

EDUCACION PREESCOLAR - Grados / GRADO DE TRANSICION - Carácter / GRADO DE TRANSICION - Condiciones de ingreso

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 8º 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.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 1515 DE 2003 (JULIO 3) – ARTICULO 3 LITERAL C – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL (ANULADO PARCIALMENTE)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 44 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 67 / LEY 115 DE 1994 – ARTICULO 11 / LEY 115 DE 1994 – ARTICULO 17 / LEY 1324 DE 2006 / DECRETO 1860 DE 1994 – ARTICULO 8 / DECRETO 2247 DE 1997 – ARTICULO 8

NOTA DE RELATORIA: Sobre la educación preescolar sentencia Corte Constitucional T-1030 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

NIVEL PREESCOLAR EN EL GRADO DE TRANSICION - Ingreso: Criterio de la edad

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 8º 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 8º 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. Por lo precedente, se accederá a las pretensiones de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 1515 DE 2003 (JULIO 3) – ARTICULO 3 LITERAL C – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL (ANULADO PARCIALMENTE)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 67 / LEY 115 DE 1994 – ARTICULO 17 / DECRETO 2247 DE 1997 – ARTICULO 8

NOTA DE RELATORIA: Sobre la educación preescolar sentencia Corte Constitucional T-1030 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-24-000-2005-00086-01

Actor: GUSTAVO ADOLFO HORTA CORTES

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD

El ciudadano GUSTAVO ADOLFO HORTA CORTES, en nombre propio y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de la frase **“cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar”** contenida 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 media de las instituciones de educación formal de carácter oficial en las entidades territoriales”**, expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

I.FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

I.1.- El actor, precisó, en síntesis, los cargos de violación, así:

Explicó que el Congreso de la República por medio de 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.

Agregó que 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.

Aduce que 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 de 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 esta edad.

Señala que la Resolución acusada fija un límite, que a juicio del actor, no se encuentra contemplado en las precitadas normas, pues dispone que el grado preescolar de transición obligatoria esta dirigido a educandos de cinco años de edad, y que la misma debe tenerse cumplida a la fecha de inicio del calendario escolar.

En igual sentido, estima que siguiendo el aforismo jurídico de la hermenéutica jurídica, que señala que “donde el legislador no distingue, no le es dable hacerlo al interprete”, y de una interpretación sistemática de la Ley como método consagrado en el artículo 30 del Código Civil, no era dable que por medio del aparte acusado se impidiera el acceso a la educación pública al niño que se encuentra ad portas de cumplir la edad de cinco años en los meses subsiguientes a la fecha de inicio del calendario escolar.

De igual forma, alega no compartir la decisión de excluir aquellos niños que en circunstancias similares a la descrita anteriormente, y que han cursado los demás grados del nivel preescolar no puedan acceder al grado obligatorio en razón a que no tengan cinco años al momento de iniciar el calendario escolar.

Sostiene que de acuerdo con lo expuesto, la Resolución objeto de estudio, viola flagrantemente el derecho fundamental de los niños a la educación dispuesto en los artículos 44 y 67 de la Constitución Política.

II-. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.1-. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Ministerio de Educación Nacional**, por medio de apoderado, contestó la demanda, aduciendo, en síntesis lo siguiente:

Que de acuerdo con la Constitución Política, en su artículo 67, el Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación y que ésta será obligatoria entre los cinco y quince años de edad y comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

Explica que la Ley 115 de 1994, establece tres niveles de educación formal, la preescolar, educación básica y la educación media.

Aduce que el Decreto 1860 de 1994, reglamentario de la Ley 115 de 1994, establece en su artículo 6° que la educación preescolar se ofrecerá a los niños antes de iniciar la educación básica y está compuesta por tres grados, de los cuales los dos primeros grados, constituyen una etapa de la escolarización facultativa y la tercera es obligatoria.

Alega que el grado obligatorio correspondiente al denominado transición, debe ser dirigido a educandos de cinco años de edad y brindado por las instituciones educativas conforme a la Ley 715 de 2001.

Agrega que de acuerdo con lo previsto en la Ley 60 de 1993, el servicio público de educación se descentralizó y el Ministerio de Educación Nacional certificó a los departamentos que reunían los requisitos exigidos por la Ley y le hizo entrega del

personal docente y administrativo de los establecimiento educativos y del manejo de los recursos para el pago de los mimos.

Ahora, sobre los recursos con los cuales se financia la Educación, recordó que según lo establecido en el acto legislativo 01 de 2001, que modificó los artículos 356 y 357 y que creó el Sistema General de Participaciones de las entidades territoriales, dichos recursos están dirigidos a financiar sólo los servicios de educación obligatorios descritos anteriormente.

Concluye que corresponde al Ministerio de Educación Nacional fijar las políticas educativas que deben ser adoptadas en relación con los grados del nivel preescolar, pero no le corresponde la administración de los establecimientos educativos, lo cual según lo expresó, es competencia de las entidades territoriales.

Sobre el grado obligatorio del nivel preescolar, recuerda que el artículo 17 de la Ley 115 dispone que dicho nivel corresponde como mínimo a un grado obligatorio en los establecimientos educativos estatales para niños menores de seis años.

Indica que la citada Ley General de Educación dispone, al igual que el decreto 2247 de 1997, la ampliación en la cobertura de los dos primeros grados que integran el nivel preescolar, la cual se efectuará a partir del cubrimiento del 80 % del grado obligatorio de preescolar, esto es, transición.

Agrega que hasta ahora ninguna entidad ha logrado llegar a tal punto, razón por la cual no puede ampliarse la cobertura a los dos grados que integran el nivel preescolar.

Añade que los establecimientos educativos no son los únicos organismos que prestan el servicio de educación preescolar, pues el ICBF ofrece dicho servicio a los hijos menores de 7 años de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales y privados; así como las instituciones de carácter privado.

En este sentido, estima que la disposición acusada no vulnera las normas enunciadas por el actor, pues el Estado está en la obligación de garantizar la Educación, tanto por mando constitucional como legal, entre los cinco y los quince años de edad, en la que mínimo debe presentarse un año preescolar obligatorio.

II.2.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo solicita se acceda a las pretensiones de la demanda, y en consecuencia, se decrete la nulidad del aparte acusado, por las razones que a continuación se enuncian:

Sostiene que el artículo 67 de la Constitución Política de Colombia, dispone en lo que hace referencia al caso objeto de estudio, que 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.

Explica el alcance del inciso tercero del citado artículo 67, citando a la Corte Constitucional, específicamente las sentencias T-323 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-1030 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Explicó que la citada Corporación, sostuvo, en síntesis, que la edad señalada en dicho artículo, interpretada a la luz del artículo 44 constitucional, es solo un criterio

establecido por el constituyente para delimitar una cierta población objeto de un interés especial por parte del Estado.

Sin embargo, advierte que la Corte Constitucional ha sostenido que el umbral de quince años es simplemente un referente en el que normalmente se culmina el noveno grado, pero no es un criterio en el que deba restringirse el derecho a la educación de los menores de edad. Insiste que la Corte en las citadas sentencias precisó que las edades fijadas en la norma aludida no pueden tomarse como criterios excluyentes sino inclusivos.

Sostiene que una vez revisados el artículo 11 de la Ley 115 de 1994, el Decreto 1860 de 1994 y los artículos 2° y 8° del Decreto 2247 de 1997, es evidente que el Gobierno Nacional tiene la competencia para regular la prestación de los servicios educativos estatales.

No obstante lo anterior, sugiere que dicha regulación debe atender el contenido del derecho a la educación fijado por la Corte Constitucional al establecer que las edades señaladas en el artículo 67 no podían ser excluyentes del citado derecho.

Recalcó que el Decreto 2247 de 1997, dispuso que el ingreso a cualquiera de los grados de educación preescolar no debe estar sujeto a ningún tipo de consideración física o mental, razón por la cual la Resolución acusada también desconoció dicho mandato

También considera que se vulneró lo dispuesto en el decreto 1860 de 1994, que se encuentra lejos de establecer parámetros en consideración a la edad para el ingreso a la educación preescolar, situación que acontece con la Resolución

acusada, pues establece como factor excluyente para el acceso a la educación pública la condición física del menor, esto es, la edad.

III-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

III.1. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

De conformidad con los hechos de la demanda, su contestación y el concepto rendido por el Ministerio Público, corresponde a la Sala, con sujeción a la normativa aplicable, resolver el siguiente problema jurídico:

Determinar si el acto acusado al disponer que el menor de edad para ingresar al grado de transición, como grado obligatorio del nivel preescolar, debe tener cinco años **“cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar”** se ajusta al artículo 67 y 44 de la Constitución Política, la Ley 115 de Educación y los Decretos reglamentario 2247 de 1997, 1860 de 1994, así como a sus decretos modificatorios.

En aras de resolver el citado problema jurídico, estima la Sala pertinente describir y analizar la prestación y funcionamiento de la Educación Preescolar en el Sistema Jurídico Colombiano, para el efecto de determinar su naturaleza, los derechos de los educandos y sus limitaciones.

III.2. MARCO JURÍDICO

El artículo 44 de nuestra Constitución prevé:

“ARTICULO 44. **Son derechos fundamentales de los niños:** la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la

alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Por su parte, el artículo 67 de la Constitución Política de Colombia dispone:

“ARTICULO 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

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.

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 sufragarlos.

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.

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales el Congreso de la República expidió las Leyes 30 de 1992, 115 de 1994 y 1064 de 2006, entre otras¹, en las que se regulan los aspectos generales de la prestación del servicio público de educación.

¹ LEY 1324 DE 2009. Diario Oficial 47.409 de julio 13 de 2009

Específicamente la Ley 115 de 1994 dispone que la educación en Colombia se divide en educación formal y educación no formal, hoy denominada, Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano, a partir de la reforma introducida por la Ley 1324 de 2006.

Sobre la educación formal, se ha dispuesto que la misma se organizará en tres niveles, a saber, Preescolar, Educación Básica y Educación Media. (Artículo 11 de la ley 115 de 1994)

En efecto, el artículo 11 de la Ley 115 de 1994 dispone lo siguiente:

“Artículo 11º.- Niveles de la educación formal. La educación formal a que se refiere la presente Ley, se organizará en tres (3) niveles:

a) El preescolar que comprenderá mínimo un grado obligatorio;

b) La educación básica con una duración de nueve (9) grados que se desarrollará en dos ciclos: La educación básica primaria de cinco (5) grados y la educación básica secundaria de cuatro (4) grados, y

c) La educación media con una duración de dos (2) grados.”

La educación formal en sus distintos niveles, tiene por objeto desarrollar en el educando conocimientos, habilidades, aptitudes y valores mediante los cuales las personas puedan fundamentar su desarrollo en forma permanente.”

De igual forma, prevé en su artículo 17 que:

“Artículo 17º.- Grado obligatorio. El nivel de educación preescolar comprende, como mínimo, un (1) grado obligatorio en los

establecimientos educativos estatales para niños menores de seis (6) años de edad.

En los municipios donde la cobertura del nivel de educación preescolar no sea total, se generalizará el grado de preescolar en todas las instituciones educativas estatales que tengan primer grado de básica, en un plazo de cinco (5) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, sin perjuicio de los grados existentes en las instituciones educativas que ofrezcan más de un grado de preescolar” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

El Gobierno Nacional en aras de reglamentar las citadas disposiciones legales, profirió los Decretos 1860 de 1994 y 2247 de 1997.

El artículo 8° del Decreto 1860 de 1994, específicamente sobre las edades para ingresar a los establecimientos educativos reza de la siguiente forma:

“ARTICULO 8°. EDADES EN LA EDUCACION OBLIGATORIA.

El proyecto educativo institucional de cada establecimiento educativo definirá los límites superiores e inferiores de edad para cursar estudios en él **teniendo en cuenta el desarrollo personal del educando que garantice su incorporación a los diversos grados de la educación formal.** Para ello atenderá los rangos que determine la entidad territorial correspondiente, **teniendo en cuenta los factores regionales, culturales y étnicos.**

Quienes por algún motivo se encuentren por fuera de los rangos allí establecidos, podrán utilizar la validación o las formas de nivelación que debe brindar el establecimiento educativo, según

lo previsto en el párrafo del artículo 38 de este Decreto, con el fin de incorporarse al grado que corresponda según el plan de estudios.

El Gobierno Nacional claramente dispuso que el criterio de la edad no es exclusivo para determinar el ingreso a la educación formal. En igual sentido, el artículo 8º del decreto 2247, prevé que ***“...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”*** (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Ahora, sobre los aspectos constitucionalmente relevantes de la educación preescolar, la Corte Constitucional en la sentencia T-1030/06² sostuvo, como bien lo precisó el Ministerio Público en sus alegatos, que:

“... el inciso tercero del artículo 67 superior dispone que la educación 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 redacción de este aparte genera varias inquietudes como, por ejemplo, dentro de qué edades la educación es obligatoria y cuáles son los grados de instrucción que el Estado está en la obligación de garantizar.

En relación con la primera cuestión, la Corte ha sostenido que una interpretación armónica del artículo 67 de la Carta, con el artículo 44 *ibídem* y con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado Colombiano en la materia, lleva a concluir que

la educación es un derecho fundamental de todos los menores de 18 años.³

Lo anterior, por cuanto (i) el artículo 44 superior reconoce que la educación es un derecho fundamental de todos los niños, y según el artículo 1° de la Convención sobre los derechos del niño⁴ - ratificada por Colombia por medio de la Ley 12 de 1991- la niñez se extiende hasta los 18 años⁵, y (ii) según el principio de interpretación *pro infans* –contenido también en el artículo 44-, **debe optarse por la interpretación de las disposiciones que menos perjudique el derecho a la educación de los niños**

En este orden de ideas, la Corporación ha precisado (i) **que la edad señalada en el artículo 67 de la Constitución, interpretado a la luz del artículo 44 *ibídem*, es sólo un criterio establecido por el constituyente para delimitar una cierta población objeto de un interés especial por parte del Estado⁶**; (ii) que el umbral de 15 años previsto en la disposición aludida corresponde solamente a la edad en la que normalmente los estudiantes culminan el noveno grado de educación básica, pero no es un criterio que restrinja el derecho a la educación de los menores de edad, pues de afirmar lo contrario, se excluirían injustificadamente del sistema educativo menores que por algún percance –de salud,

² Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

³ Ver en este sentido las sentencias T-324 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz;

⁴ El texto del artículo es el siguiente: "*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*"

⁵ Sentencia T-323 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia la Corte abordó el caso de una menor de edad a la que se negó un cupo en un colegio del municipio de Medellín, por haber superado la edad de 15 años. La Corporación reconoció que la accionante gozaba de un derecho fundamental a recibir educación

de tipo económico, etc.- no pudieron terminar su educación básica al cumplir dicha edad⁷, y (iii) que las edades fijadas en la norma aludida no puede tomarse como criterios excluyentes sino inclusivos.⁸

Respecto de la segunda cuestión, esto es, los grados de instrucción que el Estado está en la obligación de garantizar, la Corte ha afirmado lo siguiente (i) que los grados previstos en inciso 3° del artículo 67 de la Carta -un grado de educación preescolar y nueve años de educación básica- constituyen el contenido mínimo del derecho que el Estado debe garantizar, y (ii) que como se trata de un contenido mínimo, el Estado debe ampliarlo progresivamente, es decir, debe extender la cobertura del sistema educativo a nuevos grados de preescolar, secundaria y educación superior.⁹

III.3. CASO CONCRETO

De las normas y precisiones jurisprudenciales transcritas pueden concluirse las siguientes reglas jurídicas:

básica y media hasta que cumpliera los 18 años de edad. No obstante, no concedió la tutela debido a que la menor había solicitado extemporáneamente su matrícula.

⁶ Sentencia T-323 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ Sentencia T-323 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸ Sentencia T-323 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹ En esta sentencia la Corte abordó el caso de un menor de 5 años, a quien no le fue permitido el ingreso a clases en el jardín infantil en el que se encontraba matriculado, debido a que su madre adeudaba tres quincenas de pensión. Por esta razón, la madre, en representación del menor, interpuso acción de tutela contra el jardín. El jardín aducía que el argumento de la imposibilidad de suspender la prestación del servicio de educación cuando hay mora en las mensualidades, sólo era oponible en el caso de niños de 5 años en adelante, que son a quienes protege la Constitución en esta materia. El amparo fue negado en única instancia porque el juez consideró que la Constitución sólo prevé como obligatorio un año de educación preescolar, este es, transición, y sólo para niños de 5 años en adelante. Así las cosas, estimó que el derecho invocado no era un derecho fundamental del menor. La Corporación concedió la tutela, ya que estimó que no era admisible la interpretación del juez de instancia, según la cual, de conformidad con el Decreto 2247 de 1997, sólo es obligatorio el grado de transición. A juicio de la Corte, (i) dicha interpretación transformaba en rígido un criterio que la propia Carta establecía como flexible, y (ii) el Presidente de la República no puede, mediante un decreto reglamentario, limitar garantías constitucionales como la objeto del pronunciamiento.

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 8º 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 8º 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 8º 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.

Por lo precedente, se accederá a las pretensiones de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia.

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

F A L L A:

DECRÉTASE la nulidad del aparte acusado, esto es, la frase **“cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar”** contenida en el artículo 3º literal C) de la Resolución núm. 1515 de 3 de julio de 2003 “Por la cual se establecen las directrices, criterios, procedimientos y cronograma para la organización del proceso de asignación de cupos y matrícula para los niveles preescolar, básica y media de las

instituciones de educación formal de carácter oficial en las entidades territoriales”,
expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por
la Sala en la sesión del día 27 de enero de 2011.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Presidente

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO