, a la cultura nacional, a la historia colombiana y a los símbolos patrios.
- La adquisición y generación de los conocimientos científicos y técnicos más avanzados, humanísticos, históricos, sociales, geográficos y estéticos, mediante la apropiación de hábitos intelectuales adecuados para el desarrollo del saber.
- El estudio y la comprensión crítica de la cultura nacional y de la diversidad étnica y cultural del país, como fundamento de la unidad nacional y de su identidad.
- El acceso al conocimiento, la ciencia, la técnica y demás bienes y valores de la cultura, el fomento de la investigación y el estímulo a la creación artística en sus diferentes manifestaciones.
- La creación y fomento de una conciencia de la soberanía nacional y para la práctica de la solidaridad y la integración con el mundo, en especial con Latinoamérica y el Caribe.
- El desarrollo de la capacidad crítica, reflexiva y analítica que fortalezca el avance científico y tecnológico nacional, orientado con prioridad al mejoramiento cultural y de la calidad de la vida de la población, a la participación en la búsqueda de alternativas de solución a los problemas y al progreso social y económico del país.
- La adquisición de una conciencia para la conservación, protección y mejoramiento del medio ambiente, de la calidad e la vida, del uso racional de los recursos naturales, de la prevención de desastres, dentro de una cultura ecológica y del riesgo y la defensa del patrimonio cultural de la Nación.
- La formación en la práctica del trabajo, mediante los conocimientos técnicos y habilidades, así como en la valoración del mismo como fundamento del desarrollo individual y social.
- La formación para la promoción y preservación de la salud y la higiene, la prevención integral de problemas socialmente relevantes, la educación física, la recreación, el deporte y la utilización adecuada del tiempo libre.
- La promoción en la persona y en la sociedad de la capacidad para crear, investigar, adoptar la tecnología que se requiere en los procesos de desarrollo del país y le permita al educando ingresar al sector productivo²⁹⁹.

²⁹⁹ No se puede dejar de señalar que estos fines deben alcanzarse respetando y promoviendo dos valores fundamentales: la **democracia** y el **libre, pleno y armónico desarrollo de la personalidad**

Todos estos fines imponen una calidad específica de educación. Los programas educativos y los métodos de enseñanza deben estar encaminados hacia el logro de estos propósitos, y los docentes deben impartir la enseñanza con base en ellos. Constituyen por tanto límites a la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra. En otras palabras, el contenido de los derechos a la libertad de cátedra y de la autonomía universitaria no incluye la posibilidad de impartir una educación de mala calidad, ni una enseñanza que no sea acorde con los fines constitucionales³⁰⁰. Esto es igualmente predicable tanto para establecimientos educativos públicos como privados, porque el que estas instituciones se constituyan en ejercicio de la libertad de empresa, no implica que puedan tratarse como simples establecimientos de comercio que buscan una remuneración económica por la prestación de un servicio. Por el contrario, en razón a la función social que cumplen, los centros docentes privados deben garantizar una determinada calidad en la prestación del servicio, la cual se concreta en los fines que la Constitución consagra.

A lo largo de este aparte se describirá el contenido del derecho a la calidad en la educación haciendo énfasis en estos aspectos: el mandato constitucional de una enseñanza impartida por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica, el derecho a una educación prestada en condiciones dignas, y el derecho de los menores a una adecuada educación sexual.

1.1. EL DERECHO A QUE LA ENSEÑANZA SE IMPARTA POR PERSONAS DE RECONOCIDA IDONEIDAD ÉTICA Y PEDAGÓGICA

Sentencia T-337 de 1995

Los fines constitucionales de la educación sólo pueden conseguirse en la medida en que se capacite adecuadamente a los docentes que, en los términos de la Constitución, deben ser “personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica”. El derecho a la educación no se limita al hecho de ingresar al sistema educativo o poder permanecer en él. También incluye, en el Estado social de derecho, el derecho a que la enseñanza se imparta “por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica”, lo que no es

humana. La educación debe permitir el desarrollo de la personalidad de los individuos, el respeto a la vida y a los demás derechos humanos, la participación en las decisiones colectivas, el respeto de las autoridades, el acceso a las diferentes formas de conocimiento, y en general, la formación integral de las nuevas generaciones. Consultar al respecto la sentencia T-124 de 1998.

³⁰⁰ Cf. Capítulo V, numeral 1.

ajeno a la profesionalización y dignificación de la actividad docente que la ley debe garantizar.

1.1.1. Los estudiantes tienen derecho a que la enseñanza esté a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica.

Una niña de 9 años de edad que asistía a la escuela municipal de Panqueba (Boyacá) fue segregada por sus compañeros de quinto grado de primaria, llamándola “prostituta” y “enferma de sida”. Esta idea surgió por la declaración que uno de sus compañeros hizo públicamente en clase de religión sobre una presunta relación amorosa entre la niña con otro menor y por la respuesta que la maestra dio al asunto, al explicarle al menor involucrado que si había hecho el amor con la niña podía haber sido infectado de SIDA. Posteriormente, la profesora afirmó que cuando creciera la niña iba a ser una prostituta, y prohibió a las demás niñas de quinto y otros cursos de primaria³⁰¹ que se acercaran a ella, porque podía contagiarlas de SIDA. A partir de ese día, los niños no quisieron jugar con la menor, y al sentirse rechazada (aún desconociendo el sentido de la enfermedad que se le atribuía)³⁰², no quiso regresar a la escuela. La progenitora de la menor acudió a la acción de tutela por considerar que las afirmaciones de la profesora vulneraban los derechos de su hija a la igualdad, honra y enseñanza.

El juez no amparó estos derechos, y se limitó a ordenar a la profesora llamar la atención a sus alumnos para evitar que la menor fuera aislada. La Corte sin embargo, sostuvo que la vulneración al derecho a la educación de la menor de edad era patente, pues la segregación de sus compañeros amenazaba con causar su deserción del sistema educativo, y las explicaciones de la maestra, lejos de resolver el problema, lo acrecentaron. Se configura entonces una falla del servicio público de educación, ante la falta de una estrategia educativa adecuada para resolver el conflicto. Al responder a las denuncias de que era objeto la menor de edad con reglas morales, dejó la impresión de que aceptaba la veracidad de los hechos y se la condenaba, propiciando de esta manera la posterior discriminación y causando secuelas en la dignidad y la

³⁰¹ “La niña K, del salón de cuarto de primaria, recordó que la maestra les había comentado ‘que las niñas se prestaban por plata para irsen (sic) con los niños a revolcarse (sic) a los potreros y les dijo a los niños que no fueran sinvergüenzas y que le provocaba sentarse a llorar’. (...) De igual modo, la niña J refirió al Juzgado que en su curso, la maestra había dicho que eran ‘unas sinvergüenzas y unas cochinas y yo no sé porqué nos dice así’. L, quien cursa cuarto de primaria, relató al Juzgado que el rumor acerca de que B tenía SIDA fue iniciado por H ‘porque la profesora C, dijo que unas pocas niñas estaban prestándole el cuerpo para los muchachos y H me contó y me dijo a mí que de pronto B tenía SIDA’.” Sentencia T-337 de 1995.

³⁰² “El dictamen médico establece, igualmente, que desde el punto de vista psicológico la menor presenta ‘un temor al rechazo y aislamiento por parte de sus compañeros de estudio; según la paciente porque la creen enferma de SIDA, aunque ella misma no sabe que significa la enfermedad’.” *Ibíd.*

personalidad de la niña. Estos errores revelan que sólo capacitando y aceptando como docentes a personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica podrán alcanzarse los fines constitucionales de la educación³⁰³.

La Corte concedió la tutela, y como la causa real de la vulneración de derechos se asocia a fallas objetivas en la prestación del servicio educativo público, ordenó al Ministerio de Educación Nacional examinar la situación presentada en la escuela municipal de Panqueba y desplazar por el tiempo que se requiera a un docente experto en las materias que a su juicio deban reforzarse, en particular, en lo que tiene que ver con la educación sexual. También ordenó al secretario de educación de Boyacá disponer lo necesario para someter a la menor a una evaluación psicológica para establecer si debe recibir una psicoterapia a fin de que pueda superar la perturbación de la que habla el dictamen médico que se le practicó. (Sentencia T-337 de 1995)³⁰⁴.

1.2. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN PRESTADA EN CONDICIONES DIGNAS

Sentencia T-402 de 1992

³⁰³ “Los establecimientos educativos privados de acuerdo con lo establecido en la Ley 115 de 1994 sólo podrán vincular a su planta docente personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica y que además ostenten título en educación, expedido por una universidad o una institución de educación superior (nacional o extranjera).

Lo ideal es que también los directivos docentes de los establecimientos educativos de carácter privado reúnan el requisito mínimo de grado octavo en el Escalafón Nacional Docente y cinco (5) años de experiencia; docente por lo menos dos (2) años en el grado octavo; sin embargo la Ley General de Educación considera que personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica con título en educación superior pueden ser vinculadas a la planta docente de estos establecimientos, y que el régimen laboral legal aplicable a las relaciones laborales y a las prestaciones sociales serán las del Código Sustantivo del Trabajo”. **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**. Oficina Asesora Jurídica. *Conceptos Jurídicos docentes*. Página de Internet dirección URL: <http://www.mineduccion.gov.co/normas/subtema.asp?CodigoSubTema=48>.

³⁰⁴ Puede consultarse además la sentencia T-354 de 1999, que en uno de sus apartes señala: “Cuando se imparten clases por personas que carecen de la preparación adecuada para asumir tan exigente y delicada tarea, y ello ocurre bajo la mirada impasible del Estado -que entonces incurre en grave omisión- se están desconociendo los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la educación y su adecuada prestación como servicio público, y, por supuesto, tal situación llevaría en casos concretos a una evidente vulneración de ese derecho fundamental en cabeza de los menores sometidos al deficiente proceso educativo”.

El artículo 12 de la Carta prohíbe la desaparición forzada, la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No pocas veces las actitudes y conductas violentas de padres de familia y educadores pueden dar lugar a la vulneración de este derecho, por lo que le corresponde al juez constitucional establecer cuándo las actuaciones de los mayores constituyen un caso de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes respecto de los menores.

(...) Una modalidad aún hoy arraigada en la educación es el empleo de castigos físicos y morales que no se compadecen con el respeto de los derechos humanos y con los principios democráticos consagrados en la Constitución. Algunos docentes todavía veneran la antigua máxima autoritaria, “la letra con sangre entra”. Sin embargo, por extendidas y reiteradas que sean estas prácticas en nuestras tradiciones culturales, ellas conllevan una grave violación de los derechos fundamentales de los niños, en especial del derecho al cuidado y al amor (C. P. art. 44), guía insustituible del proceso educativo.

La dignidad es un principio fundante del Estado con un valor absoluto e intrínseco, por lo cual no puede ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia. Todo estudiante tiene derecho a ser tratado dignamente, a que no se efectúen intrusiones indebidas a su intimidad, y a que no se le apliquen castigos que por su gravedad lo degraden o humillen. Cualquiera de estas situaciones genera falla en el servicio público de educación y puede dar lugar a sanciones y condenas contra el Estado y el funcionario o particular encargado de la educación.

La Corte Constitucional ha considerado además que el derecho a la educación de los niños y niñas supone la posibilidad de alcanzar un desarrollo integral, en virtud del cual el educando pueda desplegar totalmente sus facultades físicas y mentales. Para ello es indispensable que el menor de edad tenga acceso al servicio educativo en condiciones dignas, en espacios en los que pueda moverse con libertad e interactuar de diferentes formas con los demás.

Cuando hay alteraciones en la prestación del servicio público debido a que las instalaciones destinadas para la prestación del servicio no son adecuadas, presentan fallas estructurales, o carecen de servicios públicos como agua potable, alcantarillado, o energía eléctrica, las autoridades competentes tienen la obligación de dar respuesta a la alteración y prevenir que se vuelva a presentar en el futuro. De no tomar las medidas pertinentes para evitar dichas alteraciones, el derecho a la educación es vulnerado.

1.2.1. Los castigos degradantes, humillantes o crueles vulneran el derecho a la dignidad humana.

Un padre de familia interpuso una acción de tutela contra el colegio donde estaba matriculado su hijo porque una de las profesoras le dio un trato degradante, que consistió en ordenarle pasar al frente de sus compañeros de clase, y proceder a taponarle la boca con un esparadrapo como mecanismo “correctivo”³⁰⁵ para evitar que contestara cuando no era preguntado. Esto convirtió al niño en objeto de burla para sus compañeros. El juez de primera instancia, al considerar la conducta de la profesora como una forma de maltrato, compulsó copias a la Comisaría de Familia competente para que se investigara tal conducta.

La Corte Constitucional, en Sala de Revisión, consideró que la conducta de la profesora violó múltiples derechos fundamentales (particularmente, el principio de dignidad humana, la libertad de expresión, y la protección contra toda forma de violencia moral) al aplicar un castigo que, dada su gravedad, humilla o degrada, y “hace que el menor pierda autoestima a los ojos de los demás o a los suyos propios”³⁰⁶. Cualquier modalidad de castigo que tenga estas características se constituye en una práctica lesiva de la dignidad del menor que pone en peligro su desarrollo físico y mental, y por lo mismo la acción de tutela es procedente, sin perjuicio de las sanciones y condenas contra el Estado y el funcionario o particular encargado de la educación. (Sentencia T-402 de 1992).

La jurisprudencia también ha señalado que la aplicación de las normas del reglamento o manual de convivencia de la institución educativa a través de insultos, humillaciones, escarnios³⁰⁷, o castigos brutales lesiona gravemente la dignidad del estudiante³⁰⁸. Las normas mismas no pueden vulnerar la dignidad esencial del educando, porque sería imponer obligaciones contrarias a la Constitución.

³⁰⁵ “En declaración juramentada ante el juzgado del conocimiento, la profesora (...) admitió haberle tapado la boca con un esparadrapo al menor (...) frente a sus compañeros, como ‘corrección’ por el hecho de que el mencionado niño en una evaluación respondió preguntas cuando no se le preguntaba. La educadora adujo como justificación de su proceder la ira que le ocasionó la conducta del menor; sin embargo, afirma haber recapacitado luego y no haber ‘vuelto a reincidir en eso’.” Sentencia T-402 de 1992.

³⁰⁶ *Ibíd.*

³⁰⁷ “El escarnio público es una forma de violencia moral contra el menor, que no puede ser adoptada como práctica pedagógica o sanción disciplinaria sin faltar al respeto que se debe a la dignidad de la persona, y contra la cual debe ser protegido el niño”. Sentencia T-143 de 1999.

³⁰⁸ “[L]os educadores que tengan a su cargo exigir cotidianamente al alumnado el cumplimiento de los requisitos plasmados en el Manual, deben obrar de modo razonable y adecuado a las finalidades formativas de la regla exigida, sin ofender la dignidad de las personas confiadas a su orientación. El insulto, la humillación, el escarnio o el castigo brutal son métodos reprobados por la Constitución Política en cuanto lesivos de la integridad de los estudiantes y contrarios al objeto de la función educativa. La persuasión, la sanción razonable y mesurada, la crítica constructiva, el estímulo y el ejemplo son formas idóneas de alcanzar el respeto a la disciplina y la imposición del orden que la comunidad estudiantil requiere”. Sentencia T-366 de 1997.

Finalmente, la Corte ha resaltado que no sólo los castigos impuestos por los establecimientos educativos son demandables por vía de tutela: también los castigos degradantes de los padres o de cualquier otro responsable de la educación de los niños³⁰⁹.

1.2.2. Las inadecuadas condiciones ambientales y de salubridad en que se preste el servicio educativo vulneran el derecho a la educación.

En una escuela los niños se veían expuestos a serios peligros para su salud, toda vez que, por falta de agua, no contaban con el servicio de restaurante, de sanitarios y de aseo general del establecimiento educativo, viéndose obligados a hacer sus necesidades fisiológicas alrededor del establecimiento y a la supresión de su refrigerio escolar, sin que las autoridades competentes para solucionar el problema desplegaran actividad alguna para superarlo. La Corte Constitucional tuteló el derecho a la educación de estos niños, pues la falta de servicios sanitarios y el desecho inadecuado de los residuos los sometían a estudiar al lado de la fetidez y los exponía al riesgo de adquirir enfermedades. En materia del crecimiento y educación de los niños, los conocimientos en las edades infantiles llegan a través de la interrelación constante entre cuerpo y espíritu, siendo entonces evidente la limitación a la que se encuentran sometidos en este caso cuando tienen que vivir en medio de toda clase de excrementos y condiciones insalubres, de lo cual son responsables los encargados de la administración municipal. El juez constitucional ordenó a la alcaldía del municipio tomar todas las medidas necesarias para regularizar el servicio de acueducto y alcantarillado de la escuela. (Sentencia T-481 de 1997).

1.2.3. El deterioro de la planta física de los centros educativos pone en riesgo la vida de los estudiantes y vulnera su derecho a educarse. Las autoridades municipales tienen la obligación de dar solución a estos problemas.

³⁰⁹ “Los derechos fundamentales del hijo menor, determinan que los padres no deban emplear castigos lesivos de la dignidad personal de éste. La Constitución reconoce a los padres el derecho de educar a sus hijos (Art. 68), a la vez que les impone tal responsabilidad (Art. 67). Pero hasta dónde llega el castigo, es algo que viene limitado por la misma integridad física y moral del hijo, que es inviolable. De ahí que el padre de familia obra contrariamente a derecho cuando movido por la iracundia aplica un castigo desproporcionado, anulando la razonabilidad de la corrección. De ello lo que resulta no es la adecuada formación del hijo, sino una reacción de incomprensión de éste hacia la medida arbitraria determinada por un acto pasional. La corrección paterna no puede ser otra cosa que un acto adecuado, es decir, proporcionado a la gravedad de la falta, sin llegar jamás a constituirse en lesivo a la integridad o la dignidad del hijo, como persona humana”. Sentencia T-123 de 1994.

Una escuela se encontraba en grave estado de deterioro debido a las fallas estructurales de su planta física, lo que representaba una amenaza para los estudiantes y profesores. Las organizaciones cívicas de la comunidad se dirigieron a las autoridades municipales para solicitarles la demolición total para construir una planta física adecuada. Sin embargo, las autoridades competentes alegaron problemas de tipo legal para poder invertir en el establecimiento educativo.

Al acudir a la acción de tutela, el juez constitucional protegió el derecho a la vida y la educación de los niños, ordenando a las autoridades municipales ocuparse prioritariamente de las medidas inmediatas y mediatas que se debían ejecutar para que el servicio les sea prestado en condiciones dignas. La Corte sostuvo que la prestación del servicio en condiciones que ponen en peligro la vida de educandos y educadores, ofende la dignidad humana, y por lo tanto, las autoridades municipales tienen la obligación de efectuar las reparaciones necesarias (Sentencia T-385 de 1995).

1.2.4. Ante la inminencia de un perjuicio irremediable, la tutela es procedente para ordenar a las autoridades correspondientes garantizar la seguridad en las instituciones educativas.

Una institución educativa presentaba continuas inundaciones en sus instalaciones, afectando el normal desarrollo de la actividad pedagógica y poniendo en riesgo la salud de profesores y estudiantes. Adicionalmente, las aguas derrumbaron un muro del colegio. Ante tales hechos, los directivos del plantel se dirigieron ante la Alcaldía Municipal y demás autoridades competentes para que tomaran los correctivos pertinentes, sin lograr solución. La Corte concluyó que, si bien la acción de tutela no debe en principio ser empleada como herramienta para intervenir en la ejecución del presupuesto de un municipio (ordenándole la ejecución de obras o adquisición de bienes con tal de garantizar la protección de derechos fundamentales), en este caso, ante la inminencia de un perjuicio irremediable, como puede ser el derrumbe de otros muros y tapias del plantel, con el inminente peligro de causar una tragedia de grandes proporciones que pueda afectar la integridad física o incluso causar la muerte a alguna persona, tuteló como mecanismo transitorio los derechos a la vida, salud y educación. Ordenó a la Alcaldía que realizara las obras civiles que considerara pertinentes para garantizar la seguridad en las instalaciones de dicho plantel educativo, obras que debían buscar la protección contra las aguas lluvias (Sentencia T-526 de 1997).

1.2.5. El derecho de los mayores de edad a la calidad de la educación no se vulnera cuando la deficiencia en la prestación del servicio no llega a

anular la prestación misma, ni cuando las faltas pueden ser explicadas razonablemente como manifestación de la situación económica del país.

Un numeroso grupo de estudiantes de cuarto semestre de medicina perdieron las materias de fisiología y bioquímica, lo que produjo la reprobación del semestre completo. Los estudiantes solicitaron a la universidad la realización de una curva técnica para mejorar las calificaciones del grupo, a lo cual accedió la Universidad. A pesar de haberse reducido a la mitad el número de estudiantes descalificados, aquellos que no resultaron beneficiados solicitaron un aumento de 1,5 sobre la nota final de cada alumno, a lo cual se opuso el Consejo Académico de la Universidad. Ante esta situación, 68 de los estudiantes afectados interpusieron acciones de tutela, argumentando la violación de su derecho a la educación por la mala prestación del servicio, que se evidencia en el índice de reprobados. Las razones que los estudiantes presentaron para demostrar la mala calidad del servicio fueron:

- Visibilidad y audición inadecuadas en los salones de clases.
- Hacinamiento en los auditorios.
- Fatiga de los profesores por exceso de trabajo.
- Intimidación por parte de los profesores.

Con base en estos argumentos solicitaron que el juez ordene a la Universidad realizar una curva técnica que les permitiera aprobar la materia y acceder al quinto semestre.

La Corte Constitucional sostuvo que:

la prestación del servicio de educación se convierte en una violación al derecho fundamental mencionado, sólo en aquellos casos en los cuales los educandos se encuentren en una situación tal que la finalidad propia del servicio quede por completo insatisfecha, esto es, cuando “el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura” (Art. 67 CP) resulte ajeno a la actividad que se realice. Se requiere, entonces, que del análisis de la situación de hecho en la que se encuentren los usuarios del servicio se desprenda el incumplimiento palmario de la obligación de hacer que tenga el Estado o la entidad educativa frente a las personas involucradas en dicha relación prestacional.

En aquellos casos en los cuales la deficiencia en la prestación del servicio no llega hasta el punto de anular la prestación misma y en los que las fallas pueden ser explicadas de manera razonable como una manifestación de la escasez de recursos propia de la situación económica específica de país, no es posible establecer la violación de un derecho fundamental.

En el caso bajo análisis, la Corte encontró problemas de luz, sonido y hacinamiento en la Universidad. Pero estas situaciones no tienen, en abstracto, relación con el número de personas reprobadas. La falta de luz obedeció al racionamiento de energía eléctrica que tuvo que afrontar todo el país durante casi un año, que si bien afectó el

desarrollo de las clases, fue mayoritariamente superado por los estudiantes e instituciones educativas de todo orden.

Para la Corte, el aspecto más débil de la posición de los estudiantes consistía en su petición: al pretender establecer una conexión entre el número de reprobados y la calidad de la educación, debía aplicarse una “curva técnica” por medio de la cual las materias perdidas pudieran considerarse aprobadas. Tal solicitud, para la Corte, no tenía fundamento alguno, pues implicaría validar unos conocimientos que no fueron adquiridos. La Corte concluyó que el problema de las fallas en la prestación del servicio era algo cuya solución mantenía independencia de los resultados de los exámenes: “Los estudiantes que perdieron las materias pueden exigir mejoras en la calidad de la educación, si consideran que esta fue deficiente, pero en ningún caso solicitar que la universidad considere validado un conocimiento que no ha sido adquirido”. Si bien las directivas de la Universidad no pueden escudarse en la autonomía universitaria para proteger unas condiciones académicas deficientes y los estudiantes tienen derecho a recibir una educación de calidad, la petición de acceder al curso siguiente no tenía sustento alguno. (Sentencia T 574 de 1993).

1.3. EL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A RECIBIR UNA ADECUADA EDUCACIÓN SEXUAL EN LOS CENTROS DOCENTES

1.3.1. Constitucionalmente, la educación sexual de los menores de edad es un asunto que incumbe de manera primaria a los padres. Sin embargo, los colegios están en la obligación de participar en ello. El Estado, en virtud de la facultad estatal de regular y ejercer la inspección y vigilancia de la educación, tiene la obligación de garantizar la educación sexual adecuada y oportuna.

La docente de una escuela rural tuvo que explicar a estudiantes de tercer grado de primaria temas de sexualidad, ante las inquietudes de algunos alumnos. Los medios empleados al explicar el tema sexual fueron entre otros, dibujos en el tablero, analogías con otros procesos de apareamiento, muestra de zonas no erógenas del cuerpo, y besos y caricias a los alumnos. Los niños llevaron comentarios a sus casas y los padres de familia formularon quejas. La oficina seccional de escalafón docente departamental, invocando (entre otras causales) que el método y contenido tratado por la profesora podía calificarse como aberración sexual, la excluyó del escalafón docente y la destituyó del cargo. Adicionalmente, la junta seccional solicitó a un Juez de Instrucción Criminal determinar si existía o no adecuación de la conducta

desplegada por la docente a las normas tipificadas en el ordenamiento penal. El Juez se abstuvo de abrir investigación penal por “inexistencia parcial de los hechos denunciados” y por “ser atípica penalmente” la conducta. La educadora interpuso recurso de apelación contra la resolución, pero la Junta Nacional de Escalafón Docente confirmó la decisión. Posteriormente, presentó acción de tutela, solicitando la protección de sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso, pero el juez la consideró improcedente por existir otros medios de defensa judiciales y por que no se puede utilizar como mecanismo transitorio en razón a que no existía perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional, en sala de revisión, sostuvo que los menores tienen derecho a una educación sexual adecuada y oportuna:

Adecuada, porque el adoctrinamiento en una determinada concepción del hombre o la utilización de métodos inadecuados o inoportunos en la educación pueden llevar a daños psicológicos que afecten gravemente el desarrollo de la personalidad del menor de edad, y pueden interferir con los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad del niño. Por ello se debe:

- Dar un enfoque equilibrado en el tratamiento de los diferentes aspectos.
- Determinar apropiadamente los contenidos de la temática presentada por el educador.
- Respetar las diversas convicciones religiosas o ideológicas.
- Proveer elementos objetivos para contribuir a su reflexión y a una más clara, racional y natural asunción de su corporeidad y subjetividad.

Se estimula de esta manera que las elecciones y actitudes que se adopten - en un campo que pertenece por definición a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad - sean conscientes y responsables.

Oportuna, porque la edad y condiciones de susceptibilidad emocional y espiritual de los menores de edad son factores de los cuales depende el saludable desarrollo de la personalidad del niño. En consecuencia, la educación sexual debe ser oportuna para la edad, contemplando las inquietudes y respondiendo respetuosamente a los diversos cuestionamientos de los alumnos.

Constitucionalmente, la educación sexual es un asunto que incumbe de manera primaria a los padres. Por su propia naturaleza, la instrucción sexual se lleva a cabo desde el nacimiento en la atmósfera protegida de la familia. Sin embargo, los colegios están en la obligación de participar en ello, no solo para suplir la omisión irresponsable de aquellos en el tratamiento del tema, sino porque el comportamiento sexual es parte esencial de la conducta humana general, del cual depende el armonioso desarrollo de la personalidad y, por esta vía, la convivencia pacífica y feliz de la sociedad. La formación integral de los educandos justifica que los colegios participen en la educación sexual del niño. Adicionalmente, el Estado tiene la

obligación constitucional de garantizar la educación sexual obligatoria, adecuada y oportuna. La facultad estatal de regular y ejercer la inspección y vigilancia de la educación incorpora el poder de planear y dirigir el sistema educativo con miras a lograr la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos.

La libertad de enseñanza faculta a los colegios y educadores respectivos para impartir la educación sexual. La introducción del tema o materia de la sexualidad en la escuela no es irrazonable, en cuanto puede intentar reducir el nivel de embarazos no deseados, la extensión de enfermedades venéreas o la paternidad irresponsable. No obstante, no es constitucional ni legalmente irrelevante la manera y el momento en que ello se haga. Por ello,

- El Estado debe controlar que la información y los conocimientos transmitidos se realice de forma objetiva, crítica y pluralista, sin traspasar el límite del adoctrinamiento. Dada la necesidad de promover la educación sexual, en los diferentes planteles educativos se ordenó al Ministerio de Educación elaborar con el apoyo de expertos un estudio sobre el contenido y metodología más adecuados para impartir la educación sexual en todo el país.
- Los padres tienen derecho a solicitar periódicamente información sobre el contenido y métodos empleados en cursos de educación sexual, con el fin de estar seguros sobre si éstos concuerdan con las propias ideas y convicciones. Sin embargo, el respeto del derecho de los padres a educar no significa el derecho a eximir a los niños de dicha educación, por la simple necesidad de mantener a ultranza las propias convicciones religiosas o filosóficas.
- Tanto padres como profesores deben ser especialmente conscientes de que los fines de la educación sexual son, entre otros, el respeto de la dignidad humana, y el crecimiento en autoestima y en respeto hacia los demás, como fundamento de una personalidad sana y de una sociabilidad necesaria.

(Sentencia T-440 de 1992)³¹⁰.

1.3.2. Una explicación inapropiada de educación sexual puede causar una vulneración continua de los derechos a la educación, intimidad, identidad y dignidad humana de los menores de edad. El Estado tiene la

³¹⁰ En el caso concreto, la Corte consideró que la maestra no ofreció una educación sexual de calidad, es decir, adecuada y oportuna para alumnos entre 8 y 12 años del curso tercero de primaria de una escuela veredal. Empero, la sanción de exclusión del escalafón y destitución del cargo era desproporcionada. En consecuencia, ordenó al Ministro de Educación que por su conducto se dispusiera la reapertura de la investigación disciplinaria abierta contra la educadora, a fin de que dentro de ella se lleve a cabo un incidente administrativo de rectificación constitucional.

obligación, a través de una labor pedagógica, de aminorar los efectos producidos por un tema educativo incorrectamente suministrado.

En una escuela rural, un niño de 5 años, en la hora del recreo, se encontraba en el baño bajándose los pantalones en frente de otros niños, porque, al parecer, tenía una molestia en sus genitales. Una niña que vio el hecho, manifestó su rechazo. Para darle naturalidad al asunto, en el aula de clase, la profesora obligó al niño a subirse en una silla y mostrar sus genitales delante de los demás menores para explicar que éstos no son motivo de vergüenza, sino que, al hacer parte del cuerpo humano, son algo totalmente natural, y que no merecía los comentarios de desaprobación que hizo la niña. Como consecuencia de este hecho, el infante se negó a volver a la escuela, por el temor de afrontar el ridículo. El padre del menor presentó demanda de tutela ante el juez promiscuo del municipio, sosteniendo la vulneración de los derechos de su hijo a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. El juez de primera instancia decidió negar el amparo, al considerar que en este caso se encontraba frente a un daño consumado, pero teniendo el comportamiento de la docente como agresivo y dañino para el niño, compulsó copias del fallo a la Junta de Escalafón Docente departamental y a la Coordinación de la Fiscalía Local, con el fin de que se investigue la posible comisión de un hecho punible.

La demandada impugnó el fallo explicando que su conducta pretendía suministrar información apropiada y oportuna sobre el cuerpo humano, y en ningún caso producir daño al menor de edad. El demandante también impugnó el fallo. Anexó un concepto psicológico sobre la situación emocional del menor de edad, después de ocurrido el incidente, que señala que el niño estaba anímicamente intranquilo, desmotivado hacia la escuela y renuente a regresar, y se recomendaba terapia psicológica al menor de edad y asesoría dirigida a los padres, para que realicen un manejo adecuado del problema. A pesar de estos argumentos, el juez de segunda instancia confirmó la improcedencia de la tutela por daño consumado.

La Corte Constitucional asumió la revisión del caso, y concluyó que la interpretación de los jueces sobre el daño consumado no es correcta, debido a que lo ocurrido tuvo implicaciones adicionales y la vulneración no se detuvo en el mismo momento en que ella se dio. La violación de los derechos a la dignidad humana, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y la educación, continuaban produciéndose.

La profesora, al tratar de proporcionar una explicación natural sobre el cuerpo humano, incurrió en una conducta que resultó desproporcionada, en primer lugar, para el niño y, en segundo lugar, para sus demás compañeros, pues esta explicación la hizo utilizando el cuerpo del niño, causando reacciones en todos. En el caso concreto del menor de edad, este procedimiento constituyó para él una intromisión en su intimidad, causándole un daño emocional, pues afectó los aspectos que se relacionan con el respeto que tiene de sí mismo y de su propio cuerpo, y con la imagen que los demás tienen de él. Se ingresó a un espacio que era para él reservado y sobre el cual

no tuvo la oportunidad de oponerse ni defenderse, en virtud de su corta edad, afectando además su autonomía. También se vulneró el derecho a la educación, desde dos aspectos:

- La explicación que se le dio sobre los órganos genitales resultó inadecuada.
- Interrumpió su educación, al no querer volver a la escuela.

El deber de educar -en el que se incluye la educación sexual- corresponde en primer lugar a los padres, quienes en armonía con el establecimiento educativo, que en este caso representa a la sociedad y al Estado, están en la obligación constitucional de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Existe además la obligación constitucional del Estado de regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia sobre la educación, incluyendo la sexual. En consecuencia, la tutela debía proceder para proteger los derechos fundamentales del menor y de sus compañeros. Para tal efecto, la Corte solicitó al Ministerio de Educación desplazar, al menos, a un experto y a un psicólogo para que durante un período razonable logren el retorno del menor a la escuela y procuren que se produzca en un ambiente que permita reconstruir los derechos vulnerados del menor y que ayude a los demás alumnos a entender lo sucedido. Es decir, que se garantice, a través de una labor pedagógica, aminorar los efectos producidos en la escuela por una explicación inapropiada de educación sexual. (Sentencia T-293 de 1998).

2. SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ACEPTABILIDAD DE LA EDUCACIÓN

Como se mencionó en la introducción, el alcance de la aceptabilidad de la educación se ha ido ampliando hasta el punto de incluir temas como la etnoeducación, haciendo hincapié en el idioma en que se ofrece la instrucción para las minorías étnicas. Esto debido a que el idioma a menudo hace que la educación sea inaceptable si no es la lengua nativa de los niños y niñas, lo que en la práctica hace nugatorio el derecho.

La obligación de hacer aceptable el idioma en que se ofrece la instrucción a las minorías étnicas convierte a sus miembros en sujetos de especial protección constitucional en relación con el derecho a la calidad. El reconocimiento constitucional del derecho a la etnoeducación ha permitido un significativo avance en la concreción normativa y fáctica de dicha protección. Hoy en día no puede entenderse el derecho a la educación de los miembros de los pueblos indígenas sin fijar la vista en sus derechos a la diversidad étnica y cultural, a una educación bilingüe que afirme su identidad cultural, al carácter especial de sus tierras comunales, a su autonomía y a su patrimonio cultural.

El marco legal que consolida los mandatos de la Carta Fundamental y que desarrolla un programa nacional de etnoeducación se encuentra en la Ley 115 de 1994. En su artículo 55, se define etnoeducación como la educación que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autónomos; es una educación ligada al ambiente, al proceso productivo, y al proceso social y cultural de una comunidad, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones.

En el artículo 56 se relacionan como principios de la etnoeducación la integralidad, interculturalidad, diversidad lingüística, participación comunitaria, flexibilidad y progresividad; también se señalan como fines afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, sistemas y prácticas comunitarias de organización, uso de las lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura.

En los artículos 57 a 62 la Ley reconoce el derecho de los grupos étnicos con tradición lingüística propia a recibir educación bilingüe, tomando como fundamento escolar la lengua materna del respectivo grupo; la obligación del Estado de promover la formación de educadores en el dominio de las culturas y lenguas de los grupos étnicos; la obligación del gobierno de prestar asesoría especializada en el desarrollo curricular, en la elaboración de textos y materiales educativos y en la ejecución de

programas de investigación y capacitación etnolingüística, en concertación con los grupos étnicos; y el derecho de los grupos étnicos de participar en la selección de los educadores que laboren en sus territorios, pudiendo escoger preferiblemente a miembros de la misma comunidad.

2.1. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS INTEGRANTES DE GRUPOS ÉTNICOS MINORITARIOS

El Estado tiene la obligación constitucional de proteger la identidad étnica y la riqueza cultural a través de su sistema educativo³¹¹. Así está consagrado en el inciso 5 del artículo 68:

Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

El artículo 10 incorpora adicionalmente una garantía fundamental para las minorías étnicas con tradiciones lingüísticas propias:

El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la educación es el principal medio institucionalizado para preservar la cultura de un grupo humano. Por ello, las minorías étnicas tienen derecho a darse su propia educación para conservar, desarrollar y recuperar las tradiciones que sienten como propias, así como afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, y protección de los miembros de la etnia.

2.1.1. La calificación de una lengua como oficial en un territorio determinado genera el derecho de las minorías étnicas a que la enseñanza se imparta en esa lengua.

En sentencia de constitucionalidad, la Corte declaró exequible el artículo 43 de la Ley 47 de 1993, ley que consagra normas especiales para la organización y el

³¹¹ Ver sentencia C-530 de 1993.

funcionamiento del departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. El tenor literal del citado artículo es éste:

Artículo 43. Educación. La enseñanza que se imparta en el territorio del Departamento Archipiélago, deberá ser bilingüe, castellano e inglés, con respeto hacia las tradicionales expresiones lingüísticas de los nativos del Archipiélago.

Parágrafo. El Ministerio de Educación Nacional, en coordinación con la Secretaría de Educación Departamental, ejecutará las acciones necesarias para la implementación del sistema educativo bilingüe y dispondrá lo necesario para que el personal docente del Archipiélago, maneje gradualmente los dos idiomas.

Contra el artículo se levantaron varios cargos, de los cuales vale la pena aquí hacer mención el siguiente: afirmaba el demandante que la población nativa se concentra en ciertas zonas del departamento, pero la norma hace extensivo el carácter oficial del inglés en todo el territorio del archipiélago, contrariando el artículo 10 de la C. P., que autoriza al Estado para reconocer el carácter oficial de una lengua solamente en el territorio de la comunidad que la utiliza. El efecto final de la norma es desconocer la libertad de enseñanza, porque obliga a los maestros de todo el departamento a emplear ambos idiomas oficiales.

La Corte estimó que el artículo está ajustado a la Constitución, ya que el territorio de la comunidad nativa del archipiélago lo constituyen las islas, cayos e islotes comprendidos dentro de dicha entidad territorial. El que la población raizal se encuentre en este momento replegada en ciertas zonas de la isla no es más que un síntoma de la necesidad de brindar una real protección a los derechos de los raizales. Y no se desconoce la libertad de enseñanza cuando se ordena al Ministerio de Educación hacer que progresivamente los docentes en la isla dominen ambos idiomas, porque este no es un derecho absoluto, sino que debe ajustarse a la realización de los fines del Estado. Y si uno de los fines del Estado según la Constitución es la protección de la riqueza cultural de la nación, entre cuyas manifestaciones se encuentran las diversas lenguas utilizadas en el territorio nacional, la libertad de cátedra exige del docente que, en todo caso, tenga capacidad de expresarse en el idioma oficial.

En resumen, el efecto más importante de calificar una lengua como oficial en un territorio determinado para el alto tribunal es la posibilidad de exigir que la enseñanza se imparta en esa lengua. Como dispone el artículo 10 de la Constitución, el Estado debe garantizar que la educación que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias sea bilingüe. Si los docentes se negaran a usar la lengua oficial, se afectaría el derecho a la igualdad, porque discriminaría expresiones lingüísticas legítimas. (Sentencia C-053 de 1999).

2.1.2. Cualquier acción de las autoridades públicas o de los particulares que implique violación o amenaza de la diversidad étnica y cultural de una comunidad étnica, puede configurar la amenaza o vulneración del derecho a la educación.

Un grupo de ministros evangélicos fundó la “Asociación nuevas tribus de Colombia” en 1967, y conociendo de la existencia del grupo étnico Nukak-Makú en 1969, iniciaron su labor pastoral en ese pueblo indígena, para bautizarlos, brindarles su educación y traducirles los textos sagrados de la Biblia. Durante su labor también ofrecieron alfabetización y enseñanza agrícola, y prestaron servicios de salud. El Estado autorizó a la Asociación para que estudiara el idioma y la cultura Makú, pero no otorgó facultades para evangelizar o imponer sus creencias y doctrinas a la comunidad. La asociación se instaló en Laguna Pabón, en el centro del territorio de los Nukak-Makú, y desde entonces desempeñaban una velada labor. Establecieron una pista de aterrizaje y viviendas permanentes. En el lugar prestaban servicios de atención en salud y educación, estudiaban el idioma y la etnografía, y realizaban proselitismo religioso. A través de donativos en herramientas, alimentos y el suministro de medicamentos, generaban la dependencia y estacionalidad frecuente de grupos en el lugar, creando una situación de impacto social y la sobreexplotación de recursos naturales. Adicionalmente, para los misioneros evangélicos, la mitología, el rito, el baile, el uso de sustancias psicotrópicas y sus prácticas médicas eran pecaminosas, lo que estaba generando en los indígenas el rechazo paulatino de sus propias costumbres e historia. Los Nukak-Makú, considerando que la actuación de esta persona jurídica tenía graves efectos sobre sus costumbres, instauraron una acción de tutela invocando la protección de su diversidad étnica y cultural³¹².

En opinión de la Corte, los derechos culturales de un grupo étnico son fundamentales, pues de su respeto y protección depende la existencia misma de la comunidad, y por consiguiente, la posibilidad de realización efectiva del proyecto de vida de sus miembros. Cuando la Constitución reconoce la diversidad cultural nacional, obliga a que se apliquen y logren efectivamente los derechos fundamentales de que son titulares los integrantes de las comunidades indígenas. Cualquier acción de las autoridades públicas o de los particulares que implique violación o amenaza de la diversidad étnica y cultural de una comunidad indígena, puede configurar la trasgresión o amenaza de vulneración de otros derechos que son fundamentales, como la igualdad, la libertad, la autonomía para el desarrollo de la personalidad, la salud y la educación. En el caso de los Nukak-Makú, dada su idiosincrasia y diferencia

³¹² “[P]ara que la protección a la diversidad étnica y cultural sea realmente efectiva, el Estado reconoce a los miembros de las comunidades indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra, pero además, y en aras de proteger la diversidad cultural, otorga ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo. En otras palabras, coexisten los derechos del individuo como tal, y el derecho de la colectividad a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger tal diferencia”. Sentencia T-496 de 1996.

cultural, el Estado debe conceder un trato preferencial para que obtengan la verdadera igualdad que proclama la Constitución. De los elementos probatorios que pudo disponer la Corte, concluyó que la Asociación demandada, al tener el privilegio de administrar salud y educación, coaccionaba a los indígenas con su ideología y desarticulaba sus costumbres y cultura. En consecuencia, la tutela debía prosperar por amenaza de vulneración de la diversidad étnica y cultural de los Nukak-Makú y de algunos de sus derechos culturales que se estiman fundamentales. La Corte envió copia de la sentencia a varias autoridades departamentales y estatales, para que las actividades de la Asociación demandada fueran controladas. Si la Asociación no adecuaba sus actividades al cumplimiento de la Constitución y la Ley, la División General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno debía cancelar su personería jurídica. (Sentencia T-342 de 1994).

3. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE ACEPTABILIDAD DE LA EDUCACIÓN

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su evaluación al informe presentado por Colombia en 2001, contó entre sus mayores motivos de preocupación el bajo nivel de calidad de educación en todos los niveles, y el bajo promedio de alfabetización de adultos³¹³. Por ello, recomendó al Estado colombiano lanzar una campaña efectiva para mejorar la calidad de la educación³¹⁴.

El Estado tiene la obligación de garantizar una formación integral de calidad, velando porque el servicio educativo que se presta sea aceptable. La aceptabilidad significa que las metodologías y procesos pedagógicos estén sólidamente fundamentados en la teoría y la práctica, los programas de estudio sean pertinentes, y la enseñanza sea dirigida por docentes especialistas en las distintas áreas. Para que la aceptabilidad sea efectiva, el Estado debe imponer a las instituciones educativas todas las medidas normativas en materia de calidad que se requieran, así como supervisar su cumplimiento. Las obligaciones de aceptabilidad se refieren entonces a brindar una específica calidad en el servicio educativo, establecer las normas mínimas en materia de enseñanza, y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación.

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación agrega que la obligación de hacer que la educación resulte aceptable también incluye la obligación de garantizar servicios de agua y saneamiento, así como la prohibición de castigos físicos y tratos humillantes o degradantes³¹⁵. Otras obligaciones de aceptabilidad que se derivan de la Constitución y los instrumentos internacionales también serán analizadas a continuación, siguiendo la clasificación por su efecto inmediato o cumplimiento progresivo.

³¹³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 27 Sesión, 12-30 de noviembre de 2001. General E/C.12/1/Add.74. Examen de los informes entregados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Conclusiones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para Colombia, párrafo 28.

³¹⁴ *Ibid.* Párrafo 48.

³¹⁵ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Informe preliminar, op. cit.* Párrafos 67-69.

3.1. OBLIGACIONES DE ACEPTABILIDAD DE EFECTO INMEDIATO

3.1.1. La Obligación de brindar una específica calidad en el servicio educativo

Los objetivos y fines de la educación imponen a las instituciones educativas la obligación de brindar una específica calidad en el servicio que prestan, y al Estado la obligación de velar por el logro de los mismos. Los objetivos de la educación constituyen obligaciones relativas al contenido mismo de los programas educativos y de los métodos de enseñanza. Tales objetivos están consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el Protocolo de San Salvador y la Convención de los Derechos del Niño.

La Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe:

Artículo 26. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Los propósitos y principios fundamentales de las Naciones Unidas en materia educativa son desarrollados y ampliados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

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.

El Protocolo de San Salvador, en su artículo 13 (2), también incorpora la obligación de orientar la educación en principios muy semejantes a los anteriores:

Artículo 13. 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.

También es oportuno citar los incisos 1 y 2 del artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que prescriben:

Artículo XII. Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.

Asimismo tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

De la lectura de estos instrumentos internacionales³¹⁶ se desprende que el Estado colombiano debe impartir educación en las instituciones de enseñanza pública siguiendo estos propósitos, y velar por que la educación privada se adecue a estos objetivos, respetando en todo caso el pluralismo y la libertad de enseñanza. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al respecto afirma:

Los Estados Partes han de velar por que los planes de estudio, en todos los niveles del sistema educativo, estén orientados a los objetivos definidos en el párrafo 1 del artículo 13. Asimismo, tienen la obligación de establecer y mantener un sistema transparente y eficaz para comprobar si la educación se orienta o no realmente a los objetivos educativos que se exponen en el párrafo 1 del artículo 13³¹⁷.

Adicionalmente, califica como violación del artículo 13 la aplicación de planes de estudio incompatibles con los objetivos de la educación expuestos en el párrafo 1 del artículo 13 y el no mantener un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento del párrafo 1 del artículo 13³¹⁸.

En síntesis, la educación que se imparte en Colombia debe estar orientada:

- Hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad.

³¹⁶ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera que estos artículos deben interpretarse a la luz de otros instrumentos internacionales, como la Declaración Mundial sobre Educación para Todos (Jomtien (Tailandia), 1990) (art. 1), la Convención sobre los Derechos del Niño (párrafo 1 del artículo 29), la Declaración y Plan de Acción de Viena (parte I, párr. 33, y parte II, párr. 80), y el Plan de Acción para el Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos (párr. 2).

³¹⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 49.

³¹⁸ *Ibíd.* Párrafo 59.

- Fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz.
- Capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, democrática y pluralista.
- Lograr una subsistencia digna.
- Favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos.
- Promover el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

De igual forma, el párrafo 1 del artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra los propósitos de la educación para los menores de edad, no como una simple enumeración de objetivos, sino imponiendo al Estado la obligación de responder por el derecho individual y subjetivo del niño a una determinada calidad de la educación que se le imparta:

Artículo 29. 1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
- e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

El objetivo primordial de la educación para los niños y niñas es el desarrollo de su personalidad (teniendo en cuenta sus capacidades y necesidades de aprendizaje). La educación no puede reducirse a la alfabetización y a la aritmética: debe preparar al niño para la vida activa, para poder tomar decisiones ponderadas y resolver conflictos, para integrarse satisfactoriamente en la sociedad y desarrollar todas sus dotes y cualidades creativas.

La educación debe servir para establecer un marco ético, moral, espiritual, cultural y social adecuado para el menor de edad; debe inculcar valores específicos como el respeto a los padres, a los derechos humanos, a su país y a su cultura, entre otros; debe promover la no violencia, la paz, la tolerancia y la igualdad; debe promover la participación del niño en la vida escolar; y tanto el programa de estudios como los

métodos pedagógicos deben guardar relación directa con el marco social, cultural, ambiental y económico del niño y con sus necesidades presentes y futuras.

En conclusión, la educación a que tiene derecho todo niño en Colombia, y a la que está obligado el Estado a proveer es aquella que:

- Propenda por el desarrollo del niño hasta el máximo de sus posibilidades.
- No se concentre fundamentalmente en la acumulación de conocimientos sino en el desarrollo armónico de los niños y las niñas.
- Potencie su sentido de identidad y pertenencia.
- Le inculque el respeto de los derechos humanos (facilitando información sobre el contenido de los tratados de derechos humanos y su aplicación en la práctica en el hogar, la escuela y la comunidad).
- Promueva valores éticos concretos como la paz y la tolerancia.
- Le dé las herramientas necesarias para su adecuada integración en la sociedad y en su relación con los otros y con el medio ambiente.

Según el Comité de los Derechos del Niño, esta obligación debe cumplirse adoptando las medidas necesarias para incorporar oficialmente estos propósitos de la educación en sus políticas educativas y en su legislación a todos los niveles; así como modificar los programas de estudios y revisar los libros de texto y otros materiales docentes, para incorporar los propósitos mencionados.

Para finalizar, el Convenio No. 169 OIT Relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en su artículo 29 señala como un objetivo de la educación de los niños y niñas de pueblos indígenas y tribales impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

3.1.2. La obligación de establecer las normas mínimas en materia de enseñanza que deben cumplir las instituciones educativas

De acuerdo con el artículo 29 (2) de la Convención de los Derechos del Niño y el párrafo 4 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Colombia tiene la obligación de establecer “las normas mínimas... en materia de enseñanza” que deben cumplir todas las instituciones de educación.

También se refiere el Pacto a estas normas cuando consagra la libertad de los padres y tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las públicas, “siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe” (párrafo 3 del artículo 13).

Las normas mínimas pueden referirse a cuestiones como la admisión, los planes de estudio y el reconocimiento de certificados. Las normas mínimas, a su vez, han de respetar los objetivos educativos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13.

La Constitución de 1991 asumió esta orientación como propia. Ello se desprende de las ponencias presentadas en la Asamblea Nacional Constituyente, como la que se cita a continuación:

El criterio fundamental que debe guiar las relaciones del Estado con la creación cultural, sistemática y popular, no es el de someter estas actividades a una indebida injerencia de las diversas ramas del poder público: es el de crear condiciones para su libre desarrollo. La presencia del Estado en la educación busca establecer garantías mínimas y pautas de referencia en materia de orientación y calidad³¹⁹.

Precisamente para evitar esa indebida injerencia y fijar solamente normas mínimas y pautas de referencia, la Constitución impuso al legislador la obligación de establecer las condiciones requeridas para la creación y gestión de los centros educativos (artículo 68 C. P.)³²⁰ y dictar las disposiciones generales con arreglo a las cuales las universidades pueden darse sus directivas y regirse por sus estatutos (artículo 69 C. P.).

La regulación sobre la enseñanza privada se sustenta en el deber del Estado de intervenir en la educación, y sus límites son la Constitución y el núcleo esencial del derecho a la educación, como lo sostiene la Corte Constitucional:

Teniendo en cuenta que la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social y que debe propender por formar al colombiano en los derechos humanos, a la paz y a la democracia (art. 67 C. P.), debe ratificarse que es el Estado quien tiene la misión de regular y vigilar la educación, con miras a la búsqueda y garantía del interés general, de la calidad del sistema educativo, del cumplimiento de sus fines y del acceso de todos los ciudadanos a una formación integral e idónea, para los educandos. En consecuencia, es el Estado quien debe orientar la educación conforme a tales fines sin desconocer en modo alguno el núcleo esencial del derecho a la educación, como ya lo ha señalado esta Corporación³²¹.

³¹⁹ *Cfr.* Asamblea Nacional Constituyente. Informe-Ponencia. *De la educación y la cultura*. Delegatarios Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero. Gaceta Constitucional N° 45. Sábado 13 de abril de 1991. Pág. 14. Citado por la sentencia T-492 de 1992.

³²⁰ “Las instituciones educativas de carácter privado gozan de protección estatal pero al mismo tiempo están sujetas a la reglamentación legal que permite y regula su ejercicio a fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los alumnos y a las obligaciones propias de quien presta un servicio público”. Sentencia Su-624 de 1999.

³²¹ Sentencia T-662 de 1999. Puede consultarse además la sentencia T-421 de 1992.

3.1.3. La obligación de ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación

La obligación del Estado colombiano no se limita a fijar las normas mínimas. Debe mantener además un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento de esas normas. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cita como ejemplo de violación del artículo 13 del Pacto el no velar por que las instituciones de enseñanza cumplan con las “normas mínimas” de educación que disponen los párrafos 3 y 4 del artículo citado³²².

En este punto, la Constitución de 1991 tiene gran trascendencia. En el artículo 26 se impone a las autoridades estatales la obligación de exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de ocupaciones, artes y oficios que exijan formación académica³²³; el inciso 5 del artículo 67 atribuye al Estado la obligación de “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”; y el numeral 21 del artículo 189 asigna al Presidente de la República la función de ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley. No sobra decir que tal función también se desprende del artículo 365 de la Constitución, dado el carácter de actividad de servicio público de la educación, y del numeral 26 del artículo 189, cuando se trate de inspeccionar y vigilar instituciones de educación superior constituidas como instituciones de utilidad común para velar por que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre la obligación del Estado de ejercer inspección y vigilancia sobre la educación. Cítese para el efecto la sentencia T-562 de 1993:

En cuanto hace a la inspección y vigilancia del Estado sobre la educación, el cual (sic) se ejerce sobre todos los establecimientos de educación, oficiales y particulares, ésta tiene con arreglo al artículo 67, inciso 5o. de la CP., los siguientes objetivos:

1. Velar por la calidad de la educación y por el cumplimiento de sus fines;
2. Velar por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos;
3. Garantizar el adecuado cumplimiento del servicio público de educación,

³²² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 59.

³²³ *Constitución Política. Artículo 26.* Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.

4. Asegurar a los menores las condiciones necesarias para su incorporación y permanencia en el sistema educativo³²⁴.

La Corte ha considerado además que la inspección y vigilancia del Estado sobre las instituciones educativas debe ejercitarse dentro del marco de la Constitución y el respeto a la autonomía universitaria, conforme a las normas que al efecto haya dispuesto la ley.

3.1.4. La obligación de adoptar las medidas necesarias para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana

Reza el artículo 28 (2) de la Convención sobre los Derechos del Niño:

Artículo 28. 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.

Sobre este tema, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que los castigos físicos son incompatibles con la dignidad humana, principio rector esencial de la legislación internacional en materia de derechos humanos. En su opinión, la humillación pública o cualquier otro tipo de disciplina que infrinja la dignidad humana o vulnere los derechos reconocidos en el Pacto, son inadmisibles. Por ello, los Estados Partes tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para que en ninguna institución de enseñanza, pública o privada, en el ámbito de su jurisdicción, se apliquen formas de disciplina incompatibles con el Pacto³²⁵.

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación también ha sostenido que:

Emplear la violencia para inculcar la obediencia a los niños de las escuelas y castigarlos por su mala conducta es totalmente contrario a los fines de la educación tal como se enuncia en los instrumentos internacionales de derechos humanos, trasladados a muchas legislaciones nacionales y confirmados por un número creciente de sentencias de los tribunales. (...) Para adaptar la educación a los objetivos de la enseñanza de los derechos humanos es necesario reconocer que los niños aprenden a través del ejemplo y que la

³²⁴ Pueden consultarse además las sentencias T-543 de 1997, SU-624 de 1999 y C-008 de 2001.

³²⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 41.

lección de la ley del más fuerte que el castigo corporal pretende enseñar es contraria a todos los mensajes de derechos humanos que puedan transmitirse verbalmente³²⁶.

3.1.5. Obligaciones de aceptabilidad en materia del derecho a la educación de los integrantes de minorías étnicas y raciales

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales toma como ejemplo de la obligación de respetar, proteger y llevar a efecto la aceptabilidad del derecho a la educación la obligación de adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías y las poblaciones indígenas³²⁷. La especificidad del derecho a la educación de los grupos étnicos, así como las relaciones entre su derecho a la educación y derechos colectivos como la identidad cultural hacen del estudio de estas obligaciones una tarea mucho más compleja de la que se puede asumir en este libro. Por ello, en este aparte sólo se citarán las obligaciones de aceptabilidad frente a estos sujetos.

El artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos consagra la obligación de respetar el derecho de los miembros de minorías étnicas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, y a emplear su propio idioma:

Artículo 27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

El Estado colombiano tiene esta obligación de respeto con especial énfasis frente a los menores de edad, de conformidad con el artículo 30 de la Convención de los Derechos del Niño:

Artículo 30. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Del Convenio No. 169 OIT, Relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, también se pueden extractar las siguientes obligaciones de aceptabilidad en materia educativa exigibles al Estado colombiano:

³²⁶ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Informe anual 2001, op. cit.* Párrafo 29.

³²⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 50.

- Desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Esta acción deberá incluir medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2, numeral 1 y 2b).
- Desarrollar y aplicar los programas y servicios de educación destinados a los pueblos interesados, en cooperación con éstos. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin (Artículo 27).
- Enseñar a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo (Artículo 28, numeral 1).
- Tomar las medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país (artículo 28, numeral 2).
- Adoptar disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas (Artículo 28, numeral 3).
- Adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe a las cuestiones de educación. (Artículo 30 numeral 1).
- Adoptar medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados (Artículo 31).

3.2. OBLIGACIONES DE ACEPTABILIDAD DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO

3.2.1. La obligación de mejorar continuamente el nivel remunerativo e intelectual de los profesores

Esta obligación se encuentra consagrada en el artículo 13 (2) (e) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 13. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

e) Se debe (...) mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha advertido que:

Aunque el Pacto exige “mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente”, en la práctica las condiciones generales de trabajo de los docentes han empeorado y en muchos Estados Partes han llegado en los últimos años a niveles inaceptablemente bajos. Esta situación no sólo no se corresponde con el apartado e) del párrafo 2 del artículo 13, sino que es un grave obstáculo para la plena realización del derecho de los alumnos a la educación. El Comité observa también la relación que existe entre el apartado e) del párrafo 2 del artículo 13, el párrafo 2 del artículo 2 y los artículos 3 y 6 a 8 del Pacto, que tratan del derecho de los docentes a organizarse y negociar colectivamente, y señala a la atención de los Estados Partes la Recomendación relativa a la Situación del Personal Docente (1966) hecha conjuntamente por la UNESCO y la OIT y la Recomendación relativa a la condición del personal docente de la enseñanza superior, de la UNESCO (1997), y los insta a informar sobre las medidas que adopten para velar por que todo el personal docente goce de unas condiciones y una situación acordes con su función³²⁸.

En lo relativo a la obligación estatal de mejorar el nivel intelectual de los profesores, la Corte Constitucional ha sostenido que se desprende del mandato constitucional del artículo 68³²⁹, que sólo capacitando y aceptando como docentes a personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica podrán alcanzarse los fines constitucionales de la educación, y que hace parte del núcleo esencial del derecho a la educación el

³²⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 27.

³²⁹ Artículo 68. (...) La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente.

derecho a que la enseñanza se imparta por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica:

Los fines constitucionales de la educación sólo pueden conseguirse en la medida en que se capacite adecuadamente a los docentes que, en los términos de la Constitución, deben ser “personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica”. El derecho a la educación no se limita al hecho de ingresar al sistema educativo o poder permanecer en él. También incluye, en el Estado social de derecho, el derecho a que la enseñanza se imparta “por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica”, lo que no es ajeno a la profesionalización y dignificación de la actividad docente que la ley debe garantizar³³⁰.

3.2.2. Hacer que todos los niños y las niñas dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales

Esta obligación de aceptabilidad se encuentra consagrada en el literal (d) del párrafo 1 del artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

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:

d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

³³⁰ Sentencia T-337 de 1995.

4. CREACIÓN DE INDICADORES BASADOS EN EL DERECHO A LA CALIDAD Y LAS OBLIGACIONES DE ACEPTABILIDAD

Para que un sistema educativo pueda ser de alta calidad debe ser capaz de entregar a los educandos los instrumentos necesarios para permanecer en el sistema y para generar conocimiento. En este sentido, los altos índices de deserción escolar y repitencia citados en el capítulo anterior, ya producen preocupación. Adicionalmente, los indicadores actuales de calidad muestran la gravedad del problema. A continuación, se citarán brevemente algunos.

4.1. INDICADORES ACTUALES DE CALIDAD

En Colombia, tradicionalmente la calidad en la educación ha sido evaluada a través de pruebas de conocimientos a los estudiantes. En ese sentido, la meta es lograr que todos los estudiantes alcancen los niveles de logro esperados en pruebas nacionales e internacionales. En Colombia se han efectuado recientes evaluaciones de conocimientos que nos sitúan entre los peores países en materia de calidad en la educación. En la evaluación internacional de matemáticas y ciencias TIMSS de 1995, Colombia quedó ubicada por debajo de los estándares mundiales, obteniendo el penúltimo lugar. En las pruebas SABER, que mide desde 1998 en el distrito capital competencias básicas en grados 3º, 5º, 7º y 9º, los resultados han sido igualmente desalentadores. En matemáticas, sólo 17 niños de cada 100 estudiantes alcanza el nivel esperado en primaria³³¹:

	D - Nivel Esperado 100%
Años	1997-1999
Tercer grado	17
Quinto grado	22

En secundaria, sólo 2 de cada 100 niños son capaces de resolver problemas complejos:

	D - Nivel Esperado 100%	Nivel E*
--	-------------------------	----------

³³¹ Datos obtenidos en: Síntesis del documento Retos e indicadores del sector educativo publicado por el Proyecto "Educación, compromiso de todos". Página de Internet dirección URL: <http://eltiempo.terra.com.co/proyectos/educacion2001/Eleccioneseducacion/herramientasretos.htm>

Años	1997-1999	
Séptimo	3	--
Noveno	18	2

*Número de estudiantes capaces de resolver problemas complejos, sólo se aplica para el grado noveno y en matemáticas.

Los resultados en lenguaje son igualmente preocupantes. En quinto de primaria, solo 5 de cada 100 estudiantes alcanza el nivel esperado:

	D - Nivel Esperado 100%
Años	1997-1999
Tercer grado	44
Quinto grado	5

En secundaria, los resultados en Lenguaje de pruebas SABER muestran que en noveno grado 20 estudiantes por cada 100 alcanzan el nivel esperado:

	D - Nivel Esperado 100%
Años	1997-1999
Séptimo	12
Noveno	20

FUENTE: Documentos especiales, Evaluación de la calidad de la educación, Ministerio de Educación Nacional.

Los indicadores de desempeño escolar también pueden resultar útiles para medir la calidad de la educación. Los indicadores de calidad del proceso (factores que se ponen en funcionamiento para que los estudiantes obtengan sus logros); productos (que mide el grado de formación de los estudiantes y la prestación de servicios sociales que cumplen las instituciones educativas); resultados (absorción de las universidades de los estudiantes egresados de secundaria, absorción laboral, y mejoramiento de los niveles de vida); e impacto (transformaciones mentales y volitivas de la sociedad, v. gr. reducción de la criminalidad) son algunos indicadores que permiten dar una visión más general del efecto de la educación en la economía y la sociedad.

4.2. INDICADORES BASADOS EN EL DERECHO A LA CALIDAD Y LAS OBLIGACIONES DE ACEPTABILIDAD

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación propone la creación de tres indicadores que evalúen el cumplimiento de las obligaciones de aceptabilidad a cargo del Estado:

Normas mínimas: Este indicador serviría para medir el cumplimiento de las normas mínimas en materia de calidad de la educación, seguridad en los establecimientos educativos y salud ambiental.

Proceso de enseñanza: Los objetivos y fines de la educación, consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales, deben orientar el proceso de enseñanza y los métodos pedagógicos. Este indicador serviría para medir el grado de seguimiento de estos objetivos y fines por parte de las instituciones educativas.

Proceso de aprendizaje: Este indicador mediría la eliminación de los obstáculos para el aprendizaje, como los inducidos por la pobreza, la lengua en que se imparte la enseñanza, las discapacidades, etc.

Se proponen a continuación otros indicadores, en la perspectiva del derecho:

4.2.1. Indicadores de efecto inmediato

Aprendizaje: La calidad de los estudios puede ser tan mala que impide el aprendizaje de las niñas y los niños. El indicador de aprendizaje permitiría establecer la calidad de los estudios en función de las **capacidades humanas**³³² que se adquieren en cada uno de los niveles educativos, teniendo en cuenta las condiciones sociales de los estudiantes. Ello permitiría atribuir mayores puntuaciones de calidad a la etnoeducación, por ejemplo, si logra generar capacidades útiles para la comunidad y acordes con su plan de vida y geo-historia.

Repitencia: La tasa de repitencia tradicional puede ser un gran indicador de calidad en la perspectiva del derecho fundamental a la educación. La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación lo explica: “Basta un ejemplo para ilustrar la necesidad de revisar los datos estadísticos: la continua utilización de datos sobre la educación cuyo significado puede ser exactamente lo contrario de lo que supuestamente indican. La abundancia de matriculaciones en la educación muestra a menudo el fracaso de la enseñanza más que su éxito, porque los datos abarcan a todos los niños que han rebasado la edad aunque muchos repitan curso”³³³. Siguiendo este

³³² Entendiendo por capacidad humana la habilidad para tener la vida que se juzga valiosa, según el enfoque de Amartya Sen.

³³³ **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** *Informe anual 2001. op. cit.* Párrafo 43.

razonamiento, la tasa de repitencia debe ser mínima porque la repitencia indica mala calidad de la educación.

Aceptabilidad de la educación: Debe existir un indicador que mida la adecuada orientación y el contenido de los programas y libros de texto (a partir de los estándares de calidad que el Estado adopta)³³⁴, los métodos de instrucción, el cumplimiento de las obligaciones de los maestros, la protección contra la violencia, el idioma de instrucción, y el mantenimiento de la disciplina escolar, entre otros.

Inequidad en el gasto: Las disparidades en las políticas de gastos a nivel de municipios y departamentos tienen como resultado que la calidad de la educación es distinta para las personas que residen en diferentes ciudades. Este indicador mediría el efecto de la inequidad sobre la calidad que se imparte en las entidades territoriales.

Idoneidad ética y pedagógica: Los estudiantes tienen derecho a que la enseñanza esté a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. Los fines constitucionales de la educación sólo pueden conseguirse en la medida en que se capacite adecuadamente a los docentes. Debe existir un indicador que vincule los parámetros éticos (docentes sancionados, por ejemplo) con los pedagógicos (niveles educativos alcanzados por los maestros, etc.).

Servicio digno: Este indicador mediría el número de alteraciones en la prestación del servicio de educación debido a instalaciones inadecuadas, con fallas estructurales, sin servicios públicos esenciales o en condiciones ambientales no aptas para brindarlo.

4.2.2. Indicadores de progresividad

Progresividad salarial e intelectual de los profesores: El Estado tiene la obligación de mejorar continuamente el nivel remunerativo e intelectual de los profesores. Por ello, debe medirse el aumento anual de la capacidad adquisitiva del salario de los profesores oficiales, así como el acceso a los programas que se ofrecen para capacitación de docentes y sus resultados.

³³⁴ Recientemente, el Ministerio de Educación Nacional presentó un documento denominado “*Estándares para la excelencia en la educación*”, que incorpora los estándares curriculares para las áreas de matemáticas, lengua castellana y ciencias naturales y educación ambiental para la educación preescolar, básica y media. Estos estándares son criterios que especifican lo que todos los estudiantes en estos niveles deben saber y ser capaces de hacer en una determinada área y grado. Se espera que en los siguientes años puedan fijarse estándares para las demás áreas obligatorias de enseñanza.

CAPÍTULO V: LOS DERECHOS DE LIBERTAD EN LA EDUCACIÓN

La educación es un derecho sustentado en la Constitución y los instrumentos internacionales. En el marco jurídico internacional se han consagrado obligaciones relacionadas básicamente con los dos grandes pilares de este derecho: la educación pública, gratuita y obligatoria para todos los niños y niñas, y el respeto a la libertad de y en la educación³³⁵.

En lo atinente al segundo pilar del derecho, las obligaciones estatales frente a la educación suelen asociarse al ejercicio de derechos de libertad como: la libertad de los padres para decidir la educación de los hijos, la libertad de crear escuelas, la prohibición de la censura de los manuales de convivencia y la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra. Todos los anteriores son temas que corresponden al ámbito de la educación como derecho civil y político. A continuación se examinarán las libertades más relevantes para los propósitos de este escrito.

1. CONTENIDO NORMATIVO DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD EN LA EDUCACIÓN

1.1. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA, APRENDIZAJE, INVESTIGACIÓN Y CÁTEDRA

“La libertad de **enseñanza** consiste en la facultad para instruir y educar al ser humano, en forma tal que se coloque a cada uno, según su especialidad, en condiciones de desarrollar lo aprendido e investigar y descubrir algo nuevo por cuenta propia. La libertad de **aprendizaje** es el derecho de acceder al conocimiento en todas sus formas y contenidos. La libertad de **investigación** es la facultad de

³³⁵ RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN. *Informe anual 2001, op. cit.* Párrafo 66.

desarrollar y culminar proyectos de investigaciones. Y la libertad de **cátedra** es el derecho de todas las personas que realizan una actividad docente a presentar un programa de estudio, investigación y evaluación, que según su criterio se refleje en el mejoramiento del nivel académico de los educandos.

En términos generales, la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra protege dos derechos. De un lado, el derecho del **educador** de transmitir conocimientos e ideas sin restricciones o intrusiones arbitrarias de particulares o autoridades oficiales (salvo aquellas restricciones que tengan como función la inspección y vigilancia de las instituciones educativas), y del otro, el derecho del **educando** y el **investigador** –exigible tanto al Estado como a las entidades educativas- de acceder a las fuentes de instrucción, formación y divulgación del conocimiento. La titularidad de esta libertad recae tanto sobre la comunidad y los centros educativos como los docentes, investigadores y estudiantes.

(...) El artículo 27 de la Constitución prescribe: ‘El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra’. La Carta incluye estos cuatro aspectos de la libertad en el ámbito educativo, que por su propia naturaleza corresponden a distintos titulares. Frente a los tres primeros, son titulares de estas libertades los docentes, los estudiantes y los establecimientos educativos; en tanto que la libertad de cátedra tiene como titular único al docente.

Colombia ya había reconocido este derecho en la Constitución de 1886. La Carta de 1991 amplió la interpretación del contenido de la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra. Diversos artículos señalan que el Estado no sólo debe garantizar la libertad de enseñanza (artículo 27), sino que también es responsable de la educación (inciso tercero del artículo 67). Adicionalmente, debe generar las condiciones para que los particulares puedan fundar establecimientos educativos (artículo 68).

(...) Respecto de los **docentes**, la libertad de enseñanza los protege contra injerencias indebidas sobre el contenido de los conocimientos que transmiten. También protege su autonomía para escoger los métodos de transmitir el conocimiento. La libertad de cátedra los faculta además a presentar un programa de estudio, investigación y evaluación según su propio criterio.

Respecto de los **establecimientos educativos**, la libertad de enseñanza protege, entre otras, las siguientes actividades:

- Constituir y dirigir instituciones educativas
- Elegir profesores
- Fijar un ideario
- Impartir la educación y proyección filosófica que se estime conveniente, siempre que se respeten las disposiciones constitucionales y legales vigentes.

En cuanto a los **estudiantes**, la libertad de aprendizaje tutela la libertad de decidir cuál es el sistema de educación que se ajusta a su personal criterio (o el de sus padres, cuando se trate de menores de edad).

Finalmente, en relación con los **investigadores**, la Corte ha sostenido que se ampara el interés particular de quien desarrolla la investigación, pero también se resguarda el interés de la sociedad que se beneficia con sus avances:

(...) [A]tendidos los fines que persigue la investigación y la utilidad que a la comunidad reportan los avances que en las más variadas esferas se obtienen merced a sus resultados y proyecciones, tiene una indudable función social, de lo cual se desprende que la tutela de su práctica y el clima propicio para llevarla a cabo, no menos que el estímulo a su prosperidad y desarrollo son objetivos que se inscriben dentro del papel que al Estado corresponde para el logro del bien común. Así, pues, lo que se halla en juego cuando se debate acerca de posibles transgresiones a la libertad investigativa no es tan solo el beneficio particular o personal del investigador sino el interés colectivo. El aliento a la investigación, en cuanto implica promoción del desarrollo, hace parte de los fines del Estado Social de Derecho e incumbe a las autoridades. Cosa distinta es que el uso o aplicación posterior del resultado que arroje la tarea investigativa deban ser evaluados, controlados e inclusive restringidos y negados -si fuere indispensable- también en guarda del interés general.

De lo dicho resulta que, tanto por el aspecto del derecho subjetivo como en el terreno del beneficio común, ni los entes privados ni los públicos, en cuanto de unos y otros dependa el desarrollo y la culminación de proyectos investigativos, gozan de legitimidad para obstruir (sic) o anular la autonomía investigativa³³⁶.

(...) Las únicas restricciones que se pueden imponer al ejercicio de esta libertad son aquellas que tengan como propósito garantizar el cumplimiento de los fines perseguidos con la educación y asegurar su calidad. Por esta razón, impartir educación de mala calidad no hace parte de la libertad de cátedra. Tampoco hace parte de ella brindar una educación que no respete los principios y fines constitucionales.

Estas restricciones no pueden verse como vulneraciones al derecho, porque guardan conformidad con los valores y principios fundamentales de todo Estado democrático, y tienden a garantizar los derechos fundamentales del educando y el interés público constitucional. En este sentido, debe indicarse que constituyen límites de la libertad de enseñanza el interés público (entendido como la defensa del orden democrático) y la dignidad y derechos fundamentales de los estudiantes³³⁷.

³³⁶ Sentencia T-172 de 1993.

³³⁷ Tomado de: GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo y PARRA, Oscar Javier. *Derechos de Libertad*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2003.

1.2. LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Elevada constitucionalmente en el artículo 69³³⁸, la autonomía universitaria faculta a las universidades a darse sus propias directivas (y definir las reglas para elegir las y los períodos de sus cargos), regirse por sus propios estatutos, definir su régimen interno, aprobar y manejar su presupuesto, señalar las reglas sobre selección y nominación de profesores, y fijar sus planes de estudio, pero todo dentro de los límites y exigencias que imponga el legislador y siempre que sus normas no sean contrarias a la Constitución³³⁹.

La Corte Constitucional ha definido la autonomía universitaria como “la capacidad de autorregulación filosófica y de autodeterminación administrativa de la persona jurídica que presta el servicio público de educación superior, de manera que proclame su singularidad en el entorno”³⁴⁰. Con ello resalta dos elementos fundamentales: la potestad de estas instituciones para tener una orientación ideológica propia, que puede desplegar frente a sus estudiantes mediante sus planes de estudio y sistemas de investigación³⁴¹; y de otro lado, la capacidad de darse su propia organización administrativa y concretar su libertad académica y económica³⁴² mediante un

³³⁸ “En la legislación anterior y según el artículo 171 del Decreto-ley 80 de 1980 por el cual se organizó el sistema de educación post-secundaria, se otorgó a las universidades autonomía para dictar sus propios estatutos, de carácter docente y administrativo, entre otros, respetando las garantías constitucionales y legales, principalmente en lo que atañe al debido proceso y al derecho de defensa, lo que ha sido consagrado por la nueva Carta Magna y tal como se desprende del texto del artículo 69”. Sentencia T-482 de 1992.

³³⁹ “Sería incomprensible que con la disculpa de la autonomía se vulnere la normatividad constitucional, toda vez que ésta es portadora de unos principios que bajo ningún aspecto pueden ser desplazados”. Sentencia T-237 de 1995. Sobre la libertad de las universidades para regirse por sus propias normas internas, siempre que no vulneren la Constitución también pueden consultarse, entre otras las sentencias T-492 de 1992, T-108 de 1993, T-123 de 1993, T-172 de 1993, T-506 de 1993, y T-515 de 1995.

³⁴⁰ Sentencia T-674 de 2000.

³⁴¹ “Uno de los aspectos que conforman el núcleo esencial de la autonomía universitaria, es la potestad de los centros educativos para señalar los planes de estudio, los métodos y sistemas de investigación, puesto que ‘por regla general la universidad se rige por el principio de plena capacidad de decisión, lo cual implica un grado importante de acción libre de injerencia legislativa y judicial, necesaria para desarrollar un contenido académico que asegure un espacio independiente del conocimiento, la capacidad creativa y la investigación científica.’” Sentencia T-669 de 2000.

³⁴² “La autonomía universitaria se concreta entonces en la libertad académica, administrativa y económica de las instituciones de educación superior”. Sentencia C-547 de 1994.

reglamento interno³⁴³, vinculante desde su publicación³⁴⁴, no sólo para la comunidad educativa (directivos, docentes y estudiantes), sino también para quienes aspiren a ingresar al centro docente³⁴⁵.

El Legislador puede limitar la autonomía universitaria, pero no anular su núcleo esencial, por lo que no está facultado para regular materias relativas a la organización académica o administrativa. La Corte al respecto ha sostenido que:

El marco legal al cual debe someterse la universidad tiene unos límites precisos y limitados; por lo tanto, la ley no puede extender sus regulaciones a materias relativas a la organización académica o administrativa, como sería por ejemplo, en los aspectos relacionados con el manejo docente, (selección y clasificación de sus profesores), admisión del personal docente, programas de enseñanza, labores formativas y científicas, designación de sus autoridades administrativas, manejo de sus recursos, etc. Si el legislador se inmiscuyera en los aspectos referidos o en otros de igual significación, estaríamos en presencia de una intervención indebida en la vida de la universidad y se incurriría en una violación de su autonomía. La inspección y vigilancia del Estado sobre la universidad colombiana y particularmente sobre la universidad oficial, supone un control limitado que se traduce en una labor de supervisión sobre la calidad de la instrucción, el manejo ordenado de la actividad institucional y la observancia de las grandes directrices de la política educativa reconocida y consignada en la ley³⁴⁶.

Los límites legales deben referirse a las condiciones para la creación y gestión de las universidades (artículo 68 C. P.), y a las normas con arreglo a las cuales los centros universitarios puedan darse sus directivas y regirse por sus estatutos (artículo 69 C. P.)³⁴⁷. La conclusión que puede extraerse es que la autonomía no es absoluta³⁴⁸, pero

³⁴³ “Los reglamentos, son el régimen interno de las Universidades. Implican el ejercicio autónomo administrativo, mediante el cual pueden determinar su funcionamiento interno y la toma de decisiones de extremo interés para la institución”. Sentencia T-237 de 1995.

³⁴⁴ Ver sentencia T-492 de 1992.

³⁴⁵ “La autonomía universitaria faculta a la institución accionada a organizar su funcionamiento y gestión administrativa. Por ende, también puede señalar requisitos razonables de ingreso a los programas y establecer condiciones de pérdida de cupo por incumplimiento de aquellos, los cuales, en principio, obligan a todos los aspirantes, aún sin que exista relación formal con la universidad”. Sentencia T-496 de 2000.

³⁴⁶ Sentencia C-299 de 1994. Sobre la imposición legal de límites a la autonomía universitaria, siempre y cuando ellos no desvirtúen o afecten su núcleo esencial, pueden consultarse además las sentencias T-002 de 1994, C-006 de 1996, y C-053 de 1998.

³⁴⁷ Sentencia T-492 de 1992.

³⁴⁸ La autonomía universitaria no es absoluta, como quiera que se encuentra limitada por el orden público, el interés general y el bien común (Sentencia T-492 de 1992). También por la inspección y vigilancia del Estado. (Ver las sentencias C-195 de 1994; C-547 de 1994 y C-420 de 1995).

la regla general es la libertad de acción de las universidades, y las restricciones sólo pueden establecerse mediante ley.

Es preciso anotar que la autonomía no se extiende a otras instituciones de educación superior, por lo que sólo se predica de los entes universitarios. La Corte, al explicar el origen constitucional del régimen especial de las universidades, aclara este punto:

La Constitución, de manera inequívoca, consagró el principio de la autonomía universitaria, en el artículo 69, así: “Se garantiza la autonomía universitaria”. Y no se quedó sólo en dicho enunciado, sino que la misma disposición señaló que tendría un régimen especial: “Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado”. (se subraya). Es decir, que el régimen especial de los entes universitarios es de origen constitucional. (...)

Como quiera que además de las universidades oficiales o estatales existen otras “instituciones de educación superior”, es claro que a estas últimas no se extiende la autonomía universitaria que se garantiza por el artículo 69 de la Carta, razón esta por la cual la conclusión inexorable es que con relación a ellas podrá el legislador establecer normas específicas, teniendo en cuenta para el efecto su naturaleza jurídica³⁴⁹.

Establecido el carácter limitado de la autonomía universitaria, baste agregar que, a la vista de la jurisprudencia constitucional, la relación entre ésta y el derecho a la educación es de medio a fin: la autonomía posibilita el libre acceso a los bienes y valores culturales y permite el desarrollo integral de las facultades intelectuales y artísticas de los profesores y estudiantes, teniendo a la educación como fin último³⁵⁰.

1.3. EL DERECHO DE LOS PADRES A ESCOGER LA EDUCACIÓN DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD

Los padres tienen derecho a escoger la formación de sus hijos. Son ellos quienes pueden optar por la educación pública o privada³⁵¹; por un establecimiento educativo específico; si quieren que el menor de edad reciba educación religiosa y en caso

³⁴⁹ Sentencia C-560 de 2000.

³⁵⁰ Sentencia T-513 de 1997.

³⁵¹ “La decisión de escoger el tipo de enseñanza más apropiado a la necesidad del menor pertenece al fuero íntimo de los padres. Estos, por consiguiente, tienen la opción de elegir la educación pública, que es gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos, o la educación privada que demanda contraprestaciones económicas”. Sentencia SU-1149 de 2000

afirmativo, de cuál culto; si desean que se eduque en colegio mixto o no; etc. Queda excluida entonces toda coacción externa que niegue a los padres la posibilidad de diseñar la orientación pedagógica y formativa que estiman deseable para su mejor porvenir.

A lo largo del articulado de la Constitución se encuentran diversas disposiciones relativas al derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos menores:

Artículo 42. (...) La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Artículo 44. (...) 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.

Artículo 68. (...) Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa.

En los instrumentos internacionales también pueden encontrarse varias normas que protegen el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos. Mediante su lectura armónica, puede concluirse que el Estado colombiano tiene al respecto tres tipos de obligaciones:

- La obligación de **respetar** la libertad de los padres (o en su caso, la de los tutores legales) de escoger para sus hijos (o pupilos) el tipo de educación que deseen, y de seleccionar escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas.
- La obligación de **respetar** las responsabilidades y deberes de los padres de impartir a sus menores hijos la dirección y orientación apropiadas para que puedan ejercer sus derechos. Esto último, bajo el principio de responsabilidad compartida de ambos padres.
- La obligación de **respetar** la educación religiosa o moral que escojan los padres para sus hijos (o pupilos), de conformidad con sus convicciones³⁵². Si el Estado en sus instituciones educativas imparte una determinada instrucción religiosa, vulnera el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

³⁵² En opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esto permite “la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13. Párrafo 28.

Culturales, a menos que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores.

Como fundamento jurídico internacional de la obligación estatal de respetar los derechos y deberes educativos de la pareja para con sus hijos figuran la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador:

Declaración Universal de Derechos Humanos:

Artículo 26. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Convención sobre los Derechos del Niño:

Artículo 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 14. 1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Artículo 18. 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 13. 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.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 18. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones³⁵³.

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Protocolo de San Salvador:

Artículo 13. 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.

Habiendo analizado las normas constitucionales y aquellas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, pueden estudiarse a continuación las más importantes subreglas de la Corte Constitucional sobre el tema:

1.3.1. La escogencia de los padres de la educación que recibirán sus hijos, aún en el caso de divorcio, es conjunta.

Una pareja obtuvo el divorcio mediante sentencia de marzo de 1994, en la que se aprobó el convenio sobre la custodia de sus dos hijos menores de edad y la forma como se cubrirían las cuotas de alimentos y los elementos escolares. La madre asumió el cuidado y la custodia de los niños, y solicitó un cupo para el menor de sus hijos en el colegio donde su ex esposo laboraba como docente. El padre se rechazó esta elección por considerar que la presencia de su hijo en el colegio daría lugar a discusiones con su ex esposa, y porque el niño no pertenece a la clase social de la mayoría de estudiantes, lo que podría acarrearle problemas psicológicos. Ante esta circunstancia, la madre demandó a su ex esposo por vía de tutela. La Corte Constitucional concluyó que ni siquiera en caso de divorcio, cuando sólo uno de los padres tiene el cuidado personal del menor y su custodia desaparece la obligación que corresponde a ambos padres para escoger el tipo de educación de sus hijos menores.

³⁵³ El Comité de Derechos Humanos observa que el carácter esencial de este artículo se refleja en el hecho de que no se puede derogar esta disposición, ni siquiera en épocas de emergencia pública, como se dice en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“Se violan derechos fundamentales del menor, y también del otro padre, cuando uno de ellos se arroga el derecho a decidir sobre la educación que recibirá su hijo”³⁵⁴. Cuando no exista acuerdo entre los padres, la ley ordena que el conflicto lo dirima el juez de familia mediante proceso verbal. El juez de tutela no es competente para decidir el tipo de educación que debe recibir el menor. (Sentencia T-265 de 1996).

1.3.2. El derecho de escogencia no representa discreción para aceptar o rechazar la convocatoria a cumplir con la obligación que los mayores de quince años tienen de prestar el servicio militar.

Los padres de dos menores de edad pertenecientes a la iglesia de los hermanos menonitas se negaron a que sus hijos prestaran el servicio militar, justificando su postura en que su creencia religiosa se fundamenta en el cumplimiento del mandato divino de no matar y el rechazo a los organismos creados para imponer la fuerza. No obstante, el Ejército Nacional comunicó a los menores de edad que habían sido seleccionados para prestar el servicio militar. Los padres consideraron vulnerada la libertad de conciencia de los menores y el derecho de escogencia de la educación para sus hijos y acudieron al juez constitucional. La Corte concluyó que la convocatoria a cumplir con el deber constitucional³⁵⁵ que los menores tienen de prestar el servicio militar no vulnera el derecho de escogencia de los padres porque ellos, una vez terminado el servicio militar, pueden ofrecer a sus hijos los estudios superiores. Además, la convocatoria misma se origina en el hecho de que los menores de edad concluyeron sus estudios primarios y secundarios, lo que supone que los padres pudieron ejercer su derecho de escogencia libremente, y no existe prueba de que el Estado o los particulares hayan limitado en alguna medida esa facultad. (Sentencia T-409 de 1992).

El alto Tribunal, en sentencias posteriores³⁵⁶, sostuvo que la prestación del servicio militar obligatorio no desconoce los derechos a la educación, desarrollo de la personalidad, o formación integral del menor, así se suspenda transitoriamente en el tiempo, porque el conscripto puede iniciar sus estudios una vez cumpla con la obligación militar, y ninguna norma constitucional impide que antes de la mayoría de edad se pueda cumplir con dicha obligación. Sin embargo, la Corte ha aclarado que, a la luz de la Constitución y los Tratados Internacionales³⁵⁷, no se permite vincular

³⁵⁴ Sentencia T-265 de 1996.

³⁵⁵ Artículo 95 Num. 3 y Artículo 216 de la Constitución Política.

³⁵⁶ Ver sentencia SU-277 de 1993, C-511 de 1994, SU-200 de 1997, y C-339 de 1998.

³⁵⁷ La Convención de los derechos del niño (Ley 12 de 1991) y el Protocolo I de la Convención de Ginebra, prohíben el reclutamiento de menores de 15 años.

menores de quince años a las fuerzas armadas. Y los menores de edad, mayores de quince años y menores de dieciocho, si bien pueden ser incorporados a prestar el servicio militar, no pueden participar directamente en las hostilidades o en actividades relacionadas con los conflictos armados, ni ser expuestos a situaciones que pongan en riesgo sus vidas, pues la Constitución ordena su protección en todo momento y lugar, con carácter prevalente.

1.3.3. El derecho de los padres a escoger la formación de sus hijos no los faculta a imponerles creencias religiosas que pongan en riesgo su salud e integridad física.

Los padres de una niña de diez meses de edad que requería hospitalización inmediata se negaron a llevar a la menor al hospital, sosteniendo que su culto se los prohíbe. El médico que trató a la niña, actuando como agente oficioso de ésta, interpuso una tutela para solicitar la protección de los derechos a la vida y a la salud. El juez que conoció el caso tuteló estos derechos ordenando a sus padres que la pusieran a disposición del hospital municipal, y conminándoles para que en un futuro se abstuvieran de realizar actos similares que atenten contra la vida o cualquier derecho fundamental de la niña. A partir de este caso, la Corte aclaró que:

[S]i bien es cierto los padres tienen el derecho de escoger el tipo de formación de sus hijos menores, ello no implica potestad sobre el estatuto ontológico de la persona del menor. Este está bajo el cuidado de los padres, pero no bajo el dominio absoluto de éstos. (...) Las creencias religiosas de la persona no pueden conducir al absurdo de pensar que, con fundamento en ellas, se pueda disponer de la vida de otra persona, o de someter a grave riesgo su salud, y su integridad física, máxime cuando se trata de un menor de edad, cuya indefensión hace que el Estado le otorgue una especial protección”.

(Sentencia T-411 de 1994)³⁵⁸.

1.4. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS ESTUDIANTES EN LAS DECISIONES QUE LOS AFECTAN Y EN LA COMUNIDAD EDUCATIVA

Sentencia T-337 de 1995

³⁵⁸ Sobre el tema también puede consultarse la sentencia T-474 de 1996.

En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. Una idea de democracia militante recorre la Constitución y, conforme a ella, en la escuela, los niños, futuros ciudadanos, han de comenzar a experimentarla como una de sus vivencias más próximas y formadoras. La democracia, como diálogo social y búsqueda cooperativa de la verdad, requiere que las personas, desde los bancos escolares, sean conscientes de sus derechos y deberes y tengan oportunidades de ejercerlos activa y responsablemente mediante el trabajo en equipo, el respeto a los otros y el ejercicio constante de la solidaridad y la tolerancia. Los conflictos no están ausentes en las escuelas y en sus aulas. Lo grave es que no puedan ser reconocidos y que se desestime la ocasión para fomentar en el cuerpo estudiantil, de acuerdo con su nivel de madurez y de conocimientos, la práctica democrática que sea del caso inculcar y sustentar.

La participación juvenil en las instituciones educativas es la posibilidad que tienen los jóvenes dentro de las instancias que tienen a su cargo la educación, de formar parte de ellas, intervenir, compartir y comunicar sus ideas, intereses y sugerencias, dentro del ambiente conformado por un número plural de individuos que constituyen la comunidad educativa (Artículos 2, 40, 45, y 68 de la C. P.).

Los manuales de convivencia de los establecimientos educativos no pueden establecer reglas ni compromisos contrarios a la Constitución, ni imponer obligaciones desproporcionadas, ni contrarias a la razón o contrarias a su dignidad. Deben ajustarse a dos condiciones: la primera, conforme a lo dicho, su contenido debe respetar los preceptos constitucionales, en especial los derechos fundamentales; la segunda, su elaboración debe contar con la participación de la comunidad educativa de cada plantel, conformada por estudiantes, padres, docentes y administradores. Todos ellos tienen la potestad de adoptar el manual de convivencia, bajo los siguientes aspectos (sentencia SU-641 de 1998):

- Que la potestad hace parte del desarrollo normativo del derecho a la participación.
- que el manual de convivencia obliga a todos los miembros de la comunidad educativa.
- Que para cada categoría de sus integrantes se regulan allí funciones, derechos y deberes.
- Que se obligan voluntariamente el alumno, padres y establecimiento educativo en los términos de ese manual en el acto de la matrícula.
- Que ese es un contrato por adhesión y el juez de tutela puede ordenar que se inaplique y modifique cuando viole los derechos fundamentales.
- Que el derecho de participación del estudiante debe ser celosamente aplicado cuando se trata de crear o modificar el manual de convivencia del establecimiento en el que el joven se educa³⁵⁹.

³⁵⁹ “Puesto que la democracia participativa es hoy también un principio fundamental cuya práctica debe ser estimulada en todos los niveles del orden social tampoco un reglamento puede prohibir,

1.4.1. El derecho de participación de los estudiantes en las decisiones que los afectan y en la comunidad educativa es fundamental.

El Tribunal Administrativo del Atlántico tuteló el derecho a la igualdad de tres aspirantes a la Universidad del Atlántico, ordenándole a esta institución excluir de la lista de admitidos a todos aquellos que no reunieran los requisitos mínimos de inscripción pero que habían sido incluidos por tratarse de hijos de docentes y empleados. Con ello, ordenó el ingreso de todos los aspirantes que hubiesen obtenido los mejores puntajes, entre los cuales se encontraban los demandantes. En el curso del semestre, la Universidad convocó a profesores y estudiantes para que eligieran Decanos de las distintas facultades y participaran en una consulta con el fin de escoger candidatos a la Rectoría. No obstante, dentro de las listas de estudiantes y profesores que podían votar no se incluyó a una de los demandantes iniciales. Considerando que había sido excluida de la lista por existir una persecución en contra de quienes se beneficiaron con la sentencia de tutela aludida, acudió nuevamente a la acción solicitando la suspensión de las elecciones y su inclusión en las listas de votación.

El Tribunal Administrativo del Atlántico denegó la tutela, considerando que no se estaban eligiendo autoridades con poder político, sino con simple autoridad académico-administrativa, razón por la cual no hubo vulneración del derecho de participación. La Corte, después de recordar que el derecho de participación no sólo es fundamental sino además de aplicación inmediata, y que consiste básicamente en el derecho de todas las personas de hacerse presentes y participar en todos los procesos de toma de las decisiones que les afectan, explicó que no hay duda de que se ejerce el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político cuando los integrantes de una comunidad educativa, o de cualquier otra clase, efectúan procesos electorales para escoger las personas que van a dirigir los destinos de la comunidad. Al tratarse de la elección del rector y los decanos de la Universidad, el argumento del Tribunal para negar la tutela es equivocado, pues son autoridades académicas con poder político en el ámbito universitario. El derecho de participación no sólo se aplica a sectores nacionales, departamentales, municipales o distritales, sino también en los barrios, colegios, sindicatos, etc.³⁶⁰ (Sentencia T-235 de 1998).

reprimir o estorbar estas prácticas. Ello afectaría en grado sumo la adecuada formación del sujeto para asumir las responsabilidades que habrá de depararle el futuro en una nación comprometida a abrir y ampliar los espacios para el pleno imperio de la democracia". Sentencia T-524 de 1992.

³⁶⁰ La Corte sin embargo, no tuteló el derecho de participación, por carencia actual de objeto: las elecciones ya se habían realizado, y ello hacía imposible restablecer al solicitante en el goce de su derecho.

1.4.2. Los estudiantes tienen derecho a disentir y manifestar opiniones diferentes a través de los mecanismos institucionales. Es deber de las instituciones educativas establecer un procedimiento claro y expreso en los manuales de convivencia que les permita ejercer ese derecho.

Un menor de edad se negaba a cortarse el cabello, a pesar de que en numerosas oportunidades los prefectos de disciplina del colegio donde estudiaba se lo habían ordenado. En diversas oportunidades negaron la entrada a clases, y las personas encargadas de la disciplina le dieron apodos y sobrenombres como “homosexual”, y “drogadicto”. La madre del menor acudió a la acción de tutela argumentando que si bien existe un artículo dentro del manual de convivencia del colegio que incluye como falta leve el corte de cabello inusual, la falta no era proporcional a la sanción. La Corte, con base en este caso, analizó la manera de armonizar los intereses de los estudiantes con las normas firmadas por ellos acogiendo un reglamento determinado, cuando los parámetros y las consideraciones de los alumnos frente a la norma han cambiado. Propone que sean los mecanismos de participación estudiantil los que resuelvan los inconvenientes de ésta índole, cuando las normas establecidas ya no responden a las expectativas de los estudiantes:

[L]a obligatoriedad de ciertas normas, puede con el tiempo ir perdiendo su legitimidad para el menor, ante la creciente posibilidad de separar su identidad de la de sus padres y de disentir, en la medida que se gesta su desarrollo, de las normas que aparentemente violan sus expectativas o sus aspiraciones de vida.

(...) El mecanismo que esta Corte prevé, como expresión de los derechos de los adolescentes a participar en las decisiones que los afecten (artículo 2º de la Constitución) (...) es entonces, el de establecer un procedimiento claro y expreso en los manuales de convivencia, definido por los miembros mismos de la comunidad educativa en ejercicio de su autonomía, mas preciso que la mera generalidad impuesta por la Ley 115 de 1994 y el Decreto 1860 de 1994, que le permita a los jóvenes ejercer su derecho a disentir a través de los mecanismos participativos e institucionales, e incluso lograr la modificación o el perfeccionamiento de preceptos en el manual de convivencia que los rigen. Este aspecto, garantiza no solo el respeto por las normas impartidas por la comunidad y su necesario cumplimiento, sino también la posibilidad de disentir, debatir y participar en el contexto educativo, tal y como la Constitución Nacional lo autoriza y reclama.

Como en el caso bajo estudio era evidente que no existía ningún procedimiento que permitiera a los estudiantes manifestar institucionalmente su disenso ante las normas educativas, se previno al colegio para que en el futuro y con el razonable fin de prevenir conflictos posteriores, implemente un procedimiento institucional concreto que incorpore en el manual de convivencia dentro de los derechos de los estudiantes un procedimiento claro que les permita a los alumnos manifestar posiciones

diferentes a las institucionales y ejercer su derecho a disentir. (Sentencia T-124 de 1998).

1.4.3. Los establecimientos educativos pueden limitar en los manuales de convivencia el acceso a un cargo escolar de responsabilidad a través de criterios de disciplina y buen nivel académico.

Una estudiante de undécimo grado de un colegio privado postuló su nombre al cargo de Personera Estudiantil. Los profesores organizadores de las elecciones rechazaron su candidatura, invocando una norma del manual de convivencia que exigía a las candidatas “haber mantenido una valoración cualitativa ejemplar y aprobatoria en sus procesos constructivos de comportamientos rectos y trascendentes dentro y fuera de la institución”, y “ser estudiante de un buen comportamiento y responder satisfactoriamente en los procesos de formación integral”. La estudiante, considerando que estas limitaciones son “benefician a los alumnos que no protestan” y “perjudican a quienes hacen uso de su libertad de opinión”, acudió a la acción de tutela para solicitar la inclusión de su nombre en las elecciones.

La Corte Constitucional, recordando que el artículo 142 de la Ley 115 de 1994 permite que a través del gobierno escolar de las instituciones educativas privadas se adopte un reglamento escolar que establezca normas básicas para regular la actividad de la institución, consideró que estos reglamentos pueden fijar requisitos que deberán cumplir los estudiantes para acceder a los cargos reservados a ellos, y a los cuales podrán llegar mediante un proceso democrático de elección. Esos requisitos son obligatorios para los estudiantes, siempre que se ajusten a los principios constitucionales. Y aunque la Constitución protege el derecho de los educandos a la participación democrática en el gobierno escolar, este derecho no es absoluto y puede ser limitado a través de leyes y reglamentos. De hecho, todo proceso democrático impone requisitos mínimos a los electores y candidatos para participar, sin que se vulnere el derecho, cuando respetan la Constitución y las Leyes.

En el caso concreto, los límites que ha fijado la institución educativa (buen comportamiento y rendimiento académico) no vulneran el derecho a la participación, pues exige de las candidatas el cumplimiento de sus obligaciones propias como estudiantes. La Corte, después de comprobar el deficiente rendimiento académico y disciplinario de la estudiante, concluyó que no se violaron ninguno de sus derechos fundamentales. La menor de edad tuvo varios llamados de atención del cuerpo docente y las directivas, tenía matrícula condicional por su deficiente comportamiento, en numerosas oportunidades violó sus compromisos con la institución, y debía logros del nivel académico anterior. Su bajo nivel académico, persistente indisciplina e irrespeto a sus compañeras y al establecimiento educativo evidencian un desacato a sus responsabilidades como estudiante, por lo que no es

admisible, según los lineamientos de la institución, permitir a una alumna de sus condiciones, el acceso a un cargo escolar en el cual la disciplina y el buen nivel académico son definitivos para asumir con responsabilidad las funciones de personera estudiantil. La Corte, en consecuencia, resolvió negar la tutela. (Sentencia T-706 de 2002).

2. SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHOS DE LIBERTAD

En la doctrina internacional los derechos de libertad en la educación han sido objeto de numerosos estudios, en particular en lo tocante al respeto por la libertad de los padres de educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones religiosas, morales o filosóficas. Las minorías religiosas son sujetos de especial protección internacional, y prueba de ello es la obligación del Estado de respetar activamente las convicciones de los padres³⁶¹.

A nivel nacional ha adquirido igual relevancia en la jurisprudencia el respeto a las opciones sexuales de los estudiantes. Esto hace imperativo tener en cuenta en este aparte la libertad sexual y el derecho a la educación de las minorías sexuales.

2.1. LA LIBERTAD RELIGIOSA. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LAS MINORÍAS RELIGIOSAS

“[La libertad de religión] es la facultad que tienen todas las personas para profesar, practicar y difundir una religión de manera autónoma y sin coacción alguna. Esta definición resalta la doble dimensión de la libertad religiosa: como **permisión** y como **prerrogativa**. Como **permisión** indica que las personas pueden formarse, tener y expresar sus creencias, así como actuar de conformidad con las mismas. Como **prerrogativa**, significa que ninguna otra persona, grupo social, o autoridad estatal, puede impedirle obrar de acuerdo con sus creencias. Por consiguiente, la libertad religiosa provee una **inmunidad de coacción**, tanto frente a los demás individuos como frente al Estado, de manera que nadie puede ser obligado a actuar contra sus creencias o asumir las creencias de otros.

Se trata de una libertad fundamental inseparable de la dignidad humana que ampara no sólo el ámbito privado del individuo, sino también las manifestaciones externas de la religión a la cual haya adherido. Esta protección se extiende al derecho de difundir la fe o doctrina que se profesa.

³⁶¹ Ver al respecto: **RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN**. *Informe preliminar, op. cit.* Párrafo 63.

La Constitución de 1886 otorgaba a la religión católica una preferencia jurídica al prescribir en su artículo 38: ‘La religión católica, apostólica, romana, es la de la nación; los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada, como esencial elemento del orden social’. Colombia era, entonces, un Estado confesional católico. En consecuencia, las minorías religiosas no podían desarrollarse en condiciones de igualdad. No existía propiamente libertad religiosa, sino que imperaba un régimen de tolerancia frente a las religiones no católicas, siempre que éstas no fueran contrarias a la moral cristiana y a las leyes.

La Constitución de 1991 optó por definir a Colombia como un Estado no confesional y reconoció la igualdad de todas las religiones. Así lo señala el artículo 19: ‘Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley’. Resulta evidente que la voluntad del constituyente primario era proteger a las expresiones religiosas minoritarias para asegurar la convivencia, la igualdad, el pluralismo, la dignidad humana y las creencias de todas las personas.

Pero el que el Estado sea aconfesional no implica que le sean indiferentes los sentimientos religiosos de la sociedad. El Estado debe preocuparse por que existan condiciones que aseguren el respeto de todas las expresiones religiosas, y que puedan darse relaciones de cooperación con todas las iglesias, siempre que aquellas se desarrollen dentro de la igualdad garantizada por la Constitución.

(...) El espíritu pluralista de la Constitución, el principio de protección de las minorías y la igualdad en materia religiosa, tienen estas implicaciones:

- Todas las personas pueden practicar la religión que deseen.
- Nadie puede ser discriminado por sus creencias o prácticas religiosas.
- Todas las personas pueden exigir de las autoridades protección para su actividad religiosa.
- El carácter más extendido de una determinada religión no implica que ésta pueda recibir un tratamiento privilegiado del Estado, por cuanto la Constitución de 1991 ha conferido igual valor jurídico a todas las confesiones religiosas, independientemente de la cantidad de creyentes que ellas tengan.
- La igualdad religiosa no significa uniformidad absoluta, sino que no se puede discriminar, sancionar o premiar a una persona o agrupación por motivos religiosos, de creencia o de culto³⁶².

³⁶² Tomado de: GÓNGORA y PARRA, *op. cit.*

Vale la pena agregar que la Corte Constitucional, en sentencia T-662 de 1999, delimitó el contenido del derecho a la libertad religiosa a partir de los siguientes elementos:

- la libertad de profesar cualquier creencia religiosa libremente escogida, (que implica la libertad de información y de expresión sin las cuales la persona no podría formarse una opinión ni expresarla);
- la libertad de cambiar de religión
- la libertad de no profesar ninguna religión
- la posibilidad de practicar su religión sin perturbación o coacción externa, contraria a las propias convicciones,
- la posibilidad de realizar actos de oración y de culto,
- la libertad de recibir asistencia religiosa de la propia confesión en cualquier lugar, incluso los de reclusión, cuarteles y centros médicos,
- la posibilidad de conmemorar festividades,
- la libertad de recibir sepultura digna conforme a los ritos y preceptos de la religión del difunto y a sus deseos o a los de su familia,
- el derecho a contraer matrimonio y a establecer una familia conforme a la religión y a sus normas,
- el derecho a recibir e impartir libremente educación religiosa o de rehusarla
- la libertad de determinar, de conformidad con la propia convicción, la educación de los hijos menores o la de los incapaces bajo su dependencia.

2.1.1. En ningún caso se puede condicionar la matrícula del estudiante por factores religiosos.

La Corte, en el estudio de constitucionalidad del literal h) del artículo sexto del proyecto de Ley estatutaria de Libertad Religiosa y de Cultos (hoy Ley 133 de 1994)³⁶³, afirmó categóricamente que para garantizar a plenitud la libertad religiosa, en ningún caso se puede condicionar la matrícula del estudiante por factores religiosos.

³⁶³ ARTICULO 6o. La libertad religiosa y de cultos garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente autonomía jurídica e inmunidad de coacción, entre otros, los derechos de toda persona: (...)

h) De elegir para sí y los padres para los menores o los incapaces bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral según sus propias convicciones. Para este efecto, los establecimientos docentes ofrecerán educación religiosa y moral a los educandos de acuerdo con la enseñanza de la religión a la que pertenecen, sin perjuicio de su derecho de no ser obligados a recibirla. La voluntad de no recibir enseñanza religiosa y moral podrá ser manifestada en el acto de matrícula por el alumno mayor de edad o los padres o curadores del menor o del incapaz;

La norma constitucional es clara cuando prohíbe a los establecimientos educativos del Estado obligar a un estudiante a recibir educación religiosa, lo que no obsta para que estas instituciones puedan ofrecer a sus alumnos una específica enseñanza religiosa, sólo que esta posibilidad queda sujeta a la aceptación libre de los padres de familia. Al momento de la matrícula, las instituciones educativas oficiales deben mantener una posición neutral, y preguntarle al aspirante (o a sus padres si es menor) si desea estudiar o no la asignatura de religión, pero deben abstenerse de indagar si profesa o no un específico credo.

Respecto de las entidades educativas privadas, la opinión de la Corte es muy semejante. Si bien la Constitución solo habla de establecimientos educativos “estatales” al establecer que ninguna persona puede ser obligada a recibir educación religiosa, y que por tratarse de entes privados están sujetos a un régimen especial en el que pueden establecer normas de comportamiento de una religión o moral específica, la Corte ha dado prevalencia a la libertad religiosa. Por lo tanto, no puede condicionarse en ningún evento la matrícula de un estudiante que no comparta la religión que la institución privada ofrece. (Sentencia C-088 de 1994).

2.1.2. Libertad religiosa de niños y niñas en el sistema educativo: los padres tienen derecho a rehusar que sus hijos reciban una específica educación religiosa.

Un menor de edad fue matriculado por sus padres en una escuela pública para que cursara el primer año de primaria. En el establecimiento educativo se dictaba la asignatura de educación religiosa católica a todos los alumnos. Los padres, que no profesaban religión alguna, solicitaron al establecimiento educativo que no se impartiera a su hijo dicha educación ni se le hiciera partícipe en los rituales católicos. Esta petición no fue atendida por las directivas de la escuela, por lo que los padres acudieron a la acción de tutela. La Corte concluyó que al imponerse un tipo de educación religiosa en contra de la libre decisión de los progenitores se vulneraba la Constitución, pues tal y como lo dispone la norma constitucional³⁶⁴, en los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa. En estas instituciones es viable ofrecer a los estudiantes la posibilidad de recibir, pero sólo si lo desean y sus padres los autorizan, una específica educación religiosa³⁶⁵. Ello no implica que sus estudiantes estén en la obligación de recibirla, y

³⁶⁴ El artículo 68 inciso 5° de la Carta de 1991 señala que: “Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa”.

³⁶⁵ “Ha de tenerse en cuenta, de conformidad con lo expuesto y con jurisprudencia reiterada de esta Corporación, que en nada contraría el ordenamiento superior el que un determinado colegio, incluso si

mucho menos que aquellos que no practican sus postulados sean discriminados o rechazados. En consecuencia, ordenó a las directivas de la escuela abstenerse de impartir educación religiosa y de hacer comparecer a sus rituales al menor. (Sentencia T-421 de 1992).

En cuanto a los establecimientos privados, la Corte ha sostenido que éstos podrán optar por un determinado modelo educativo, pudiendo fundamentarlo por ejemplo en los postulados de una específica religión o ideología. Los padres del menor de edad, en ejercicio de la autonomía que el Constituyente les reconoció para elegir el tipo de educación que consideren el más adecuado, se obligan, desde el momento mismo en que firman el contrato de matrícula, a acoger en su integridad el proceso de formación que ofrece el establecimiento³⁶⁶. Sin embargo, es importante precisar que si bien ésta es la regla general en materia de educación religiosa o filosófica en colegios privados, existen situaciones en las que, en atención a la naturaleza esencial de la libertad de opción y la estrecha relación del derecho a elegir con fundamento en la dignidad humana, la evolución en las formas de pensamiento de los menores, - ajenas a la selección de los padres de familia-, o la expresión respetuosa de una opción sin lesionar o perturbar derechos de terceros, puede, de conformidad con una adecuada ponderación constitucional, dar como resultado el ejercicio prevalente del derecho a la libertad de cultos frente a la libertad de enseñanza. Una correcta interpretación constitucional no puede llevar a convertir la libertad de cultos o el derecho a la enseñanza en un motivo para cercenar los demás derechos fundamentales. Su uso debe ser razonable y adecuado a los fines que persigue. La Corte ratifica la doctrina de la **armonización de los derechos**, es decir, que los derechos pueden hacerse compatibles dado que son relativos, y por tanto, su ejercicio es legítimo mientras no lesione ni amenace otros derechos, ni atente contra el bien general. Por consiguiente, si bien para los colegios privados la regla general es el acatamiento de las reglas de convivencia en materia religiosa y el reconocimiento de las filosofías educativas por parte de padres y estudiantes, es claro que la opción personalísima de detentar otras creencias u optar libremente por otras visiones del mundo, debe ser claramente respetada por las instituciones educativas con fundamento en lo señalado por la doctrina jurisprudencial, mientras no lesione los derechos de terceros o el ordenamiento jurídico. En todo caso, en el evento en que los padres no estén de acuerdo con la orientación religiosa o filosófica de una institución educativa, pueden

es oficial, pueda brindar a sus alumnos la oportunidad de formarse y profundizar en los fundamentos y postulados de una determinada religión, cuando el establecimiento educativo funcione en una comunidad en la que la mayoría de sus miembros la practica, atendiendo las características socio-culturales de la región donde funciona, pudiéndose ofrecer a los alumnos una específica enseñanza religiosa, siempre que los padres de familia en representación de sus hijos menores de edad o estos si son mayores, decidan si la aceptan o no. La decisión de optar por un determinado culto, que para el efecto puede ser el rito católico, no comporta en sí misma el desconocimiento de la libertad religiosa, en cuanto no se obligue a los alumnos a obrar en contra de sus principios religiosos o a cambiar la fe que profesan". Sentencia T-972 de 1999.

³⁶⁶ Ver sentencia T-108 de 1998.

optar con plena libertad por otros centros educativos que se ajusten mejor a su religión o ideología. (Sentencia T-662 de 1999).

2.1.3. Libertad religiosa de los adultos en el sistema educativo: las instituciones educativas no pueden a) conducir a que un estudiante, contra su voluntad, cambie sus convicciones religiosas; b) calificar las creencias religiosas de los estudiantes; ni c) presionar a los estudiantes a revelar sus convicciones o creencias.

Un estudiante de una universidad privada confesional cursaba el último semestre de su carrera, el cual contempla un seminario de ética, cuyo contenido es esencialmente religioso. El estudiante consideró que la universidad, al exigirle adelantar dicho curso como requisito para su grado, violaba sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia y a la libertad de cultos y religión. Esto lo motivó a acudir a la acción de tutela.

La Corte Constitucional consideró que las universidades privadas, si bien pueden ser confesionales e incluir en su pensum materias de contenido religioso, no pueden exigirle a un estudiante tomar una asignatura que por sus características lo obliga a recibir educación de contenido religioso y lo conduce a revelar sus convicciones y creencias. Para la Corte, hace parte del ámbito de protección de la libertad de conciencia decidir si se recibe o no clases cuyo contenido verse explícita y predominantemente sobre un credo religioso. Esto es un límite para las universidades, ya que no pueden exigirle a sus estudiantes hacer públicas sus creencias religiosas. Y el que el estudiante haya decidido libre y voluntariamente matricularse en una universidad confesional no constituye una aceptación previa por su parte de que le sean impuestas obligatoriamente clases de contenido predominantemente religioso con metodologías que lo lleven a revelar sus creencias.

Dado que el estudiante tuvo que explicar que no profesaba la educación católica para negarse a participar en el seminario, quedó probado que la institución universitaria amenazó grave y concretamente el derecho del estudiante a no tener que hacer públicas sus creencias. Empero, en los casos de libertad de conciencia o religión es importante establecer además si quien reclama la protección de tutela no usa sus creencias **como pretexto y de forma estratégica y coyuntural**³⁶⁷. En el caso *sub examine*, el estudiante actuó de forma tal que llegó a poner en riesgo su graduación: “La incomodidad y rechazo que produce en él el seminario de ética que es obligado a recibir por la Universidad (...) lo ha llevado a enfrentarse judicialmente con su Universidad, al interponer la presente acción de tutela. Su propósito no es el de refugiarse en estas excusas para dejar de cumplir sus obligaciones académicas”. El

³⁶⁷ Ver sentencia T-588 de 1998.

estudiante además había aclarado que estaba dispuesto a tomar el curso de ética, pero no a que se le impusiera un contenido religioso, ni una metodología que lo presionara a revelar sus creencias. La Corte concluyó que al estudiante se le vulneró su libertad de conciencia, tras haber constatado que:

- a. El tener que participar en debates sobre los temas del seminario llevaba al estudiante a tener que tomar posición, teniendo que hacer públicas sus creencias y convicciones.
- b. El estudiante manifestó que se había sentido presionado por la situación a revelar sus creencias; y
- c. Aunque ha podido mantener en reserva cuáles son sus creencias, ya reveló parte de ellas al tener que decir que no es católico.

Dado que a la fecha del pronunciamiento de la Corte el estudiante ya se había acogido a los requerimientos de la universidad y se había graduado, la Corte se limitó a prevenir a la universidad en el sentido de prohibirle que en el futuro exija a sus estudiantes revelar sus creencias al tomar una asignatura, por lo que tendrá que ofrecer a sus estudiantes una alternativa académica. (Sentencia T-345 de 2002).

2.2. LA LIBERTAD SEXUAL. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LAS MINORÍAS SEXUALES

La opción sexual no puede generar discriminación, pues se encuentra jurídicamente protegida, siempre y cuando su exteriorización no lesione los derechos de los demás ni el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, las minorías sexuales deben ser tratadas en igualdad de condiciones con las personas heterosexuales. Una conducta discriminatoria en el ámbito educativo es violatoria de los derechos a la igualdad y a la educación.

2.2.1. Las instituciones educativas no pueden discriminar a un estudiante por su orientación sexual.

Dos menores de edad que cursaban sexto y séptimo grado en la misma institución educativa decidieron suspender sus estudios en octubre, debido a su precaria situación económica, lo que implicó que reprobaban el curso. En agosto del siguiente año, solicitaron cupo en el mismo colegio, pero para la jornada nocturna. No obstante, el rector negó su reingreso a la institución aduciendo carencia de cupos, y

posteriormente les explicó que había tenido reunión con el consejo y éste había decidido negarles el cupo por sus expresiones homosexuales. Al considerar vulnerados sus derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad, recurrieron a la acción de tutela solicitando ser aceptados en el establecimiento educativo. La Corte derivó de las declaraciones del rector³⁶⁸ durante el proceso que éste considera la homosexualidad como una condición pecaminosa e inconveniente para la sociedad, lo que influyó de manera definitiva en su decisión, y restringió el derecho a la igualdad y al acceso a la educación de los actores con una actitud discriminatoria e intolerante, inaceptable en una persona que tiene a su cargo la dirección del proceso educativo. Desde el momento mismo en que la condición de homosexualidad de los peticionarios se tuvo en cuenta por parte de las autoridades del colegio demandado, se violaron derechos fundamentales de los mismos, pues los colocaron en situación de desigualdad respecto de aquellos jóvenes que hicieron la misma solicitud pero que se presumen heterosexuales, al considerar como un factor negativo la condición de los primeros. La homosexualidad de un aspirante o estudiante no puede constituirse en un factor negativo para resolver la solicitud de ingreso. En consecuencia, se ordenó al colegio demandado, dado lo avanzado del año lectivo, garantizar a los demandantes, si éstos lo desean, el cupo para el próximo período escolar. (Sentencia T-101 de 1998)³⁶⁹.

2.2.2. La exteriorización de la opción sexual que vulnere el derecho ajeno o interfiera con los objetivos, funciones y disciplina legítimamente instituidos de un establecimiento educativo puede ser objeto de sanción, no por la opción sexual en sí misma, sino por afectar la disciplina de la institución.

Un joven que cursaba undécimo grado, decidió dejar de asistir al colegio, pues era de conocimiento público su condición homosexual. En numerosas oportunidades fue requerido por las directivas del establecimiento educativo para que se ajustara al manual de convivencia en relación a su pelo largo, a portar inadecuadamente el uniforme del colegio, y a no presentarse con zapatos de tacón a las clases. Sus padres solicitaron al colegio permitir a su hijo continuar con sus estudios, sin causarles conflicto ni tolerar el rechazo de los profesores y compañeros. El colegio respondió que el estudiante había decidido voluntariamente marginarse de la institución y que

³⁶⁸ “En efecto, al analizar el expediente se encuentran por lo menos cinco manifestaciones expresas del rector que evidencian claramente una actitud intolerante y desconsiderada cuando se trata de personas homosexuales, actitud que sin lugar a duda incide en el desarrollo de las funciones que le competen y en la toma de las decisiones que le corresponden, dada su condición de autoridad académica y disciplinaria (...)”. Sentencia T-101 de 1998.

³⁶⁹ Sobre el tema, puede consultarse además la sentencia T-435 de 2002, que estudia un caso de discriminación por lesbianismo.

no podía hacer nada al respecto. La madre del menor, ante esta respuesta, acudió a la acción de tutela solicitando que se autorice a su hijo a validar el grado sin tener que asistir a clases. Durante el proceso quedó establecido que desde el año anterior el joven estaba siendo apoyado por el Departamento de Orientación y Asesoría Escolar, y que se comprometió con los psicólogos a mantener su privacidad y no interferir en la convivencia comunitaria. Pero el menor hizo pública su homosexualidad al presentarse maquillado, con tacones, sin uniforme “y usando slacks llamados chicles”. Esto obligó a efectuar una reunión entre los orientadores, el rector del plantel, las coordinadoras de disciplina, y el joven. En ella se llamó la atención al estudiante por sus injustificadas y constantes ausencias, sobre su actitud de insubordinación, y por el incumplimiento de sus compromisos, a lo cual respondió “yo me voy, retiro mis papeles, el curso 11 se puede hacer en cualquier colegio” abandonando la reunión. Desde entonces el joven no regresó al colegio. Por su declaración, se estableció también que nunca fue requerido por los profesores que le dictaban clase por ser homosexual, y que el rector no le comunicó que pensaba retirarlo del colegio.

La Corte recordó que la discriminación por razón de la homosexualidad es inconstitucional³⁷⁰, pero si la exteriorización de esta opción individual e íntima vulnera el derecho ajeno³⁷¹ o interfiere con los objetivos, funciones y disciplina de la institución, tal exteriorización sí puede ser objeto de sanción³⁷². Cuando las conductas (homosexuales o heterosexuales) invaden la órbita de los derechos de las personas que rodean al individuo, e inclusive sus actos alteran la disciplina escolar, no son tutelables. En el caso bajo examen, la Corte encontró que el comportamiento del estudiante iba en contra del manual de convivencia de la institución, al vestirse con tacones, llegar maquillado al colegio, y dejar de asistir a clases de manera injustificada, perdiendo el año por fallas. Dado que el joven no fue discriminado, pues su retiro fue voluntario, la tutela no era procedente contra la institución educativa. (Sentencia T-569 de 1994).

La Corte ha sostenido que esta subregla es particularmente relevante en las instituciones educativas de carácter militar: “[t]anto los actos de homosexualidad

³⁷⁰ Cf. *Capítulo III, numeral 1.3.*

³⁷¹ “El libre desarrollo de la personalidad se armoniza con las libertades de pensamiento y de expresión, por cuanto es la decisión de expresar, en el propio vivir de la persona, una determinación de su modo de ser en la convivencia humana; mientras tal determinación sea libre, y como culminación de un proceso voluntario en una decisión, y no atente contra el derecho ajeno, tiene que ser respetado y protegido por el orden jurídico establecido”. Sentencia T-594 de 1993.

³⁷² “El homosexualismo, en sí mismo, representa una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable. Otra cosa ocurre con las prácticas sexuales, dentro de cuarteles y escuelas, así como con las demás manifestaciones externas de este tipo de conducta que, si interfieren con los objetivos, funciones y disciplina, legítimamente instituidos, bien pueden ser objeto de sanción”. Sentencia T-097 de 1994.

como los que impliquen objetivamente el acoso o asedio a los compañeros dentro del establecimiento, quebrantan de manera ostensible y grave la disciplina y además ofenden a los demás integrantes de la comunidad educativa, quienes merecen respeto, por todo lo cual aquellos deben ser oportuna y ciertamente castigados”³⁷³.

³⁷³ Sentencia T-037 de 1995.

3. CREACIÓN DE INDICADORES BASADOS EN LOS DERECHOS DE LIBERTAD EN LA EDUCACIÓN

Hoy en día no existen indicadores destinados específicamente a medir la libertad en la educación. El enfoque de derechos humanos que se ha presentado en este libro implica fijar la atención en otras prioridades, lo que permite identificar como uno de los campos de acción futuros la creación de indicadores de libertad en la educación.

Un indicador fundamental para evaluar la libertad en la educación a través de la forma como operan los espacios de concertación en el proceso educativo podría llamarse “**Participación social**”, y puede construirse a partir del análisis de los manuales de convivencia. Este indicador incluiría:

- a. El estudio de los manuales de convivencia, del tipo de proyecto educativo institucional (PEI), y la existencia o no de gobierno escolar.
- b. La evaluación del proceso de creación del manual de convivencia y la elección del gobierno escolar.
- c. El análisis del funcionamiento del gobierno escolar (v. gr., contabilizar el número de reuniones y evaluar la resolución de problemas de la comunidad educativa).

CONCLUSIÓN

La incorporación de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución de 1991, ha dado lugar a su exigibilidad directa a través de la acción de tutela, lo que a su vez ha permitido a la Corte Constitucional incursionar dentro de las tendencias del constitucionalismo contemporáneo, brindando a los derechos económicos, sociales y culturales una eficacia que no había sido experimentada en Colombia antes de 1991. La educación ha jugado un papel determinante en estos avances, pues a través de la jurisprudencia ha sido posible delimitar su contenido y alcance, restando toda validez a las teorías que se han levantado contra la exigibilidad de los derechos sociales y que argumentan la indeterminación de la prestación debida para negar su calidad de derechos.

En el documento se analizó la jurisprudencia sobre educación -empleando como criterio organizador el sistema propuesto por la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación- y se clasificaron las obligaciones a cargo del Estado colombiano en materia educativa derivadas de sus compromisos internacionales. Con ello, se logró relacionar los contenidos del derecho con las obligaciones que se imponen para garantizarlo y se pudo establecer qué prestaciones son actualmente exigibles y cuáles son de cumplimiento progresivo.

Al disponer de un sistema ordenado a partir de derechos-obligaciones, es posible proponer a los responsables estatales de la realización del derecho a la educación que implementen políticas públicas educativas a partir del enfoque de los derechos humanos. Como explica la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación³⁷⁴, la terminología que se ha empleado en el tema educativo ha sido muy diversa, lo que ha generado diferentes perspectivas sobre lo que es la “educación” y ha retrasado su reconocimiento y realización efectiva en el mundo. Al utilizar el “lenguaje común” preconizado por Naciones Unidas en relación con el derecho a la educación, y aplicarlo al ordenamiento constitucional colombiano, el enfoque de la educación como un derecho humano será imprescindible a la hora de planear estrategias y establecer políticas públicas que garanticen a todo niño y niña su derecho fundamental a educarse permanentemente, al menos hasta el nivel de educación básica, y en condiciones de igualdad y calidad.

³⁷⁴ RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN, *Informe preliminar, op. cit.* Párrafo 12.

Aunque la Defensoría del Pueblo, como órgano estatal de control, está llamada a verificar que las autoridades estatales responsables adopten este enfoque del derecho a la educación y den cumplimiento a sus obligaciones en materia educativa, la exigibilidad estará radicada fundamentalmente en una sociedad civil participativa que incida en la formulación y ejecución de las políticas públicas en el ejercicio de sus derechos.