



EDUCACIÓN - Reglamentos / EDUCACION PREESCOLAR - Grados / GRADO DE TRANSICIÓN - Carácter / GRADO DE TRANSICIÓN - Condiciones de ingreso / NIVEL PREESCOLAR EN EL GRADO DE TRANSICIÓN – Requisitos de ingreso: Criterio de la edad / GRADO ESCOLAR OBLIGATORIO DE TRANSICIÓN – No se requiere tener cinco años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar / POTESTAD REGLAMENTARIA – Límites / EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA – Configuración. Al establecer un requisito de ingreso al grado de transición. Nulidad de la expresión “cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar” del literal c del artículo 5 de la Resolución 5360 de 2006

{L}a ley no estableció el requisito de haber cumplido la edad mínima al inicio del calendario escolar, para el acceso al grado preescolar, sino que, además, el Decreto 2247 de 1997 establece una prohibición en tal sentido al señalar que el acceso a la educación preescolar no estaría sujeta a ningún tipo de consideraciones como la condición física o mental, entre otras; en consecuencia no hay lugar a que la autoridad administrativa establezca requisitos adicionales, en una interpretación restrictiva de sus derechos. [...] En consecuencia, prospera cargo de violación al artículo 8° del Decreto 2247 de 1997 y será declarada la nulidad parcial del acto demandado, en lo que concierne a la expresión “cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar”.

PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS – Alcance

[L]a Constitución Política ha señalado en su artículo 44, entre otros principios, que el derecho a la educación es un derecho fundamental de los niños; dispone que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia y consagra el principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Con el fin de comprender el alcance de este principio, los artículos 8° y 9° del Código de la Infancia y la Adolescencia, explican que recae en cabeza de la sociedad en su conjunto la obligación de garantizar la satisfacción integral y simultánea de sus derechos humanos que son universales, prevalentes e interdependientes y que dicha prevalencia implica que en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, niñas y adolescentes, prevalecerán sus derechos y se dará aplicación a la norma más favorable. Respecto al interés superior de niños, niñas y adolescentes, la Unicef ha señalado que es un principio de aplicación subjetiva, que deberá ser materializado en cada caso por el operador jurídico o la autoridad administrativa cuando deba tomar una decisión sobre ellas o ellos, frente al estudio de los derechos que le han sido reconocidos en la ley, la constitución y los tratados internacionales y lo más importante, considerando en todo caso lo que les sea más conveniente. En relación con la prevalencia de derechos nos ilustra sobre la doble implicación sustantiva que tiene este principio: de una parte deberá verse reflejado en las políticas públicas y de otra cuando se contrapone al derecho de una persona adulta, en caso de duda siempre deberá decidirse en su favor.

REPRODUCCIÓN DEL ACTO SUSPENDIDO O ANULADO – Presupuestos / REPRODUCCIÓN DEL ACTO SUSPENDIDO O ANULADO – No se configura porque cuando el nuevo acto fue expedido el reproducido aún no había sido anulado

[A]dvirtiendo la sala que el literal C. del artículo 5° de la Resolución 5360 del 7 de septiembre de 2006 reprodujo textualmente el literal C. del artículo 3° de la Resolución 1515 de 2003. Esta última norma fue anulada por esta Corporación,



teniendo en cuenta que, al imponer el requisito de haber cumplido la edad mínima de cinco años al inicio del calendario escolar, para ingresar al grado de transición, desconoció lo dispuesto en el Decreto 1860 de 1994, norma reglamentaria que establecía que podían ser tenidos en cuenta otro tipo de criterios, diferentes al de la edad, tales como los factores regionales, culturales y étnicos del menor. Señaló también esta Corporación en esa ocasión, que los límites establecidos en el artículo 67 de la Constitución Política no debían ser entendidos como un criterio excluyente. Como lo señala el Ministerio Público en su escrito de alegatos, el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, establecía en el artículo 158 la prohibición de reproducción del acto suspendido o anulado por la autoridad que lo dictó. Para el caso concreto, el acto demandado fue expedido el día 7 de septiembre de 2006, éste dispuso a su vez, en su artículo 9°, la derogatoria de la Resolución 1515 de 2003 y de todas aquellas disposiciones que le fueran contrarias. Posteriormente, el 27 de enero de 2011 se declaró la nulidad del literal C. del artículo 3° de la Resolución 1515 de 2003, resolución que había sido previamente derogada por el acto que ahora se acusa. Así las cosas, observa la Sala que, aun cuando el contenido normativo es idéntico, el acto declarado nulo, este es el literal C. del artículo 3° de la Resolución 1515 de 2003, no fue reproducido conforme los presupuestos descritos en el artículo 158 del C.C.A., ya que para el momento en que fue expedida la Resolución 5360 de 2006, éste aún gozaba de presunción de legalidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 44 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 67 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 365 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 158 / CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA – ARTÍCULO 8 / CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA – ARTÍCULO 9 / LEY 115 DE 1994 – ARTÍCULO 11 / LEY 115 DE 1994 – ARTÍCULO 15 / DECRETO 1860 DE 1994 – ARTÍCULO 8 / DECRETO 2247 DE 1997 – ARTÍCULO 8

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 5360 DE 2006 (7 de septiembre) MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – ARTÍCULO 5 LITERAL C (Anulado parcialmente)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-24-000-2012-00068-00

Actor: JOSÉ RAFAEL CARRILLO PARADA

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Referencia: NULIDAD



Acto acusado: LITERAL C PARCIAL DEL ARTÍCULO 5° DE LA RESOLUCIÓN 5360 DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2006, EXPEDIDO POR EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Tesis: ES PARCIALMENTE NULA LA RESOLUCIÓN EXPEDIDA POR UNA AUTORIDAD DEL ORDEN NACIONAL QUE ESTABLECE COMO EDAD MÍNIMA PARA PARA INGRESAR AL GRADO DE TRANSICIÓN, LA EDAD DE CINCO AÑOS CUMPLIDOS A LA FECHA DE INICIO DEL CALENDARIO ESCOLAR, SI LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES AL MOMENTO DE SU EXPEDICIÓN NO ESTABLECÍAN TAL REQUISITO

SENTENCIA

La Sala se pronuncia en única instancia respecto del proceso radicado bajo el número de la referencia, promovido por JOSÉ RAFAEL CARRILLO PARADA, en contra del literal C parcial del artículo 5° de la Resolución 5360 del 7 de septiembre de 2006, expedido por el Ministerio de Educación Nacional.

El acto acusado.

1.1. Se demanda la legalidad del literal C parcial del artículo 5° de la Resolución 5360 del 7 de septiembre de 2006, expedido por el Ministerio de Educación Nacional, cuyo literal es el siguiente:

**«[...] MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
RESOLUCION No. 5360
(7 de septiembre de 2006)**

“Por la cual se organiza el proceso de matrícula oficial de la educación preescolar, básica y media en las entidades territoriales certificadas”

LA MINISTRA DE EDUCACION NACIONAL

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales especialmente en los numerales 5.1, 5.2 y 5.4 del artículo 5°, de la Ley 715 de 2001 y,

RESUELVE:

(...)

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

(...)



c. Verificar que la edad mínima para ingresar al grado de transición, grado obligatorio de preescolar, sea de cinco (5) años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar [...]»

ANTECEDENTES

La demanda.

2.1. El 11 de febrero de 2012, JOSÉ RAFAEL CARRILLO PARADA solicitó a esta Corporación que se declare la nulidad de un aparte del literal C del artículo 5° de la Resolución 5360 del 7 de septiembre de 2006, expedido por el Ministerio de Educación Nacional.

2.2. El accionante, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, pretende:

«[...] Se demanda la nulidad de la frase cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar incluida en el literal C del artículo 5° de la Resolución 5360 del 97 de septiembre de 1007 (sic) “Por la cual se organiza el proceso de matrícula oficial de la educación preescolar, básica y media en las entidades territoriales certificadas” [...]»

2.3. Afirmó que la norma demandada es una reproducción literal de la frase contemplada en el artículo 3° literal C) de la Resolución 1515 del 3 de julio de 2003, la cual fue declarada nula en el fallo del 27 de enero de 2011, dentro del proceso nro. 11001-03-24-000-2005-00086-01.

2.4. Adujo la parte actora que la Ley 115 de 1994 dispone en sus artículos 11, 15, y 17 que la educación formal se organiza en los niveles de preescolar, el cual deberá tener un mínimo nivel obligatorio, básica y media; señaló que el Decreto 1860 de 1994 en su artículo 6° dispuso que la educación preescolar será ofrecida a los niños antes de iniciar la educación básica y está compuesta por 3 grados: los dos primeros constituyen una etapa previa para la escolarización obligatoria y el tercero deberá ser un grado obligatorio.

Manifestó el demandante que el Decreto 2247 de 1997, en sus artículos 2°, 8° y 9°, establece que la educación preescolar se ofrecerá a los educandos de tres a cinco años de edad y comprenderá tres grados. El nivel pre-jardín para niños de tres años, el nivel jardín para niños de cuatro años y nivel transición dirigido a niños de cinco años, sin establecer en qué momento deben tener esa edad.



Expuso que, de conformidad con el artículo 8° del Decreto 1860 de 1994, el criterio de la edad no es exclusivo para determinar el ingreso a la educación formal, y que el artículo 8° del Decreto 2247 de 1997 prevé que el ingreso a los grados de educación preescolar no estará sujeto a ningún tipo de prueba de admisión o examen psicológico o de conocimientos, o a consideraciones de raza, sexo, religión, condición física o mental.

2.5. Argumentó que la resolución acusada fijó un límite no contemplado en la ley al disponer que el grado preescolar de transición está dirigido a niños que hayan cumplido la edad de cinco años al inicio del calendario escolar. Enfatizó que, dado que el legislador no ha establecido distinción, no le es dable al intérprete impedir el acceso a la educación pública al niño que se encuentra próximo a cumplir la edad de cinco años, pero con posterioridad a la fecha de inicio del calendario escolar.

2.6. El demandante citó apartes de la sentencia T-1030 de 2006, en la cual el Ministerio Público precisó en sus alegatos que la educación es un derecho fundamental de todos los menores de 18 años, razón por la cual, respecto a los límites de edad establecidos en el artículo 67 de la Constitución Política, debe optarse por la interpretación que menos perjudique el derecho de educación de los niños y que la edad señalada en éste es sólo un criterio para delimitar una cierta población objeto pero de ninguna manera para restringir este derecho.

Concluyó su argumentación señalando que los grados previstos en inciso 3° del artículo 67 de la Carta, entre éstos uno de educación preescolar, constituyen el contenido mínimo del derecho que se debe garantizar, el cual debe ser ampliado progresivamente.

2.7. El actor señaló como violadas las siguientes disposiciones: artículos 44 y 67 de la Constitución Política, así como los artículos 11 y 17 de la Ley 115 de 1994 y el artículo 8° del Decreto 1860 de 1994, e invoca en el concepto de la violación, como causales de nulidad, la infracción de las normas en que debía fundarse el acto acusado.

Trámite procesal.



3.1. Con auto del 21 de junio de 2012 se dispuso la admisión de la demanda de nulidad y se decretó la suspensión provisional de los efectos jurídicos del aparte del literal C del artículo 5° de la Resolución 5360 del 7 de septiembre de 2006, expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

3.2. El apoderado del Ministerio de Educación Nacional presentó escrito de contestación de la demanda el día 28 de noviembre de 2012.

3.3. Con auto de fecha 26 de junio de 2013 se tuvo por contestada oportunamente la demanda y se reconoció personería a la apoderada del Ministerio de Educación Nacional.

3.4. Mediante providencia del 17 de enero de 2014 se dispuso la apertura del período probatorio teniendo como tales las documentales aportadas con la demanda y los antecedentes administrativos aportados por la entidad demandada.

3.5. Mediante auto del 31 de marzo de 2014 se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.6. La apoderada del Ministerio de Educación Nacional allegó escrito de alegatos el día 9 de abril de 2014.

3.7. El demandante allegó escrito de alegatos el día 24 de abril de 2014.

3.8. Con oficio de fecha 21 de mayo de 2014 el Ministerio Público emitió concepto de fondo con destino a las diligencias.

3.9. Con auto de fecha 11 de noviembre de 2016 se declaró fundado el impedimento manifestado por el Consejero de Estado Roberto Augusto Serrato Valdés.

3.10. Mediante auto del 27 de marzo de 2019 se aceptó renuncia al poder y reconoció personería.



Contestación de la demanda.

La apoderada del Ministerio de Educación Nacional solicitó denegar todas las pretensiones, señalando que en el proceso de construcción de políticas y legislaciones sobre primera infancia se ha tenido en cuenta la normativa internacional como la Convención de los Derechos del Niño, en lo relacionado con el derecho al juego y a las actividades recreativas como pilares para su desarrollo en esa etapa, la Declaración Mundial sobre Educación para Todos de Jomtien, Tailandia, sobre las necesidades básicas de aprendizaje, y la Conferencia Mundial sobre Atención y Educación de la Primera Infancia de Moscú, primera reunión mundial sobre niños y niñas menores de 6 años.

Afirmó que las políticas se encuentran reguladas desde la Constitución Política y la Ley 115 de 1994, que establecen una educación preescolar de tres grados, siendo el último un grado obligatorio. Agregó que el Decreto 1860 de 1994 dispuso la obligatoriedad de brindar como mínimo un año de escolarización en el grado de transición, observando la edad de cinco años como edad preferente para cursarlo, establecida en la Ley 115 de 1994. Recordó las premisas contenidas en el Código de Infancia y la Adolescencia como protección integral, interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho al desarrollo integral en la primera infancia.

Consideró que en Colombia se acepta que la educación inicial es la que reciben los niños de cero a cinco años de edad y que los mayores de cinco años estarían en el grado obligatorio de transición. Agregó que la Ley 1295 de 2009 reglamentó la atención integral de la primera infancia de niveles 1, 2 y 3 de SISBEN, cuyos lineamientos curriculares promueve el Ministerio para ser incorporados en las normales superiores.

Así mismo, enfatizó que la interacción de niños y niñas con sus padres es vital para su desarrollo y que, si bien no se exige edad determinada para el proceso de aprendizaje, considera que hay edades más apropiadas que facilitan el proceso de formación para lo cual presentó el caso de Finlandia, en donde los niños ingresan a la escuela a la edad de 7 años, ya que hasta esa edad no se tiene la madurez intelectual que les permite asimilar la información que se recibe. También adujo



que en el sistema educativo de China el ingreso a la primaria ocurre a la edad de seis años.

Destacó que Colombia es uno de los países donde a más temprana edad se inicia el ciclo escolar básico, ya que, según análisis realizados, se encuentra una edad promedio de ingreso a la universidad entre los 14 y 16 años.

Sostuvo que el Ministerio de Educación Nacional, en cumplimiento de una educación de calidad de los niños y niñas, estableció que deberían contar con al menos cinco años de edad cumplidos al inicio del calendario escolar para ingresar al grado de transición.

Alegatos de Conclusión y Concepto del Ministerio Público.

Previo traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público, se recibieron los siguientes escritos:

5.1. La apoderada del Ministerio de Educación Nacional en su escrito de alegatos reitera los argumentos expresados en la contestación de demanda.

5.2. El demandante en su escrito de alegatos, reiteró los argumentos expuestos en la demanda; así mismo, estimó la violación de los principios de la administración pública, de economía, celeridad y confianza legítima, se desconoció la Ley 115 de 1994 en sus artículos 11, 15 y 17; el Decreto 1860 de 1994, artículo 6; y los artículos 2°, 8° y 9° del Decreto 2247 de 1997.

5.3. El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa emitió concepto y consideró que el problema jurídico se centra en constatar si el aparte demandado es una reproducción del contenido del artículo 3°, literal C, de la Resolución 1515 de 3 de julio de 2003, cuyo aparte "*cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar*", fue declarado nulo por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia del 27 de enero de 2011.



Tras comparar estas disposiciones, concluye que la norma demandada es una reproducción casi exacta de la norma anulada por el Consejo de Estado, conservando la esencia de ésta.

Luego de transcribir *in extenso* la citada sentencia, agregó que los fundamentos legales de la anulación o suspensión no han desaparecido pues los artículos 11 y 17 de la Ley 115 de 1994, el artículo 8° del Decreto 2247 de 1997 y los artículos 44 y 67 de la Constitución Política se encuentran vigentes, razón por la que considera que el Ministerio de Educación Nacional desconoce lo dispuesto por el artículo 58 (sic) del Decreto 01 de 1984, al revivir una norma anulada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 237 de la Constitución Política; 11, 34 y 36 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia- Ley 270 del 7 de marzo de 1996; 84 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 del 2 de enero de 1984 y 13 del Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena de la Corporación, esta Sección es competente para conocer de la presente demanda.

Hechos Relevantes.

- a) El Ministerio de Educación Nacional expidió la Resolución 5360 del 7 de septiembre de 2006, «[...]Por la cual se organiza el proceso de matrícula oficial de la educación preescolar, básica y media en las entidades territoriales certificadas [...]».
- b) El literal C. del artículo 5° del mencionado acto administrativo estableció, para efectuar el proceso de matrícula para el grado de transición, que las entidades territoriales certificadas deberán verificar que la edad mínima sea de cinco (5) años cumplidos a la fecha del inicio del calendario escolar.



- c) El literal C. del artículo 3° de la Resolución 1515 de 2003 fue declarado nulo por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 27 de enero de 2011, magistrado ponente Marco Antonio Velilla Moreno¹.
- d) El literal C. del artículo 3° de la Resolución 1515 de 2003 establecía que para ingresar al grado de transición se debe contar con una edad mínima cinco (5) años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar.

Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si es parcialmente nulo el acuerdo expedido por una autoridad del orden nacional que fijó como requisito para ser matriculado en el grado escolar obligatorio de transición, contar con la edad de cinco (5) años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar.

Análisis del caso.

De la lectura de la demanda se advierte que las razones aducidas para afirmar que el acto acusado viola los artículos 44 y 67 de la Constitución Política, así como los artículos 11 y 17 de la Ley 115 de 1994 y el artículo 8° del Decreto 1860 de 1994, se concretan en los cargos de infracción a norma superior.

Así mismo el demandante y el Ministerio Público advierten la infracción del artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, dada la reproducción de una norma que ha sido anulada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

9.1. Los Cargos formulados.

La parte actora señaló como argumento que *“el aparte de la norma demandada fue una reproducción literal de la frase contemplada en el artículo 3° literal c) de la Resolución núm. 1515 de 3 de julio de 2003 “Por la cual se establecen las directrices, criterios, procedimientos y cronogramas para la organización del proceso de asignación de cupos y matrícula para los niveles preescolar, básica y*

¹ Radicación 11001-03-24-000-2005-00086-01



media de las instituciones de educación formal de carácter oficial en las entidades territoriales”, que con éxito fue demandada por el ciudadano GUSTAVO ADOLFO HORTA CORTES, según fallo emanado de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera con Ponencia del Doctor Marco Antonio Velilla Moreno, Radicación número: 11001-03-24-000-2005-00086-01 de fecha veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Sin embargo el Ministerio de Educación Nacional, reprodujo la frase demandada en Resolución 5360 de 7 de septiembre de 2006(...).”.

Tras comparar las normas, advierte la sala que el literal C. del artículo 5° de la Resolución 5360 del 7 de septiembre de 2006 reprodujo textualmente el literal C. del artículo 3° de la Resolución 1515 de 2003. Esta última norma fue anulada por esta Corporación, teniendo en cuenta que, al imponer el requisito de haber cumplido la edad mínima de cinco años al inicio del calendario escolar, para ingresar al grado de transición, desconoció lo dispuesto en el Decreto 1860 de 1994, norma reglamentaria que establecía que podían ser tenidos en cuenta otro tipo de criterios, diferentes al de la edad, tales como los factores regionales, culturales y étnicos del menor. Señaló también esta Corporación en esa ocasión, que los límites establecidos en el artículo 67 de la Constitución Política no debían ser entendidos como un criterio excluyente.

Como lo señala el Ministerio Público en su escrito de alegatos, el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo², establecía en el artículo 158 la prohibición de reproducción del acto suspendido o anulado por la autoridad que lo dictó. Para el caso concreto, el acto demandado fue expedido el día 7 de septiembre de 2006, éste dispuso a su vez, en su artículo 9°, la derogatoria de la Resolución 1515 de 2003 y de todas aquellas disposiciones que le fueran contrarias. Posteriormente, el 27 de enero de 2011 se declaró la nulidad del literal C. del artículo 3° de la Resolución 1515 de 2003, resolución que había sido previamente derogada por el acto que ahora se acusa.

Así las cosas, observa la Sala que, aun cuando el contenido normativo es idéntico, el acto declarado nulo, este es el literal C. del artículo 3° de la Resolución 1515 de 2003, no fue reproducido conforme los presupuestos descritos en el artículo 158

² Norma vigente para el momento de ocurrencia de los hechos y en consecuencia aplicable al caso que se examina.



del C.C.A., ya que para el momento en que fue expedida la Resolución 5360 de 2006, éste aún gozaba de presunción de legalidad.

De los cargos de infracción a las normas en que debió fundarse el acto.

El actor señaló que la disposición demandada, expedida por el Ministerio de Educación, viola los artículos 44 y 67 de la Constitución Política, al fijar un límite que no se encuentra contemplado en la ley, cuando dispuso que el grado preescolar de transición obligatorio está dirigido a educandos de cinco años de edad, cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar.

Expuso el actor que:

«[...] El Congreso de la República por medio de la Ley 115 de 1994 expidió la Ley 115 de 1994 expidió la Ley General de Educación.

Dicha Ley dispone en sus artículos 11, 15 y 17, en síntesis, que la educación formal se organizará en tres niveles, esto es, (i) Preescolar, el cual deberá tener mínimo un nivel obligatorio (ii) Básica y (iii) Media.

Por medio del decreto 1860 de 1994, artículo 6°, se reglamentó la organización de la educación preescolar de que trata el artículo 15 de la Ley 115 de 1994; allí se dispuso que la educación preescolar será ofrecida a los niños antes de iniciar la educación básica y está compuesta por tres grados: los dos primeros constituyen una etapa previa para la escolarización obligatoria y el tercero deberá ser un grado obligatorio.

Los artículos 2°, 8° y 9° del Decreto 2247 de 1997, establecen que la educación preescolar se ofrecerá a los educandos de tres a cinco años de edad y comprenderá tres grados.

En este sentido dispone que el nivel PRE-JARDÍN está dirigido a niños de tres años; nivel Jardín: para niños de 4 años; y Transición, que constituye el grado obligatorio, está dirigido a niños de cinco años, sin establecer en que momento deben tener esa edad. [...]»

Estimó que donde la ley no distingue, no le es dable hacerlo al intérprete y que respecto de la Ley 115 de 1994 la interpretación debe ser inclusiva y no excluyente, ya que con esta última se impide el acceso a la educación pública del niño que se encuentra próximo a cumplir la edad de cinco años en los meses subsiguientes a la fecha de inicio del calendario escolar.

Al respecto, encuentra la Sala que la Constitución Política ha señalado en su artículo 44, entre otros principios, que el derecho a la educación es un derecho



fundamental de los niños; dispone que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia y consagra el principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás.

Con el fin de comprender el alcance de este principio, los artículos 8° y 9° del Código de la Infancia y la Adolescencia, explican que recae en cabeza de la sociedad en su conjunto la obligación de garantizar la satisfacción integral y simultánea de sus derechos humanos que son universales, prevalentes e interdependientes y que dicha prevalencia implica que en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, niñas y adolescentes, prevalecerán sus derechos y se dará aplicación a la norma más favorable.

Respecto al interés superior de niños, niñas y adolescentes, la Unicef ha señalado que es un principio de aplicación subjetiva, que deberá ser materializado en cada caso por el operador jurídico o la autoridad administrativa cuando deba tomar una decisión sobre ellas o ellos, frente al estudio de los derechos que le han sido reconocidos en la ley, la constitución y los tratados internacionales y lo más importante, considerando en todo caso lo que les sea más conveniente.

En relación con la prevalencia de derechos nos ilustra sobre la doble implicación sustantiva que tiene este principio: de una parte deberá verse reflejado en las políticas públicas y de otra cuando se contrapone al derecho de una persona adulta, en caso de duda siempre deberá decidirse en su favor.³

La Ley 115 de 1994 estableció en su artículo 11 que el grado preescolar es uno de los tres niveles de educación formal, el cual comprende como mínimo un grado obligatorio; a su vez, el artículo 15 define la educación preescolar como aquella que se ofrece al niño para su desarrollo integral en los aspectos biológico, cognoscitivo, sicomotriz, socioafectivo y espiritual, a través de experiencias de socialización, pedagógicas y recreativas. De otra parte el artículo 8° del Decreto 1860 de 1994 dispone que el proyecto institucional de cada establecimiento educativo definirá los límites superiores e inferiores de edad para cursar estudios

³ Código de la Infancia y la Adolescencia versión comentada. UNICEF. Bogotá 2007. Págs. 14-15.



en él teniendo en cuenta el desarrollo personal del educando, y el Decreto 2247 de 1997 en su artículo 8° señala:

«[...] El ingreso a cualquiera de los grados de la educación preescolar no estará sujeto a ningún tipo de prueba de admisión o examen psicológico o de conocimientos, o a consideraciones de raza, sexo, religión, condición física o mental. El manual de convivencia establecerá los mecanismos de asignación de cupos, ajustándose estrictamente a lo dispuesto en este artículo [...].»

De igual manera, el artículo 67 de la Constitución Política, dispone que la educación es un servicio público con una función social, que debe ser regulada por el Estado y sobre la cual debe ejercer suprema inspección y vigilancia, con el fin de garantizar su calidad y el cumplimiento de sus fines. También es premisa para la materialización de otros derechos de rango constitucional, como la dignidad humana, la igualdad de oportunidades, el mínimo vital, la libertad de escoger profesión u oficio y la participación política, es decir, resulta ser esencial para la democracia.⁴

En el entendido que la educación es un servicio público la Constitución Política ha señalado en su artículo 365 que deberá estar sometida al régimen jurídico que fije la ley, ya que éste es inherente a la finalidad social del Estado, debiendo garantizar su prestación eficiente, para lo cual mantendrá la regulación y vigilancia de los mismos; corresponde a ley determinar las condiciones en las que se prestará este servicio público con el fin de dar cumplimiento a los postulados constitucionales.

De los argumentos expuestos, es posible concluir que la ley no estableció el requisito de haber cumplido la edad mínima al inicio del calendario escolar, para el acceso al grado preescolar, sino que, además, el Decreto 2247 de 1997 establece una prohibición en tal sentido al señalar que el acceso a la educación preescolar no estaría sujeta a ningún tipo de consideraciones como la condición física o mental, entre otras; en consecuencia no hay lugar a que la autoridad administrativa establezca requisitos adicionales, en una interpretación restrictiva de sus derechos.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-743 de 2013. Magistrado Ponente. Luis Ernesto Vargas Silva.



En ese mismo sentido se pronunció esta Sala cuando le correspondió decidir sobre la demanda de nulidad interpuesta contra el numeral 3° del literal c) de la Resolución núm. 1515 de 3 de julio de 2003; en esa ocasión señaló:

«[...] De las normas (Artículos 44 y 67 de la Constitución Política, 11 y 17 de la ley 115 de 1994, 8 del Decreto 1860 de 1994 y 8 del Decreto 2247 de 1997) y precisiones jurisprudenciales transcritas (Sentencia T-1030 de 2006) pueden concluirse las siguientes reglas jurídicas: 1. El nivel de educación preescolar en Colombia está integrado por tres grados. Solo el de transición es de prestación obligatoria. (Ley 115 de 1994). 2. El ingreso al grado de transición, que constituye el único obligatorio, preferentemente debe ser a los cinco años. (Ley 115 de 1994). 3. No obstante lo anterior, el ingreso a cualquiera de los grados de la educación preescolar, entre ellos, el de transición, no está sujeto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 2247 de 1997, a ningún tipo de prueba de admisión o examen psicológico o de conocimientos, o a consideraciones de raza, sexo, religión, condición física o mental, entre ellas, la edad como criterio excluyente. 4. En igual sentido, la Corte Constitucional ha dispuesto que los límites señalados en las normas constitucionales, que por ende son aplicables a las demás normas legales y reglamentarias, deben ser entendidos como inclusivos y no excluyentes, razón por la cual para determinar el ingreso de los menores que no tengan cinco años, se debe partir de criterios incluyentes.

De conformidad con las normas, precisiones jurisprudenciales y reglas anteriormente citadas, procede la Sala a pronunciarse sobre el problema jurídico planteado.

En primer término, observa la Sala que es claro que para permitir el ingreso de un menor de edad al grado de transición, obligatorio en el nivel preescolar, el criterio preferente es el de la edad según se infiere de los artículos 67 de la Constitución y 11 y 17 de la Ley 115 de 1994.

No obstante lo anterior, estima la Sala que la resolución acusada vulnera normas de rango superior, específicamente, el artículo 8° del Decreto 2247 de 1997, pues desconoció las normas reglamentarias que establecen que el ingreso al nivel preescolar no puede sujetarse a ningún tipo de consideraciones física o mental, entre ellas, la edad.

En concordancia con lo anterior, según se describió, la Corte Constitucional también ha sostenido que el criterio de la edad y los límites establecidos en el artículo 67 de la Corte Constitucional, no deben ser entendidos como un criterio excluyente y deben aplicarse criterios incluyentes como en efecto se infiere de lo dispuesto en el precitado artículo 8° del Decreto 2247 de 1997.

De acuerdo con todo lo anterior, estima la Sala que la limitación dispuesta en el acto acusado, esto es, que el menor que pretenda ingresar al grado de transición debe tener cinco años al momento de iniciarse el calendario escolar, viola las normas legales y constitucionales en que debía fundarse. [...]»



En consecuencia, prospera cargo de violación al artículo 8° del Decreto 2247 de 1997 y será declarada la nulidad parcial del acto demandado, en lo que concierne a la expresión **“cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar”**.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del literal C) del artículo 5° de la Resolución núm. 5360 del 7 de septiembre de 2006, expedido por el Ministerio de Educación Nacional, en lo que concierne a la expresión **“cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar”**, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado
Presidente

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado