

Bogotá, D. C., 17 de noviembre de 2009

Oficio N° 4010-0159

Doctor

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

Ref. Expediente D-7933: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 183 de la Ley 115 de 1994 - Ley General de Educación -, sobre derechos académicos en los establecimientos educativos estatales. Actores: CAMILO ERNESTO CASTILLO SÁNCHEZ Y OTRO.

Honorables Magistrados:

KARIN IRINA KUHfelDT SALAZAR, mayor de edad e identificada como aparece al pie de mi firma, obrando en mi condición de Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo, conforme con las acreditaciones que acompaño, haciendo uso de las facultades delegadas en el literal c, numeral 4.2.2 del Instructivo General Para el Sistema de Atención Integral, adoptado por el Defensor del Pueblo, mediante Resolución 396 de 2003, comedidamente, por medio del presente escrito, me permito intervenir en el proceso de inconstitucionalidad de la referencia para coadyuvar la demanda, atendiendo el oficio número 2618 de 30 de octubre de 2009, suscrito por la Secretaría General de esa Corporación y comunicado al Defensor del Pueblo el día 30 de octubre de 2009.

1. SINTESIS DE LA DEMANDA

1.1. Norma demandada y cargos

Los accionantes demandan el artículo 183 de la Ley 115 de 1994 –Ley General de Educación–, sobre derechos académicos en los establecimientos educativos estatales, concretamente la preceptiva contenida en esa normatividad que a su letra reza:

LEY 115 DE 1994
(febrero 8)

Por la cual se expide la ley general de educación

“...”

TÍTULO IX
FINANCIACIÓN DE LA EDUCACIÓN

CAPÍTULO I

RECURSOS FINANCIEROS ESTATALES

ARTÍCULO 183. DERECHOS ACADÉMICOS EN LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS ESTATALES. El Gobierno Nacional regulará los cobros que puedan hacerse por concepto de derechos académicos en los establecimientos educativos estatales. Para tales efectos definirá escalas que tengan en cuenta el nivel socioeconómico de los educandos, las variaciones en el costo de vida, la composición familiar y los servicios complementarios de la institución educativa.

Las secretarías de educación departamentales, distritales o los organismos que hagan sus veces, y las de aquellos municipios que asuman la prestación del servicio público educativo estatal, ejercerán la vigilancia y control sobre el cumplimiento de estas regulaciones.

Los accionantes señalan que la norma demandada es violatoria de los artículos 44, 45, 67 y 93 de la Constitución Política.

Sostienen que el cobro de derechos académicos en los establecimientos educativos estatales dispuesto en la norma demandada es contrario al derecho internacional que, al garantizar el derecho a la educación, contempla el derecho a la educación primaria obligatoria y gratuita, tanto en el sistema universal como en el interamericano.

Indican que el Estado colombiano incorporó a su legislación interna la regulación relacionada con la educación primaria obligatoria y gratuita contemplada en esos sistemas de protección de derechos, concretamente en los tratados y convenios internacionales ratificados por el Colombia que reconocen derechos humanos y en la doctrina de los organismos internacionales, que tienen prevalencia en el orden interno al tenor de la norma de remisión contenida en el artículo 93 C.P., así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales autorizadas para interpretar los tratados de derechos humanos y la doctrina de los órganos de control y monitoreo, como el del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Según los accionantes esa normatividad internacional sobre educación primaria obligatoria y gratuita debe tenerse como incorporada al ordenamiento constitucional colombiano. En concreto, las previsiones sobre la materia se encuentran consagradas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. XII); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13); en las Observaciones Generales 11 y 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU¹; en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (art. 13), y en la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños (art. 28).

Afirman que, con base en esas previsiones normativas internacionales sobre educación primaria obligatoria y gratuita, se origina para el Estado colombiano la obligación no sólo de garantizar la disponibilidad, el acceso y la permanencia de la educación a todos, sino también, la de asegurar su gratuidad. De allí nace el deber del Estado colombiano de proveer un sistema gratuito de educación primaria.

Argumentan además, que junto a las obligaciones de accesibilidad al sistema gratuito de educación primaria con efectos inmediatos, el mismo ordenamiento internacional prevé otras de cumplimiento progresivo, por medio de las cuales se le imponen a los Estados el deber de elaborar y adoptar planes de acción para la aplicación progresiva, dentro de un lapso razonable de tiempo, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos y en todos los niveles. Así lo indican la Convención Americana

1 Numeral 7. Gratuidad. El carácter de este requisito es inequívoco (Planes de acción para la enseñanza primaria).

Numeral 10. (...), la enseñanza primaria tiene dos rangos distintivos: es “obligatoria” y “asequible a todos gratuitamente” (El derecho a la educación).

sobre Derechos Humanos (art. 26) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 14).

Para los actores la gratuidad de la educación primaria que predicen los instrumentos internacionales no es de las obligaciones que puedan ser garantizadas progresivamente; el concepto de progresividad de la enseñanza gratuita es predicable sólo en relación con la educación secundaria y superior, más no en relación con la educación primaria, en razón de que ésta constituye una obligación de cumplimiento inmediato.

Señalan además que a nivel interno el carácter gratuito de la educación primaria en las instituciones del Estado encuentra sustento constitucional en la primera parte del inciso 4° del artículo 67 de la Carta Política que, expresamente consagra el principio de la gratuidad de la educación pública en Colombia, al regular que “la educación será gratuita en las instituciones del Estado”. La expresión “sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos”, consagrada en la segunda parte de la norma citada, resulta solo aplicable, según los accionantes, en forma exclusiva a la educación secundaria y universitaria o superior.

Dicha obligación también se deriva, en su opinión, del inciso 5° del artículo 67 de la Carta Constitucional conforme al cual corresponde al Estado “garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo”, mandato que debe ser concordado con el artículo 44 C.P., según cuyo contenido, la educación se erige en un derecho fundamental de los niños de protección especial, reforzada y prevalente.

Según los accionantes, el primer elemento del núcleo esencial del derecho a la educación lo constituye el acceso al sistema educativo, en donde la gratuidad de la educación primaria es determinante para su realización efectiva; el segundo, por otra parte, corresponde al derecho a la permanencia en el sistema educativo.

En consecuencia, sostienen, la intención del Constituyente de 1991 fue la de implementar la gratuidad para la educación primaria como garantía de los componentes del acceso y permanencia de la educación en el sistema educativo de los educandos, regulación que de no haberse contemplado hubiera constituido un retroceso del derecho a la educación frente al contenido de las obligaciones internacionales de Colombia en la materia.

Los demandantes finalmente afirman que la inconstitucionalidad de la norma demandada se justifica también por razones económicas, con el fin de desincentivar los denominados “subsidios educativos por bajos ingresos” que conducen a actos de

corrupción, a elevación de los costos educativos y a afectación de la autoestima de sus beneficiarios, entre otras.

2. CONSIDERACIONES DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La Defensoría del Pueblo coincide con las pretensiones de la demanda de inconstitucionalidad, acoge los argumentos en que se fundamenta y desarrolla algunos adicionales para que sean tenidos en cuenta por la Corte Constitucional al momento de adoptar una decisión final.

Para el efecto, a continuación desarrollará los siguientes temas: marco normativo del derecho a la educación en Colombia; marco normativo internacional de accesibilidad gratuita con efecto inmediato al sistema educativo primario; la meta de la enseñanza primaria universal como uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU; estudios de la Defensoría del Pueblo sobre la gratuidad de la educación primaria como derecho, y la solución al problema jurídico.

2.1. Marco normativo del derecho a la educación en Colombia

De los artículos 67 y 68 de la Constitución Política, contentivos del derecho fundamental a la educación y de las normas generales sobre financiación de los servicios públicos, contenidas en los arts. 346, 350, 356, 357, 365 y 366 C.P. se configura el marco constitucional básico aplicable a la educación en Colombia.

La educación como proceso de formación permanente, personal, cultural y social está dirigida a todos los niños y jóvenes en edad escolar, a los adultos, a los campesinos, a las personas con limitaciones físicas, sensoriales y psíquicas, a las personas con capacidades excepcionales, a las personas que requieren rehabilitación social y a los grupos étnicos.

Desde el punto de vista constitucional la educación es concebida como un derecho de la persona y como un servicio público que tiene una función social: como derecho por cuanto realiza el principio y el valor social de la igualdad, y constituye un instrumento de cambio, igualdad y democracia; como servicio público, porque el Estado adquiere el compromiso de desarrollar actividades regulares y continuas para satisfacer la necesidad pública de la educación, prestadas directa o indirectamente por éste, por organizaciones privadas, o por particulares, con el fin de satisfacer

intereses generales de instrucción académica y formación en valores individuales y sociales.

El concepto de servicio público aplicado a la educación conlleva algunas consecuencias de orden imperativo: la obligatoriedad entre los cinco y quince años de edad, con la salvedad que puede ser extendida hasta los 18 años; el principio de gratuidad en las instituciones del Estado; la suprema inspección y vigilancia por parte del Estado 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, como derecho, la de asegurar el adecuado cubrimiento, la garantía de acceso y de permanencia en el sistema educativo.

En este marco se autoriza a los particulares a fundar establecimientos educativos; a la comunidad educativa, integrada por padres, alumnos y directivas, a participar en la dirección de los establecimientos educativos; se reconoce el derecho de los padres a escoger el tipo de educación para sus hijos, en el marco de los fines de la educación, cuales son el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás valores de la cultura, la formación de colombianos en el respeto de los derechos humanos, la paz y la democracia, la práctica del trabajo y la recreación, el mejoramiento cultural, científico y tecnológico y la protección del medio ambiente (Cfr. Arts. 67 y 68 C.P.).

En este orden de ideas, la responsabilidad de la educación descansa sobre el trípode de Estado, sociedad y familia.

Por ello, en el orden legal, según la Ley General de Educación - Ley 115 de 1994 - le corresponde al Estado fundamentalmente velar por el cubrimiento y la calidad de la educación, garantizar los recursos y métodos educativos, promover el acceso al servicio público educativo y garantizar la permanencia de los educandos en el sistema, así como ejercer inspección y vigilancia sobre la prestación del servicio educativo estatal o privado (arts. 3 y 4). A la sociedad le corresponde fomentar, proteger y defender la educación como patrimonio social y cultural de la Nación, exigir de las autoridades el cumplimiento de sus responsabilidades con la educación y, en general, velar por el cumplimiento de su función social (art.8). A la familia le corresponde matricular a los hijos en los establecimientos educativos, participar en las asociaciones de padres de familia, informarse sobre el rendimiento académico de los educandos y proponer acciones de mejoramiento, participar en los órganos de dirección y administración y, contribuir solidariamente con la institución educativa en el proceso educativo (art. 7).

Es también deber especial del Estado erradicar el analfabetismo; prestar el servicio educativo a personas con limitaciones físicas y mentales y a personas con

capacidades excepcionales.

De manera especial se establece el derecho de los integrantes de los grupos étnicos a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. Con ello, se protege la identidad cultural de todos los grupos étnicos que conforman comunidades históricas con una lengua y una cultura comunes.

En desarrollo de la disposición constitucional que autoriza el cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos (inciso 4° art. 67), la Ley 115 de 1994 faculta al Gobierno Nacional a regular los cobros que puedan hacerse por concepto de derechos académicos en los establecimientos educativos estatales, según el artículo 183 aquí demandado, previsión legal que a su vez es desarrollada por el Decreto 135 de 1996.

Por su parte, el Plan Nacional de Desarrollo 2006 -2010, contenido en la Ley 1151 de 2007, señala que la acción estatal se dirigirá entre otras a la implementación, desarrollo, ejecución y seguimiento “de una política de promoción de reducción de la pobreza y promoción del empleo y la equidad que conduzca a soluciones eficaces contra la pobreza y la vulnerabilidad, el desempleo, las deficiencias de cobertura y calidad de la seguridad social, y las deficiencias de cobertura y calidad de la educación, (...)” (art. 1° , c).

Entre tanto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el primer elemento del núcleo esencial del derecho a la educación lo constituye el acceso al sistema educativo, en donde la gratuidad de la educación de la educación primaria es determinante para su realización efectiva. Se sustenta en dos líneas jurisprudenciales: la primera, relacionada con la afirmación de que la educación pública es un derecho y su gratuidad no es un privilegio exclusivo de algunos servidores públicos² y la segunda, que el derecho de acceso a la educación en los menores es fundamental, sin importar que éstos se encuentren por encima o por debajo del límite de edad de que trata el artículo 67 C.P. - entre los 5 y los 15 años de edad -³.

Señala además el segundo elemento del núcleo esencial del derecho a la educación, referido a la permanencia del sistema educativo. La Corte Constitucional ha

2 Esa posición fue sostenida por la Corte Constitucional en la sentencia C-210 de 1997 que declaró inexecutable el artículo 186 de La ley 115 de 1994, el cual consagraba la gratuidad de la educación en los establecimientos públicos para hijos del personal de educadores, directivos y administrativos del sector educativo estatal, de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional muertos en servicio activo.

3 Sentencias Corte Constitucional T-323 de 1994 y T-787 de 2006.

identificado situaciones que ponen en peligro el ejercicio de ese derecho: en primer lugar, la negativa de los centros académicos de entregar certificaciones escolares o la intención de impedir que los niños puedan continuar con sus estudios con el argumento que sus padres son morosos⁴; cobros educativos excesivos⁵ o a la negativa a matricular estudiantes que no han podido sufragar tal gasto debido a la precaria situación económica de sus padres.⁶

2.2. Marco normativo internacional de accesibilidad gratuita con efecto inmediato al sistema educativo primario

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 26, establece que toda persona tiene derecho a la educación y que esta debe ser gratuita y obligatoria, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigente en Colombia desde el año de 1976 a través de la Ley 74 de 1968 estatuye en su artículo 13 que “la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XII, establece que “toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos”.

Dentro el marco de las obligaciones del Sistema Interamericano, se estableció que “la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;...” (art. 13, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Ley 319 de 1996).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de niños y niñas a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, ordena a los Estados “implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;...”. El Estado colombiano reafirmó estas obligaciones mediante la aprobación de esa Convención a través de la Ley 12 de 1991.

4 Sentencias Corte Constitucional SU-624 de 1999 y T-265 de 1996.

5 Sentencia Corte Constitucional T-550 de 2005.

6 Sentencia Corte Constitucional T-1228 de 2008.

En contraste con las obligaciones de cumplimiento inmediato, vinculadas a la educación primaria previstas en los instrumentos internacionales señalados, el sistema internacional de protección del derecho a la educación prevé obligaciones de cumplimiento progresivo, vinculadas a la enseñanza secundaria y superior.

El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales regula el derecho a la enseñanza secundaria y la implantación de la enseñanza secundaria gratuita: “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 implementación progresiva de la enseñanza gratuita;...” (lit. b).

El Protocolo de San Salvador, en su artículo 13, literal b), incorpora un mandato similar: “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;...”.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 28 reconoce 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, autoriza al Estado a “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;...”(lit. b).

Significa lo anterior de que la enseñanza secundaria debe ser generalizada, y que el Estado debe impartirla de forma tal que todos y todas puedan acceder a ella en igualdad de condiciones. En cuanto a la implantación progresiva de gratuidad, debe señalarse que, si bien esta es una obligación de cumplimiento progresivo, se impone la obligación inmediata de adoptar medidas concretas para establecer la enseñanza secundaria gratuita.

De igual manera los instrumentos internacionales presuponen la obligación de garantizar la accesibilidad económica por vía de la enseñanza superior gratuita, con limitaciones sujetas a las necesidades de los alumnos en distintos contextos sociales y culturales, ofreciendo planes de estudios flexibles y sistemas de instrucción variados, y a que la enseñanza superior no debe ser generalizada y hacerse accesible a todos “sobre la base de la capacidad”, que habrá de valorarse con respecto a los

conocimientos especializados y la experiencia de cada cual (Cfr. Art. 13 Protocolo de San Salvador y art. 13 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

2.3. Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU: lograr la enseñanza primaria universal

En la búsqueda del compromiso universal para alcanzar el desarrollo, Colombia y 187 naciones más, acordaron en la Cumbre del Milenio del año 2000 en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ocho Objetivos de Desarrollo de largo plazo, con la coordinación de las Naciones Unidas, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

Para el efecto, se consagraron ocho objetivos de desarrollo comunes para ser cumplidos en el 2015, conocidos como los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Entre esos objetivos está el de “lograr la educación primaria universal”, cuya meta universal es “lograr que, para el año 2015, los niños y las niñas de todo el mundo puedan terminar un ciclo completo de educación primaria”.

La declaración se tradujo en un plan de acción que creó 8 objetivos medibles y con límite de tiempo que debían alcanzarse para el año 2015, conocidos como los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), cuyos ejes centrales son: erradicar la pobreza y el hambre; lograr la enseñanza primaria universal; promover la igualdad entre géneros y la autonomía de la mujer; reducir la mortalidad infantil; mejorar la salud materna; combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; garantizar la sostenibilidad del medio ambiente, y fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

Desde la “Declaración del Milenio” se han venido realizando evaluaciones periódicas de los progresos logrados en la consecución de esos objetivos, realizadas por un Grupo Interinstitucional y de expertos bajo la dirección del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de las Naciones Unidas, entre cuyas actividades figura la preparación de indicadores estadísticos utilizados para verificar los progresos logrados en la consecución de los objetivos de desarrollo del Milenio.

La evaluación del progreso hacia el cumplimiento de esos objetivos se basa en los datos regionales y subregionales recogidos por el grupo de expertos sobre los indicadores. Los datos se han venido obteniendo de las estadísticas oficiales que los gobiernos proporcionan a los organismos internacionales responsables de cada indicador, mediante la recopilación periódica de datos de ministerios y oficinas

nacionales de estadísticas de todo el mundo⁷.

2.4. Estudios de la Defensoría del Pueblo sobre la gratuidad de la educación primaria como derecho

En virtud del compromiso y de las responsabilidades misionales de la Defensoría del Pueblo en la realización de los derechos humanos y en desarrollo de su visión estratégica de posicionarse como un agente institucional y social fundamental en la promoción de los derechos humanos, la institución viene trabajando en la implementación de un sistema de seguimiento y evaluación de políticas públicas denominado Programa de Seguimiento y Evaluación de las Políticas Públicas en Derechos Humanos, ProseDHer.

En el primero de estos estudios⁸, se señala que la realización de la educación básica primaria en Colombia está estrechamente ligada con la obligación del Estado de asegurar que la enseñanza básica sea asequible a todos los niños y niñas de manera gratuita, como lo establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia. Es por ello que se debe hacer especial énfasis en la afirmación inmediata y explícita de la obligación internacional del Estado colombiano de garantizar la educación gratuita para toda la niñez en edad de escolarización obligatoria.

La investigación de la Defensoría del Pueblo, con fundamento en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia, señala que “en materia de educación, el Estado colombiano se ha comprometido internacionalmente a respetar los diversos tratados de derechos humanos que le imponen obligaciones de cumplimiento inmediato y otras de cumplimiento progresivo. Dentro de las primeras se encuentra la de asegurar una educación no discriminatoria, de manera universal y gratuita. La garantía de la gratuidad en la educación es, de acuerdo con los pactos internacionales, inmediata, en caso de educación básica primaria, y progresiva, en materia de educación básica secundaria, y media superior” (pág. 11).

Finalmente el estudio afirma que “a pesar de las obligaciones que asumió el Estado a través de los tratados internacionales, del impulso que se dio en la Constitución Política de 1991 y en los distintos fallos jurisprudenciales, en Colombia no se ha presentado un desarrollo significativo de la implementación de la gratuidad absoluta

7 Cfr. Informe de las Naciones Unidas, Erradicar la Pobreza Objetivos de Desarrollo del Milenio 2015, Nueva York, 2008.

8 La Gratuidad de la Educación es un derecho, serie de Estudios Especiales DESC, Proceder, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2007

de la educación básica primaria teniendo en cuenta que han transcurrido más de 30 años desde que se asumió este compromiso y aún no se ha cumplido. Esta realidad requiere mayor dinamismo y compromiso del gobierno en la implementación de la política pública educativa que articule un plan de acción para asegurar lo antes posible la gratuidad de la educación en la educación básica primaria” (pág. 25)

Por su parte otro documento de estudio de la Defensoría del Pueblo⁹, en relación con las obligaciones generales del Estado en materia de accesibilidad al sistema educativo, señala que se trata de la obligación estatal de asegurar a todos y todas en igualdad de condiciones, la posibilidad de acceder al sistema educativo. Para el efecto, distingue dos tipos de obligaciones: obligaciones de accesibilidad con efectos inmediatos y obligaciones de accesibilidad con efectos progresivos.

Las obligaciones de accesibilidad con efectos inmediatos comprenden la obligación del Estado de asegurar mínimos de satisfacción en materia de educación o de niveles esenciales de educación, esto es, la obligación de proporcionar a todos educación pública, primaria, obligatoria y gratuita.

Por su parte, las obligaciones de cumplimiento progresivo comprenden cuatro grupo de obligaciones: la obligación de garantizar la accesibilidad económica (la educación ha de estar al alcance de todos), la implantación progresiva de la enseñanza secundaria gratuita; la obligación de implantar un sistema adecuado de becas que ayude a los grupos desfavorecidos y, la obligación de proporcionar acceso a programas educativos a los adultos mayores.

La investigación sobre la gratuidad de la educación básica primaria en Colombia¹⁰ encuentra que en Colombia existen varias razones por las cuales las familias no envían a sus hijos a la escuela, entre las que se encuentra fundamentalmente la pobreza, que impide cubrir los costos del sistema escolar (matrícula, pensión, derechos académicos, uniformes, útiles escolares y material de estudio, alimentación escolar, transporte escolar y otros), y que genera un grave obstáculo para el acceso y permanencia de los niños y las niñas al sistema educativo y que trae como resultado el aumento significativo de la deserción escolar.

En la información empírica recolectada, no sólo se evidenció que el principio de gratuidad se aplica con carácter residual, sino que en varios casos no se atiende a la

9 El Derecho a la Educación en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales, Serie de Estudios Especiales DESC, ProseDHer, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003, páginas 113 a 132.

10 La Gratuidad de la Educación es un Derecho, Serie de Estudios Especiales DESC, ProseDHer, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2007.

caracterización socioeconómica ordenada por ley y reglamento¹¹. También se evidenció el cobro de servicios complementarios distintos a las matrículas, entre los que se encuentran rubros de sistematización, papelería, sostenimiento de equipos y mantenimiento, materiales, sistematización, carné estudiantil y aporte a material didáctico, entre otros, que impiden la realización del derecho a la educación de los menores en edad de escolaridad obligatoria, generalmente comprendido entre los 5 y 17 años de edad.

En síntesis, esta información desdice del cumplimiento del principio de gratuidad para el acceso a la educación primaria, por el cual el Estado colombiano propugna en su Constitución y al que se ha comprometido en los numerosos tratados internacionales aquí reseñados.

2.5. Problema jurídico

El problema jurídico que la Corte Constitucional debe resolver es el de determinar si la gratuidad que se predica de la educación primaria en Colombia es un mandato constitucional de cumplimiento inmediato y obligatorio, a la luz del principio de la gratuidad de la educación pública en Colombia, consagrado en la primera parte del inciso 4º del artículo 67 C.P., de los tratados internacionales que consagran la educación primaria pública, obligatoria y gratuita y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, o si este mandato se satisface con el cobro de costos académicos y complementarios a partir de variables socioeconómicas.

En este orden de ideas, deberá establecer si la presunta contradicción que se presenta entre los tratados internacionales que regulan el principio de educación primaria pública, obligatoria y gratuita y la segunda parte del inciso 4º del artículo 67 C.P., que aparentemente lo relativiza al autorizar el cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos, es real o tiene alcances distintos a los que se le han dado desde el Gobierno Nacional.

En segundo lugar, debe definirse el significado que tiene el principio de gratuidad de la educación en las instituciones del Estado, en concordancia con el principio del gasto público social - art- 350 C.P.-, y los deberes del Estado de “garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo”, al tenor del artículo 67, inc. 5 de la Constitución Política.

11 Ver Anexos IIA, IIB, IIIA y IIIB, págs. 92 y ss.

2.5.1. Principio de educación primaria pública, obligatoria y gratuita

Los tratados internacionales que regulan expresamente el principio de la educación primaria pública, obligatoria y gratuita entraron en vigor bajo la vigencia de la Constitución de 1886. El inciso 2° del artículo 41 de la anterior Carta Constitucional establecía que “la instrucción primaria costeadada con fondos públicos, será gratuita y no obligatoria”.

La Constitución de 1991 reiteró la gratuidad de la educación primaria, no sólo porque así lo estableció en la primera parte del artículo 67 C.P., sino porque en virtud del artículo 93 C.P., incorporó con carácter prevalente los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos, entre los que se encuentran los tratados que consagran el principio de la educación primaria pública, obligatoria y gratuita.

Ahora bien, sobre la interpretación que debe darse al concepto de “gratuidad”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostuvo:

“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 los otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden también tener 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 a las creadas por las autoridades públicas”¹².

Para la Relatora Especial de las 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

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

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 mismo. 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 recursos”¹³.

La obligación de los gobiernos de garantizar la educación primaria gratuita, a juicio de la Relatora Especial, implica además que se deben eliminar los obstáculos financieros para permitir que todos los niños y niñas en estado de escolaridad obligatoria, puedan cursar 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 general de la tributación por el cual las personas que no puedan contribuir a los servicios públicos destinados a todos no necesitan hacerlo. Las tasas académicas son casi siempre derechos de matrícula, enseñanza y examen”¹⁴.

La interpretación dada por el Estado colombiano no coincide con ese marco, cuando el legislador en el artículo 183 de la Ley 115 de 1994 autoriza al Gobierno Nacional a regular “los cobros que puedan hacerse por concepto de derechos académicos en los establecimientos educativos estatales” y a definir “escalas que tengan en cuenta el nivel socioeconómico de los educandos, las variaciones en el costo de vida, la composición familiar y los servicios complementarios de la institución educativa”.

En desarrollo de ese mandato legal, el Gobierno Nacional regula en el Decreto 135 de 1996 los cobros por concepto de derechos académicos en los establecimientos educativos estatales y establece que las autoridades territoriales, mediante reglamento, determinarán cuáles de las escalas se aplicarán en la jurisdicción que le corresponda, teniendo en cuenta las características socioeconómicas y culturales existentes en la entidad territorial.

13 Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación. Informe anual 2001, Párrafo 35.

14 Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación. Informe anual 2001, Párrafo 49-51.

El Decreto en mención en su artículo 5º precisa que, “de conformidad con lo previsto en la Constitución Política y en la ley, se entiende por derechos académicos la suma regulada por la autoridad competente, con la cual las familias que pueden hacerlo contribuyen de manera solidaria para atender costos de los servicios educativos distintos de los salarios y prestaciones sociales del personal, requeridos por los establecimientos estatales para la formación integral de su hijos, durante el año académico”.

Como se aprecia de la lectura de estas disposiciones, el principio de gratuidad es matizado por el principio de solidaridad, conforme al cual se establecen cobros académicos y complementarios a ser sufragados por quienes tienen la capacidad económica para hacerlo.

Y como se evidencia de la investigación adelantada por la Defensoría del Pueblo, el principio de solidaridad propugnado por la normativa legal y reglamentaria anula el principio de gratuidad.

Esta interpretación legal y reglamentaria ha encontrado su fundamento en la parte final del inciso cuarto del artículo 67 de la Carta.

No obstante, para la Defensoría, esta interpretación no coincide con los principios de hermenéutica constitucional que deben aplicarse para resolver el problema jurídico aquí planteado.

La primera parte de la disposición constitucional que estipula el principio de la gratuidad de la educación en todas las instituciones del Estado mantiene incólume el compromiso adquirido por el Estado colombiano de garantizar una educación primaria gratuita para todos los niños y niñas en edad de escolaridad obligatoria. Incluso, la Defensoría del Pueblo considera que la Constitución de 1991, extiende el principio de gratuidad a todos los niveles de la educación prestada por instituciones del Estado, sin distinciones, esto es, comprende no sólo la educación primaria, sino también la secundaria y universitaria, aunque en el caso de éstas, su garantía será progresiva.

La segunda parte del inciso 4º del artículo 67 C.P. que establece la posibilidad de cobrar derechos académicos a quienes puedan sufragarlos, debe circunscribirse, al tenor de los tratados internacionales, a los niveles de la educación secundaria y universitaria.

Es esta la única manera de armonizar las dos previsiones contenidas en la norma constitucional que establece la gratuidad de la educación en las instituciones del

Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

En efecto, a tal conclusión se llega al apelar a los distintos principios de interpretación constitucional, entre ellos, el que consagra el artículo 93 C.P., conforme al cual las normas sobre derechos se interpretan conforme a los tratados internacionales.

Igualmente, a tal conclusión se llega por aplicación del principio de favorabilidad o pro homine, según el cual, entre dos interpretaciones posibles de una disposición relativa a derechos de las personas, debe preferirse aquella cuya interpretación sea más favorable a los derechos¹⁵.

A través de esa interpretación se garantiza además el principio del efecto útil de las normas constitucionales, según el cual, el juez constitucional debe intentar conferir a todas las cláusulas constitucionales una eficacia propia, pues es razonable suponer que el Constituyente no expidió disposiciones desprovistas de efectos normativos. El principio de la unidad de la Constitución, que dispone que la Constitución “ha de entenderse como un texto que goza de unidad, de suerte que no resulta posible seleccionar caprichosamente las consecuencias normativas que resulten favorables o desfavorables para la solución de un problema puntual”¹⁶, también demanda la interpretación que aquí prohija la Defensoría del Pueblo.

2.5.2. Principio de la gratuidad de la educación en las instituciones del Estado: prioridad en la asignación de recursos como gasto público social

La Defensoría del Pueblo comparte la tesis de que la gratuidad de la educación primaria significa ante todo la prioridad en la asignación de recursos por parte del Estado, exigencia que permite la realización efectiva del derecho a la educación en la etapa en que es además obligatoria, a través de lo que en la Constitución Política de Colombia se denomina gasto público social¹⁷.

Para el efecto, la Constitución Política contempla una amplia normatividad en materia de recursos con carácter de gasto público social con prioridad sobre cualquier otra

15 Cfr. Sentencia Corte Constitucional C- 400 de 1998.

16 Sentencia Corte Constitucional SU-1122 de 2001.

17 Aquel “cuyo objeto es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programadas tanto en funcionamiento como en inversión”(art. 41 Decreto 111 de 1996)

asignación en los niveles de preescolar y básica primaria e incluso en la básica secundaria y media, lo que reafirma el mandato constitucional de gratuidad en la educación primaria.

En materia de dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, la Constitución Política regula la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales - inciso 6 art. 67 C.P.-, así como la aplicación prioritaria de los recursos del sistema general de participaciones¹⁸ de los departamentos, distritos y municipios a los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media - inciso 4° art. 356 C.P. -, junto a los servicios de salud y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico.

También reglamenta vía presupuesto la financiación de los servicios educativos estatales, a través de la ley general de presupuesto que establece las rentas nacionales y fija los gastos de la administración.

En desarrollo de esa previsión constitucional, el artículo 350 C.P. ordena que la ley de apropiaciones o de gastos deberá tener un componente denominado “gasto público social”, encaminado a garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población como finalidades sociales del Estado, cuyo objetivo es la solución de las necesidades insatisfechas de salud, “de educación”, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para el efecto, establece que “en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación” - art- 366 C.P.-.

En desarrollo de esos mandatos constitucionales, el Título IX de la Ley 115 de 1994, reglamenta la financiación de la educación en Colombia. Para el efecto señala las fuentes de financiación estatal, entre las que se encuentran los recursos del situado fiscal (hoy denominado sistema general de participaciones), con los demás recursos públicos nacionales dispuestos en la ley de presupuesto y apropiaciones, más los aportes de los departamentos, distritos y municipios.

Con esos recursos se cubre el pago de salarios y prestaciones sociales del personal docente, directivo docente y administrativo de la educación estatal en sus niveles de educación preescolar, básica (primaria y secundaria) y media, recursos que, según lo dispone la ley, “aumentarán anualmente de manera que permita atender adecuadamente este servicio educativo” - art 175 -, se capitalizan los fondos de

18 Constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 C.P. a las entidades territoriales para la financiación de los servicios de salud, educación y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento ambiental, cuya competencia se asigna en la Ley 715 de 2001.

servicios docentes de los establecimientos educativos estatales, constituidos para atender los gastos distintos a salarios y prestaciones sociales de los docentes - art- 182 - y se atiende la financiación de la construcción, mantenimiento y dotación de las instituciones educativas estatales de conformidad con la ley sobre distribución de competencias y recursos - art. 184 -.

La Ley General de Educación adicionalmente regula para la financiación de los servicios educativos líneas de crédito, estímulos y apoyo para los establecimientos educativos estatales y privados con destino a programas de ampliación de cobertura educativa, construcción, adecuación de planta física, instalaciones deportivas y artísticas, material y equipo pedagógico, a través de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A., Findeter y de Colciencias - art- 185 -. Se establece además que el Fondo de cofinanciación para la Inversión social, FIS, podrá cofinanciar, con los municipios, programas de adquisición de buses y otros vehículos de transporte para la movilización de estudiantes, así como los costos necesarios para la prestación del servicio de transporte escolar - art. 187 C.P. -.

Esas estipulaciones constitucionales y legales en materia de gasto público social vinculadas a los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, a los servicios de salud y a los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, implican que la verdadera garantía de la gratuidad de la educación en los distintos niveles, con efectos inmediatos, como en el caso de la educación primaria o, con efectos progresivos, en los casos de educación secundaria y superior, se cumple cuando se satisface el derecho a través del gasto público social, vía sistema general de participaciones o presupuesto nacional.

2.6. Conclusión

La tesis de la contribución impide el acceso y permanencia de los educandos en edad de escolaridad obligatoria al sistema educativo. Esa política educativa ha llevado a la deserción escolar de muchos menores, por la incapacidad económica de los padres, acudientes y responsables de sufragar costos educativos, relacionados con matrículas, pensiones, derechos académicos, uniformes, útiles escolares, material de estudio, alimentación escolar, transporte escolar, entre otros.

Ni siquiera los denominados “subsidios educativos por bajos ingresos” a cargo del Estado han contribuido a la realización del derecho. Así se desprende del último informe publicado por el DANE, contenido en la Gran Encuesta Integrada de Hogares

-GEIH¹⁹ , según la cual, las razones de no asistencia escolar de niñas, niños y adolescentes entre 5 y 17 años al sistema educativo, entre otras causas, se atribuye a los costos educativos elevados o a la falta de dinero, en una proporción del 24,6% de la totalidad de la tasa de no asistencia escolar en Colombia, equivalente al 11,6”.

Esta evidencia demuestra cómo el incumplimiento de la preceptiva constitucional e internacional en materia de gratuidad en la educación primaria no ha garantizado el cumplimiento del derecho de acceso universal y sí ha contribuido a la persistencia de la deserción escolar por motivos económicos.

3. SOLICITUD

Por las razones anotadas, la Defensoría del Pueblo solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 183 de la Ley 115 de 1994, por ser contrario al inciso 4º del artículo 67 C.P., al Artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, y al artículo 28 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños.

Del Honorable Magistrado,

KARIN IRINA KUHfeldt SALAZAR
Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales

19 Fuente:DANE. Modulo de Trabajo Infantil en la GEIH 2007.

KIKS/REFV/refv.