

## **DERECHO A LA EDUCACION – Carácter prestacional / DERECHOS PRESTACIONALES – Principio de progresividad. Prohibición de regresividad**

Con el fin de establecer si las entidades accionadas han amenazado o vulnerado el derecho a la educación, que por su naturaleza es de carácter prestacional, estima la Sala necesario tener en cuenta los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-508 de 2008, M.P. Jaime Cóboda Triviño, a propósito del principio de progresividad y la prohibición de regresividad en derechos con contenido prestacional. “(...) En suma, del principio de progresividad (la obligación de moverse lo más rápidamente posible hacia la meta) se deriva la prohibición de regresividad (las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente). Así, el Estado se encuentra obligado a aumentar progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos<sup>1</sup>. Como se verá, uno de tales avances es la inversión de recursos para la satisfacción del derecho, especialmente si existe una deficiente prestación del mismo por insuficiente cobertura, baja calidad o adaptabilidad.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la progresividad y regresividad de los derechos prestacionales: Corte Constitucional, sentencia C-508 de 2008, MP. Jaime Cóboda Triviño,

## **SENTENCIAS DE TUTELA - Efecto inter communis / EFECTO INTER COMUNIS DE LAS SENTENCIAS DE TUTELA - Concepto**

La Corte Constitucional en diversas oportunidades, ha establecido que si bien es cierto los efectos de las sentencias de tutela por regla general son inter partes, en algunos casos es necesario extender los mismos a otras personas que no concurrieron al proceso, pero que se encuentran en la misma situación jurídica y fáctica de las partes, y que verían afectados sus derechos fundamentales si el amparo solicitado únicamente se concede a los accionantes. Este tipo de efecto se ha denominado inter communis, por cuanto no sólo cobija a las partes del proceso, sino a un conglomerado de personas que tiene las mismas condiciones de las partes procesales, y que resultarían afectados de no ser tenidos cuenta en la referida providencia.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el efecto inter communis de las sentencias de tutela: Corte Constitucional, sentencia T-451 de 2009, MP. Juan Carlos Henao Pérez.

## **TUTELA – Procedente ante situaciones de vulnerabilidad que requieran medidas urgentes e inmediatas / DISCAPACITADOS – Protección reforzada. Procedencia de la tutela para la protección del derecho a la educación**

Considera el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que los accionantes tienen a disposición la acción de nulidad para controvertir los actos administrativos en virtud de los cuales se ordena la inclusión de sus hijos en las instituciones de las entidades territoriales certificadas, en especial el Decreto 366 de 2009. Sobre el particular vale la pena recordar que para predicar la improcedencia de la acción de tutela por la existencia de otro mecanismo judicial de defensa, éste debe ser idóneo y eficaz para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, esto es, que a través del mismo materialmente se pueda prevenir o superar las circunstancias que amenazan o atentan contra

---

<sup>1</sup> CFr. Sentencia C-038 de 2004.

dichos derechos, y a su vez garantizar las condiciones necesarias para su disfrute. Además, es preciso reiterar que en cada caso debe analizarse si resulta o no desproporcionada la exigencia de acudir a otro mecanismo judicial de defensa distinto a la acción de tutela, cuando las personas afectadas se encuentran en una situación de vulnerabilidad en virtud de la cual requieren medidas urgentes de protección que sólo pueden ser brindadas de forma inmediata y expedita por la acción constitucional, so pena de agravar la situación de amenaza o vulneración de los derechos fundamentales. En el caso de autos estima la Sala que la acción de nulidad no es un mecanismo idóneo y eficaz de defensa para la protección de los derechos fundamentales invocados, porque el objeto de la misma es preservar en abstracto la legalidad del ordenamiento jurídico, y no brindar medidas de protección para las personas que pueden resultar afectadas por los actos controvertidos. Añádase a lo expuesto, que en el presente caso están involucrados los derechos de los niños y las personas mayores de edad que tienen alguna discapacidad, motivo por el cual no puede desconocerse que el ordenamiento jurídico, en especial el constitucional, les otorga éstos un margen de protección reforzado en virtud de la condición de vulnerabilidad en que se encuentran, por lo que de forma reiterada se ha considerado que la acción de tutela por su naturaleza expedita y excepcional es el mecanismo idóneo y eficaz de protección, particularmente cuando se trata de la protección y garantía del derecho a la educación, y de aquellos que están íntimamente relacionados como la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la procedencia de la tutela pese a existir otro medio de defensa judicial Corte Constitucional, sentencia T-367 de 2008. MP Manuel José Cepeda Espinosa.

**PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DEL DERECHO A LA EDUCACION - Desconocimiento / REGRESIVIDAD DEL DERECHO A LA EDUCACION - Educación no especializada a personas discapacitadas / EDUCACION NO ESPECIALIZADA A DISCAPACITADOS - Vulneración del derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad / SERVICIO DE EDUCACION - Eventos en que entidades territoriales pueden contratar con otras entidades estatales o particulares**

En criterio de la Sala cuando el Municipio de Pasto decide no seguir contratando el servicio de educación especial con la Caja de Compensación Familiar de Nariño, que a su vez subcontrata con el Centro Educativo Profesa, y le informa a los accionantes que sus hijos podrán matricularse en los establecimientos oficiales regulares, pero no acredita dentro de este proceso que los mismos cuentan con la infraestructura, el recurso humano y físico que se requiere para brindarle la atención especializada a que tienen derecho como sujetos especial de protección, incurre en la prohibición de regresividad del nivel de satisfacción del derecho a la educación, que tratándose de personas discapacitadas está íntimamente ligado con los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, como se expuso en el numeral 1º de la motiva de esta providencia. Lo anterior, porque los niños y las personas mayores de edad que adelantaban sus estudios en el Centro Educativo Profesa, pasarán de una institución que les brindaba la atención especial que requieren, a otra u otras que no están preparadas para prestarles el servicio educativo en las mismas condiciones, en tanto no cuentan con la infraestructura y el recurso humano necesario para que puedan posicionar a los estudiantes con discapacidades al nivel de aquellos que no las padecen, exponiendo a aquéllos a ser discriminados negativamente, e incluso, interrumpiendo o menoscabando el proceso de inclusión social que se venían adelantado. La medida adoptada por el Municipio de Pasto retrocede en el nivel de

satisfacción del derecho a la educación que se venían brindando a los hijos de los accionantes desde el año 2007, lo que a su vez tiene repercusiones directas sobre los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, porque se suprimirán varias de las medidas de diferenciación positiva que se les había otorgado por su condición de discapacitados, contarán con menos elementos o capacidades para integrarse a la sociedad, afianzar su autonomía personal y adquirir habilidades y competencias que garanticen su autosuficiencia. Ahora bien, frente al retroceso en el nivel de satisfacción del derecho a la educación, que se presume inconstitucional como se expuso el numeral 2º de la parte motiva de esta providencia, el Municipio Pasto arguye que actualmente no se reporta insuficiencia en la oferta del servicio de educación, motivo por el cual no puede contratar el mismo de conformidad con el Decreto 2355 de 2009. Sobre el particular en primer lugar se reitera, que si bien pueden existir suficientes cupos en las instituciones de carácter oficial del Municipio de Pasto para prestar el servicio educativo a los hijos de los accionantes, no se evidencia que éstas se encuentren en condiciones de brindarles la protección reforzada reconocida por los artículos 44, 47, 67 y 68 de la Constitución, la cual *prima facie* se debe garantizar so pena de desconocer el carácter prevalente de la Carta Política como norma de normas. Según el artículo 27 del Decreto 2355 de 2009, son dos los eventos en los cuales las entidades territoriales pueden contratar con otras entidades estatales o particulares el servicio de educación, la primera cuando se reporta insuficiencia, y la segunda cuando existen limitaciones en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial. En ese orden de ideas se estima que el Municipio de Pasto se encuentra en el segundo de los eventos previstos por el artículo 27 de la Ley 751 de 2000 para contratar el servicio educativo a favor de las personas discapacitadas, motivo por el cual considera la Sala, que el condicionamiento previsto por el Decreto Reglamentario 2355 de 2009, no puede ser interpretado en desconocimiento de la protección reforzada que la Constitución reconoce a favor de los hijos de los accionantes.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 44 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 47 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 67 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 68 / DECRETO 2355 DE 2009 - ARTICULO 27

**SERVICIO DE EDUCACION – Competente para la prestación y financiación en entidades territoriales / EDUCACION DE DISCAPACITADOS – Recursos del Sistema General de Participaciones**

El Tribunal Administrativo de Nariño determinó que los ministerios accionados y el Municipio de Pasto deben garantizar el derecho a la educación en el caso de autos, sin embargo, la Sala estima que aquéllos carecen de legitimidad en la causa por pasiva, en tanto no son los responsables de prestar o financiar el servicio de educación en las entidades territoriales. En efecto, de conformidad con los artículos 5 de la Ley 60 de 1993, y 5.3 de la Ley 715 de 2001, la Nación es responsable de “impulsar, coordinar, financiar, cofinanciar y evaluar programas, planes y proyectos de inversión de orden nacional en materia de educación”, por cuanto en el orden territorial tal obligación está en cabeza de los municipios, departamentos o distritos según el caso, como claramente lo establecen los artículos 2 a 4 de la Ley 60 de 1993, y las normas concordantes de la Ley 715 de 2001. (...) Como puede apreciarse, la norma transcrita prevé que las entidades territoriales en primera medida pueden contratar la prestación del servicio educativo con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones, y en su defecto, con sus propios recursos, lo que está en consonancia con el artículo 15 del Decreto 366 de 2009, que a propósito del derecho a la educación de las

personas discapacitadas señala lo siguiente: "Artículo 15. Recursos. De los recursos del Sistema General de Participaciones que la Nación transfiere a las entidades territoriales certificadas, se asignará cada año un porcentaje de la tipología por población atendida para cofinanciar el costo del servicio de apoyo pedagógico a los estudiantes con discapacidad (...). Las entidades territoriales certificadas concurrirán a la financiación de la prestación del servicio de apoyo pedagógico con recursos propios u otros que puedan ser utilizados para tal efecto." En conclusión, del análisis sistemático de las normas citadas se evidencia, que en el caso de autos el único responsable por la prestación del servicio de educación de los hijos de los accionantes es el Municipio de Pasto, motivo por el cual se modificará la orden proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que consideró que los Ministerios de Educación Nacional y Hacienda y Crédito Público también vulneraron los derechos invocados.

**FUENTE FORMAL:** LEY 60 DE 1993 – ARTICULO – 2 / LEY 60 DE 1993 – ARTICULO 3 / LEY 60 DE 1993 – ARTICULO 4 / LEY 60 DE 1993 – ARTICULO 5 / LEY 715 DE 2001

#### **EFFECTOS INTERCOMUNIS DE SENTENCIA DE TUTELA – Estudiantes del Centro Educativo Profesa**

En virtud de las consideraciones expuestas, comparte la Sala la decisión del A quo de tutelar los derechos a la educación, igualdad y libre desarrollo de la personalidad de los hijos de los accionantes, y de ordenarle al Municipio de Pasto que adelante los trámites correspondientes para garantizar la prestación del servicio de educación especial que los educandos requieren, bien sea con las personas jurídicas con quienes se había contratado o subcontratado el servicio, o con quienes reúnan los requisitos para tal efecto, hasta tanto se garantice la inclusión efectiva y acorde con sus limitaciones, en las escuelas y colegios oficiales regulares. No obstante lo anterior, considera la Sala que de accederse al amparo solicitado únicamente frente a las personas que instauraron la presente acción, se vulneraría los derechos a la educación y a la igualdad de todos aquellos que no comparecieron al presente proceso, pero se encuentran en la misma situación de los hijos de los petentes, esto es, que venían desde el año 2009 recibiendo el servicio de educación en el Centro Educativo Profesa, y que de forma intempestiva en el año 2010 les fue suspendido. Lo anterior, porque si los efectos de esta providencia son inter partes, las personas que se encontraban en la misma situación de los hijos de los petentes, en estricto sentido, no tendrán el derecho a que se les garantice el servicio educativo en las mismas condiciones en las que se venía prestado, e incluso, que se vean forzados a matricularse en las instituciones oficiales regulares del mencionado municipio, que no pueden brindarles las medidas de protección reforzadas a que tienen derecho. De esta manera, estima la Sala que en el presente caso se configuran los requisitos jurisprudencialmente establecidos, para extender los efectos de esta providencia a las personas que no acudieron al proceso, pero que se encuentran en la misma situación de las personas favorecidas en éste (efectos inter comunis).

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

## **SECCION SEGUNDA**

### **SUBSECCION "B"**

**Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil diez (2010).

**Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00062-01(AC)**

**Actor: RUBY GRACIELA VILLOTA Y OTROS**

**Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionada, en contra de la sentencia del 25 de marzo de 2010, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Nariño, tuteló el derecho a la educación, igualdad y libre desarrollo de la personalidad de Efraín Caicedo Narváez en representación de su hija Karen Damaris Caicedo Jiménez; Rosa Elena Eraso Leyton en representación de su hijo Diego Fernando Moncayo Eraso; Flor Alba Marcillo en representación de su hija Mary Alejandra Mena Marcillo; Alcira del Carmen Santacruz en representación de su hijo José Hernán Pumalpa Santacruz; Lourdes Patricia Ruiz González en representación de su hijo Andrés Darío Rosero Ruiz; Luís Efrén Rodríguez Mora en representación de su hija Martha Lucía Rodríguez Cuastumal; Sonia Jaqueline Realpe en representación de su hija Karen Jaqueline Pantoja Realpe; Isabel Arcos en representación de su hijo Yusef David Lozano Arcos; Imelda del Carmen Cumbal Ortiz en representación de su hija Criss Geovana Burbano Cumbal; María Rosaura Jojoa Josa en representación de su hija Emilsen Yamile Tapia Jojoa; María Evangelina Goyes en representación de su hija Johana Carolina Jurado Goyes; Sara Luz Angélica Arteaga en representación de su hijo Luís Fernando Maygual Arteaga; Martha Lucia Cárdenas en representación de su hijo Esneyder Edison Caicedo Cárdenas; Rudy Graciela Parra en representación de su hijo Alexis Fernando Yandar Parra; Georgia Rodríguez de Bravo en representación de su hijo Luís Alberto Bravo Rodríguez; Ayda Margarita Moreno de Pérez en representación de su hija Viviana Lourdes Pérez Moreno; Dary Lucía Cuaspa en representación de su hijo Luis Camilo Patiño Cuaspa; Cleotilde Alejandrina Arévalo en representación de su hija Tanya Evelin Tello Arévalo; Yola del Transito Pinchao en representación de su hijo John Alexander Yaluzan Pinchao; Socorro Rosero Villota en representación de su hija Franci Adriana Guerrero Revelo; Silvio Roberto Guerrero en representación de su hija Diana Alejandra Guerrero Gómez; Elvia Elisa Narváez en representación de su hija Rosa Amelia de la Cruz; Elva

Glady Meneses Álvarez en representación de su hijo Luís Carlos Pascuaza; María Eugenia Mesias Ruales en representación de su hijo Mario Andrés Zutta Mesias; Elisa Chalpue de Molina en representación de su hija Elizabeth Molina Chalpue; María Fanny Díaz de Rodríguez en representación de su hijo Henry Miller Rodríguez Díaz; Wilson Nolberto Peña Pérez en representación de su hija Johana Alexandra Peña Portilla; Nancy Uriela Meneses en representación de su hija Tatiana Luna Meneses; Marleny Nancy Acosta en representación de su hijo Andrés Camilo Burbano Acosta; Yanira Gabriela Lazo actúa en representación de su hijo Kevin Mauricio Lazo Cueltan; Ramiro Giraldo Botina en representación de su hija Paola Andrea Botina Guzmán; Yoana Catalina Amaya en representación de su hija Cindi Yulisa Nastacus; Bernardo Alonso Rodrigo Pachichana en representación de su hijo Jheison Vladimir Pachichana; Ángela Liliana Pantoja Bolaños en representación de su hijo Jonathan Fernando Mindala Pantoja; María Mercedes Garzón López en representación de su hijo Daniel Sebastián Reina Garzón; Hilda Magdaly Eraso Arciniegas en representación de su hija Vanesa Soraya Eraso Bastidas; Ana Lucía del Carmen Mena en representación de su hijo Steban Alexander Delgado Mena; Carmen Amelia Mena Rojas en representación de su hija Diana Liseth Martínez y Mena María del Pilar Cifuentes Angulo, en representación de Suley Dayana Timana Cifuentes; *y negó el amparo solicitado* de Rosa del Carmen Paz López, Doris Eugenia Montaño, Gladys del Carmen Martínez, Ruby Muñoz, Nelsa Quintero Narváez, Maritza del Rosario Pantoja López, Lina Patricia Guerrero Guerrero, Juan Carlos Tortalcha Rosalez, Lidia María Antonia Santacruz, Jorge Cabrela Ruales, Carmen Leticia Timara de la Cruz, Germán Antonio Arteaga Urbano, María Hilda Martínez, Jacqueline Gabriela Ramírez y Lady Karina Eraso Burgos.

## **ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, Ruby Graciela Parra y las personas antes relacionadas, mediante apoderado, acudieron ante el Tribunal Administrativo de Nariño, con el fin de solicitar la protección de los derechos a la dignidad humana, debido proceso, educación, igualdad, protección especial a las personas en condiciones de debilidad manifiesta y libre desarrollo de la personalidad, presuntamente vulnerados por los Ministerios de Educación Nacional y Hacienda y Crédito Público, el Municipio de Pasto y la Secretaría de Educación del mismo municipio.

Solicitan al juez de tutela, que se ordene a los Ministerios accionados, inaplicar por inconstitucional lo dispuesto en el Decreto 366 de 2009, frente a la imposibilidad de autorizar la contratación con instituciones de carácter privado, el servicio público de educación para la población vulnerable con discapacidad, a través de entes territoriales y Cajas de Compensación Familiar, previo desembolso al Municipio de Pasto de los recursos suficientes para tal efecto.

Adicionalmente pretenden, que se ordene al referido municipio suscribir con CONFAMILIAR, un contrato de prestación de servicios educativos para la población vulnerable por discapacidad, y a esta entidad contratar con el Centro Educativo PROFESA IPS de Pasto, a fin de garantizar la prestación del educativo en las condiciones que se venía prestando antes de su interrupción.

Lo anterior lo fundamentaron en los siguientes hechos y consideraciones (Fls. 2-11):

Informan que desde el año 2005 el Municipio de Pasto y CONFAMILIAR de Nariño, han suscrito contratos de prestación de servicios educativos para la población vulnerable por discapacidad.

Afirman que para el desarrollo de dichos contratos, la entidad CONFAMILIAR de Nariño a su vez ha contratado al Centro Educativo PROFESA- IPS.

Indican que inscribieron y matricularon a sus hijos discapacitados en el Centro Educativo Profesa de la ciudad de Pasto, para que recibieran la atención especializada pertinente.

Subrayan que para el año académico 2009, calendario A, se matricularon 154 estudiantes discapacitados, dentro de los cuales se encuentran sus hijos, pero que una vez finalizado el dicho periodo, de forma intempestiva las directivas del centro educativo informaron, que no podían continuar prestado el servicio de educación, por cuanto su relación contractual con la entidad COMFAMILIAR había finalizado, debido a esta caja no fue contratada para la prestación del servicio por el Municipio de Pasto.

Relatan que frente a la anterior situación algunos padres de familia elevaron ante el Alcalde de Municipio de Pasto un derecho de petición, solicitando que se adelantaran las gestiones pertinentes para que se obtengan los recursos económicos para garantizar el derecho a la educación de los educandos discapacitados del Centro Educativo PROFESA- IPS, dada su especial condición.

Manifiestan que la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, mediante oficio del 18 de febrero de 2010, les informó que con el fin de promover la inclusión de personas con incapacidad en los diferentes grados de educación formal dependiendo el nivel en que se encuentren, se ordenó organizar la oferta educativa de tal manera que los estudiantes se incluyan en las instituciones educativas.

Consideran que las entidades accionadas al aplicar exegéticamente el Decreto 366 de 2009, e incluir a los educandos discapacitados en el sistema educativo informal al que asisten estudiantes sin ningún tipo de discapacidad, desconocen que aquéllos en virtud de la condición de vulnerabilidad en que se encuentran requieren de medidas de discriminación positiva para que se garantice material y no sólo formalmente sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación.

Añaden que la insuficiencia de recursos económicos no constituye una excusa válida para que a los estudiantes discapacitados, dentro de los cuales se encuentran menores de edad, no se le brinde la atención especializada que requieren en la prestación del servicio de salud, so pena de desconocer el carácter prevalente que tienen los derechos de los niños dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y la protección reforzada que la Carta Política consagra a favor de las personas discapacitadas.

Estiman que no puede considerarse que se brinda un marco de protección eficaz de los derechos invocados, al ordenar que sus hijos reciban el servicio público de educación formal en instituciones que no cuentan con la infraestructura ni el recurso humano calificado para atender a menores discapacitados, máxime cuando se expone a éstos a recibir maltratos por parte de los estudiantes que no padecen alguna discapacidad.

Sostienen que los educandos discapacitados requieren una educación especial, y no aquella de tipo convencional o formal como lo establece el Decreto 366 de 2009, por lo que solicitan su inaplicación por constitucional, dado que en el caso de auto contraviene la obligación del Estado de asegurar la justicia e igualdad dentro del marco de un orden social y justo consagrada en el preámbulo de la Constitución, y los principios y derechos consagrados en los artículos 2, 13, 44, 45, 85, 67, 68, 70, 230 y 93 de la misma, y por ende, de los tratados internacionales ratificados por Colombia, como la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Destaca que si bien es cierto por competencia funcional le corresponde al Municipio de Pasto atender todo lo relacionado con las políticas de educación por intermedio de la secretaría del ramo, también lo es que en aplicación de los artículos 5 y 6 de la Ley 489 de 1998, le corresponde a los Ministerios accionados intervenir, máxime cuando de trata de personas en estado de indefensión como los niños discapacitados.

Consideran que se vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad y educación, porque con la interrupción intempestiva del servicio que venían disfrutando, no se les garantiza una medida de protección reforzada en virtud de las discapacidades que padecen y se les impide tener mayores posibilidades para desempeñarse en condiciones de igualdad material en sus contextos sociales.

### **LA PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Tribunal Administrativo de Nariño mediante sentencia del 25 de marzo de 2010, amparó los derechos a la educación, igualdad y libre desarrollo de la personalidad de las personas identificadas en el encabezado de esta providencia. En consecuencia, ordenó a los Ministerios de Educación Nacional y Hacienda y

Crédito Público y al Municipio de Pasto, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo en su contra, adelantaran los trámites correspondientes para garantizar la prestación del servicio de educación especial que los educandos requieren, bien sea con las personas jurídicas con quienes se había contratado o subcontratado el servicio, o con quienes reúnan los requisitos para tal efecto, hasta tanto se garantice la inclusión efectiva y acorde con sus limitaciones, en las escuelas y colegios oficiales regulares.

De otro lado, negó el amparo solicitado por Rosa del Carmen Paz López, Doris Eugenia Montaño, Gladys del Carmen Martínez, Ruby Muñoz, Nelsa Quintero Narváez, Maritza del Rosario Pantoja López, Lina Patricia Guerrero Guerrero, Juan Carlos Tutilcha Rosalez, Lidia María Antonia Santacruz, Jorge Cabrela Ruales, Carmen Leticia Timara de la Cruz, Germán Antonio Arteaga Urbano, María Hilda Martínez, Jacqueline Gabriela Ramírez y Lady Karina Eraso Burgos, por cuanto no acreditaron la condición que invocaron para interponer la acción de tutela.

Como fundamento de las decisiones adoptadas expuso las siguientes razones (Fls. 642-670):

Luego de especificar las personas que no realizaron nota de presentación personal del poder conferido, y aquellas que acudieron en representación de sus hijos mayores de edad, indica que tendrá a éstos como demandantes en atención al carácter informal de la acción constitucional y a la especial condición que ostentan las personas representadas como discapacitadas.

Afirma que los señores Rosa del Carmen Paz López, Doris Eugenia Montaño, Gladys del Carmen Martínez, Ruby Muñoz, Nelsa Quintero Narváez, Maritza del Rosario Pantoja López, Lina Patricia Guerrero Guerrero, Juan Carlos Tutilcha Rosalez, Lidia María Antonia Santacruz, Jorge Cabrela Ruales, Carmen Leticia Timara de la Cruz, Germán Antonio Arteaga Urbano, María Hilda Martínez, Jacqueline Gabriela Ramírez y Lady Karina Eraso Burgos, no otorgaron poder, no formularon la acción de tutela en su nombre, no probaron la condición en la cual comparecieron al proceso, ni su calidad de padres de familia de menores con discapacidad, motivo por el cual las órdenes a proferir no los cobijarán.

Destaca que en torno a si la educación especializada o la regular constituyen la mejor opción para las personas con discapacidad motora, física o psíquica, se han presentado varias discusiones, e incluso, que la problemática ha sido asumida a nivel mundial como puede apreciarse en el artículo 6º de la Declaración de Derechos de los Niños Impedidos.

Indica que la Constitución Política en su artículo 47, la Leyes 115 de 1994 y 361 de 1997, consagran que el Estado está en la obligación de adelantar un política de rehabilitación e integración de las personas discapacitadas, y que fijan un plazo hasta el año 2010 para éstas se incluidas en la educación normal siempre y cuando se garanticen que podrán recibir la atención especializada que requieren, dejando abierta la posibilidad de contratar con entidades privadas los apoyos pedagógicos, terapéutico y tecnológicos necesarios, hasta que los establecimientos estatales estén en condiciones de ofrece dicha atención.

Subraya que de las anteriores normas claramente se infiere que no se trata simplemente de trasladar a las personas que padecen alguna discapacidad a los centros de educación formal, sino de brindarles las condiciones que requieren para que puedan desarrollar libremente su personalidad sin recibir un trato excluyente.

Manifiesta que el Decreto 366 de 2009 se expidió con el propósito de evitar la discriminación de los estudiantes que padecen alguna discapacidad, para lo cual las entidades territoriales deben comunicar la Ministerio de Educación Nacional el número de establecimientos educativos con matrícula de población con discapacidad, a fin de ubicar los recursos humanos técnicos, tecnológicos y de infraestructura requeridos.

Añade que el mencionado decreto autoriza a las entidades territoriales a contratar los servicios de educación especial para estudiantes con discapacidad, con el fin de superar las barreras del acceso a la educación para éstos, motivo por el cual sostiene que no hay lugar a inaplicar dicha norma por inconstitucional como se solicita en el escrito de tutela, en tanto la misma claramente propugna por los intereses de este sector vulnerable de la población.

Precisa que el Municipio de Pasto al responder la solicitud formulada por los padres de familia que tenían a sus hijos en el Instituyo Educativo PROFESA, les

informó que no se continuaría el contrato de prestación de servicios con esta entidad, porque de acuerdo a la Secretaría de Educación Municipal no hay reporte de insuficiencia en la oferta docente frente a la demanda educativa.

Indica que en el reporte emitido por dicha secretaría se hace referencia a la educación formal, sin realizar ninguna consideración sobre las dificultades que tendrían las personas discapacitadas para integrar los planteles educativos oficiales, máxime cuando no se han realizado los ajustes necesarios en infraestructura y preparación de los docentes, para que se pueda garantizar a esta población vulnerable la atención especializada que requiere.

Afirma que la negativa del Municipio de Pasto frente a la celebración de contratos para la atención de la población en condición de discapacidad obedece a una errada interpretación de las normas, pues el Decreto 366 de 2009 permite la celebración de contratos para tal efecto, y porque según el Decreto 2355 de 2009 el estudio de insuficiencia debe realizarse con el fin de establecer si es necesario realizar más contrataciones cuando los establecimientos educativos oficiales no son suficientes para cubrir las necesidades de la educación formal.

Añade que si en gracia de discusión el estudio de insuficiencia también debe realizarse para la educación especial, en el caso de autos no se evidencia que el mismo haya hecho referencia a la situación de los educandos con incapacidad, motivo por el cual la omisión en la que incurrió la Secretaría de Educación Municipal no puede perjudicar a éstos.

Indica que conforme a los anexos del escrito de tutela los educandos de la Institución Profesa son personas con disparidad por retraso mental leve a moderado, memoria semifuncional, hipoplasia de vermis, trastornos de comportamiento, retardo en el desarrollo, entre otras discapacidades.

Considera que la abrupta interrupción del servicio educativo de los accionantes por razones eminentemente presupuestales y contractuales, constituye una flagrante violación de los derecho a la educación e igualdad, en tanto por las discapacidades que padecen merecen medidas especiales de protección, por lo que no puede someterseles a los a ingresar a establecimientos educativos oficiales, cuando no se ha demostrado que éstos están en capacidad de brindar una atención especializada.

Finalmente, transcribe algunos apartes de las sentencias T-170 y T-236 de 2007 de la Corte Constitucional, y del 16 de noviembre de 2007 del Tribunal Administrativo de Nariño (Rad. 2007-0609), para destacar que la acción de tutela es procedente, cuando se adoptan frente al derecho a la educación medidas regresivas en relación con el nivel de protección que se venía garantizando, máxime cuando se trata de personas discapacitadas.

## RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Secretaría de Educación de Pasto, impugnaron oportunamente la sentencia antes descrita, por lo que el juez de primera instancia mediante auto del 8 abril de la presente anualidad concedió ante esta Corporación el recurso de apelación (Fl. 723).

De otro lado, mediante auto del 9 de abril de 2010 el Tribunal Administrativo de Nariño no concedió por extemporánea la impugnación interpuesta por el Ministerio de Educación Nacional (Fls. 726-727).

- Contra la providencia de primera instancia el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expone las siguientes razones (Fls. 689-691):

Señala que la pretensiones de los accionantes que fueron acogidas por el fallo del Tribunal Administrativo de Nariño, desconocen el Decreto 366 de 2009, que es aplicable sin exclusión alguna para los estudiantes con capacidad, discapacidad o talentos excepcionales, el cual prevé que los educando que encuentren barreras para el aprendizaje y la participación, tienen derecho a recibir oferta de educación por parte de las entidades territoriales certificadas.

Considera que la acción de tutela es improcedente porque los petente cuentan con la acción de nulidad para controvertir las normas que supuestamente amenazan sus derechos fundamentales, al prever que deben recibir el servicio de educación en establecimientos oficiales.

Estima que el *A quo* inaplicó el Decreto 366 de 2009, violando el principio a la igualdad de las personas que teniendo las mismas condiciones de los accionantes deben acatar dicha norma.

Relata que en desarrollo del decreto antes mencionado el Ministerio de Educación Nacional expidió la Resolución N° 2565 de 2003, mediante la cual dispuso “que las entidades territoriales organizarían la oferta educativa para las personas con NEE (necesidades educativas especiales)”, motivo por el cual en el caso de autos es el Municipio de Pasto el llamado a garantizar la prestación del servicio de educación que los accionantes requieren, y de ninguna manera el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que no puede interferir en las decisiones administrativas y políticas del ente territorial que tiene autonomía presupuestal.

Luego de citar y transcribir algunos partes de los artículos 121, 352 y 353 de la Constitución Política, 104 y 109 del Estatuto Orgánico del Presupuesto afirma, que de cumplir el fallo del Tribunal Administrativo de Nariño estaría actuando por fuera de las competencias legalmente asignadas, e invadiendo la órbita del Municipio de Pasto en materia presupuestal.

- La Secretaría Municipal de Nariño solicita que se revoque el fallo de primera instancia por las siguientes razones (Fls. 692-694):

Indica que a pasar de existir una política de inclusión y haberse expedido el Decreto 366 de 2009 que reglamenta la organización del servicio de apoyo pedagógico para la atención de estudiantes con discapacidad, con capacidades y talentos excepcionales, dada la complejidad de esta población puede concluirse que un proceso de cualificación docente y reorganización institucional, es el que permitirá realizar una efectiva inclusión.

Por lo anterior sostiene, que de establecerse que hay estudiantes que no pueden incluirse en el sistema educativo oficial, se les garantizará la prestación del servicio a través de los dos operadores que han venido prestado el mismo, como se consignó en el estudio de insuficiencia elaborado por la Oficina Asesora de Planeación.

Señala que el Ministerio de Educación Nacional con el fin de promover la inclusión de las personas con discapacidad en los diferentes niveles de educación formal, le solicitó al Municipio de Pasto organizar la oferta educativa, pero que el mencionado ministerio eliminó del Sistema de Matrícula los grados 14 a 18, desde los cuales se reportaban a todos jóvenes y adultos que tenían una discapacidad y

se les ofertaba los servicios de habilitación, rehabilitación, cuidado y protección con los recursos del Sistema General de Participaciones.

Manifiesta que preparó con fundamento en los parámetros del Ministerio de Educación el estudio de insuficiencia, a partir del cual se determinó que no podían celebrarse contratos para la prestación del servicio de educación, toda vez que esta alternativa sólo está prevista cuando existe insuficiencia para prestar dicho servicio, de conformidad con el Decreto 2355 de 2009.

Precisa que el decreto antes señalado derogó el 4313 de 2004 que establecía tipos de vulnerabilidad para la contratación del servicio de educación para diversos sectores de la población, como los estratos bajos, los discapacitados, los niños trabajadores, entre otros.

Con fundamento en lo anterior reitera, que ha actuado con base en los lineamientos recientemente establecidos el Ministerio de Educación Nacional.

Relata que el estudio de insuficiencia que realizó fue presentado al mencionado ministerio, el cual conceptúo que la entidad territorial podía acudir al mecanismo de la contratación para prestar el servicio de educación, “siempre y cuando cumpla con la atención del total de la matrícula que por planta docente tiene viabilizada (74.775).”

Afirma que a la fecha el Municipio de Pasto no alcanza a tener en los establecimientos educativos oficiales 70.000 estudiantes, motivo por el cual no puede contratar la prestación del servicio de educación.

Concluye que la situación que originó la acción de tutela no ha sido propiciada por la Secretaría de Educación de Pasto, por lo que no puede imputársele que ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales invocados, en tanto ha actuado conforme a las disposiciones que actualmente rigen la política de inclusión al servicio de la educación.

- El Ministerio Nacional de Educación solicita que se revoque el fallo de primera instancia por las siguientes razones (Fls. 724-725):

Considera que el cumplimiento de la orden emitida por el Tribunal Administrativo de Nariño involucra exclusivamente a la entidad territorial demandada, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 715 de 2001, que estipula que ésta es la encargada de prestar el servicio educativo a través de instituciones de carácter oficial, y en caso de que exista insuficiencias de éstas, mediante la contratación con entidades estatales o particulares.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1° Protección constitucional al derecho a la educación de las personas con discapacidad menores y mayores de edad.**

Varios de los padres que mediante apoderado instauran la presente acción de tutela, tienen hijos menores de edad que padecen alguna discapacidad, motivo por el cual estima la Sala necesario destacar las siguientes consideraciones de la sentencia T-022 de 2009 de la Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Escobar Gil, a propósito de la protección reforzada que le brinda la Constitución a los niños que se encuentran en una condición de debilidad manifiesta:

“La Constitución Política de 1991 protege de manera especial los derechos de la población en condiciones de discapacidad desde diferentes ámbitos, de ahí que sea indiscutible en términos normativos, la existencia y validez de los derechos fundamentales a la igualdad y la educación de las personas con limitaciones psíquicas o físicas y sociales.

Por un lado, el artículo 13 establece el principio de igualdad ante la ley y consagra la obligación del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, por lo que deberá adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados. Específicamente, en relación a las personas con discapacidad, esta disposición constitucional establece que “*El Estado protegerá a aquellas personas que por su condición (...) física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta*”. De este enunciado normativo se desprende que dicha protección constituye un derecho fundamental de aplicación inmediata<sup>2</sup> lo que implica la obligación estatal de diseñar políticas públicas encaminadas a autorizar una diferenciación positiva justificada a favor de estos grupos poblacionales<sup>3</sup> de conformidad con los derechos reconocidos por la propia Constitución Política y las normas internacionales de derechos humanos.

**En este sentido, esta Corte ha señalado el imperativo que reviste para el Estado la adopción de medidas tendientes a favorecer la integración y participación de las personas con discapacidad en la vida social, para**

<sup>2</sup> Cfr. Sentencia T-288 de 1995 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz)

<sup>3</sup> Cfr. Sentencia T-826 de 2004 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes).

**que al igual que los demás miembros de la sociedad, se conviertan en sujetos capaces de ejercer sus derechos en condiciones dignas<sup>4</sup>.**

**Por este motivo, la jurisprudencia constitucional ha insistido en la necesidad de brindar un trato especial a las personas con discapacidad, por lo que la omisión de este trato especial puede llegar a constituir una medida discriminatoria<sup>5</sup>. En otras palabras, la no adopción de acciones positivas a favor de esta población impide que puedan participar e integrarse a las actividades sociales para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones, lo que conlleva a que se consolide el estado de discriminación histórica en el que han vivido.<sup>6</sup>**

Particularmente, la protección a los derechos de las personas con discapacidad encuentra un marco de protección en **los enunciados de los artículos 44, 47, 67 y 68 de la Constitución**. El artículo 44 establece la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los derechos de las demás personas; el artículo 47 prescribe al Estado la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para las personas con discapacidad y ordena que se les brinde la atención especializada que requieran; El artículo 67 estipula la obligación que tiene el estado de garantizar el acceso al servicio público de educación de todos los niños y niñas entre cinco y quince años de edad, aunque con base en una interpretación sistemática, esta Corporación ha establecido que dicha obligación va hasta los dieciocho años<sup>7</sup>, y finalmente, el artículo 68 que dispone la obligación especial del Estado de asegurar el derecho a la educación de las personas con discapacidad.

En la sentencia T-170 de 2007, la Corte indicó que tales cláusulas constitucionales deben ser examinadas, con base en la figura del **bloque de constitucionalidad**, de acuerdo a las obligaciones internacionales asumidas por Colombia al hacerse parte de varios tratados de derechos humanos sobre la materia. Entre ellos, la **Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>8</sup>**, cuyo artículo 23 dispone que “*los Estados Parte reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales*”, mediante acciones destinadas “*a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible*”.

Adicionalmente, **el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y**

<sup>4</sup> Cfr. Sentencia T-207 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>5</sup> Entre otras las sentencias C-076 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-381 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-156 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), C-478 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), C-401 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-951 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis), C-138 de 2002 (MP. Eduardo Montelaegre Lynett), T-595 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y, C-410 de 2001 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

<sup>6</sup> T-170 de 2007.

<sup>7</sup> T-323 de 994 y T-534 de 1997.

<sup>8</sup> Aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

Culturales<sup>9</sup>, define en el literal (e) del artículo 13 que: “se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales”. En su artículo 18 indica que “toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”. Con tal fin, los Estados Partes se comprometen a “incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo”

En el mismo sentido, el artículo 3 de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad<sup>10</sup>, dispone que es obligación de los estados parte adoptar “medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades tales como (...) la educación”.

Igualmente, sostuvo la sentencia T-170 de 2007, que existen una serie de parámetros normativos recogidos en varios documentos internacionales, que si bien no representan una fuente con efectos vinculantes para los Estados, si constituyen criterios relevantes de interpretación, al cual pueden acudir los jueces con el fin de determinar de manera amplia y suficiente, el contenido y alcance de determinados derechos, como ocurre en este caso con el derecho a la educación de los niños con discapacidad.

(...)

Conforme a todo lo anterior, es claro que las personas con discapacidad no sólo, no pueden ser discriminadas en el acceso a la educación, tal y como esta Corte lo ha señalado en anteriores oportunidades<sup>11</sup>, sino que además las autoridades tienen el deber de tomar medidas específicas para asegurar el goce efectivo de este derecho<sup>12</sup>.

Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en decisiones ulteriores que han establecido que la acción de tutela es viable para amparar el derecho a la educación de estas personas. De esta manera, la Corte ha depurado las siguientes reglas jurisprudenciales reiteradas en la sentencia T-170 de 2007.

“a) la acción de tutela es un mecanismo judicial idóneo para la protección del derecho a la educación de los menores discapacitados. b) la educación especial se concibe como un recurso extremo, esto es, se ordenará a

<sup>9</sup> Aprobado por la Ley 319 de 1996 y declarado exequible por la sentencia C-251 de 1997.

<sup>10</sup> Aprobada por la Ley 762 de 2002 y declarada exequible por la sentencia C-401 de 2003.

<sup>11</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-1134 del 2000 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-620 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-329 de 1997 (MP. Fabio Morón Díaz) y T-429 de 1992 (MP. Ciro Angarita Barón).

<sup>12</sup> El último documento en el escenario internacional relacionado con la materia es la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, la cual fue aprobada el 13 de diciembre de 2006. Naciones Unidas, A/RES/61/106. Sin embargo este instrumento aún no ha sido integrado al ordenamiento jurídico colombiano.

*través de la acción de tutela sólo cuando valoraciones médicas, psicológicas y familiares la consideren como la mejor opción para hacer efectivo el derecho a la educación del menor. c) Si está probada la necesidad de una educación especial, esta no puede ser la excusa para negar el acceso al servicio público educativo. d) En caso de que existan centros educativos especializados y que el menor requiera ese tipo de instrucción, esta no sólo se preferirá sino que se ordenará. e) Ante la imposibilidad de brindar una educación especializada, se ordenará la prestación del servicio público convencional, hasta tanto la familia, la sociedad y el Estado puedan brindar una mejor opción educativa al menor discapacitado.”<sup>13</sup>.*

Este conjunto de disposiciones normativas que proscriben la discriminación contra los discapacitados y ordenan medidas en su favor para que logren una igualdad real y efectiva en el acceso a la educación y permanencia en la misma, encuentran su referente legal en **Capítulo 1 del Título III de la Ley 115 de 1994** o Ley general de Educación<sup>14</sup> y sus desarrollos en el Decreto 2082 de 1996 “Por el cual se reglamenta la atención educativa para personas con limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales”<sup>15</sup>, y la Resolución No 2565 de 2003 “Por la cual se establecen los parámetros y criterios para la prestación del servicio educativo de la población con necesidades educativas especiales”.

En términos generales la Ley 115 de 1994, al regular la Educación para personas con limitaciones o capacidades excepcionales, establece un sistema de integración con el servicio educativo, para lo cual se requiere un lleno de requisitos, dentro de los cuales se encuentran la valoración de que trata el Decreto 2082 de 1996, con el fin de establecer la viabilidad o no de mantener a la persona con la discapacidad o talento excepcional en un centro de educación regular o si por el contrario se justifica que reciba algún tratamiento especial.

**Por su parte la Ley 361 de 1997**, “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación” autoriza al Estado Colombiano en sus instituciones de Educación Pública a garantizar el acceso a la educación y a la capacitación en los niveles primario, secundario,

---

<sup>13</sup> Cfr. Sentencias T-620 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero) y T-826 de 2004 (Rodrigo Uprimny Yepes).

<sup>14</sup> “ARTICULO 46. Integración con el servicio educativo. La educación para personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognoscitivas, emocionales o con capacidades intelectuales excepcionales, es parte integrante del servicio público educativo.

Los establecimientos educativos organizarán directamente o mediante convenio, acciones pedagógicas y terapéuticas que permitan el proceso de integración académica y social de dichos educandos.

El Gobierno Nacional expedirá la reglamentación correspondiente.

ARTICULO 47. Apoyo y fomento. En cumplimiento de lo establecido en los artículos 13 y 68 de la Constitución Política y con sujeción a los planes y programas de desarrollo nacionales y territoriales, el Estado apoyará a las instituciones y fomentará programas y experiencias orientadas a la adecuada atención educativa de aquellas personas a que se refiere el artículo 46 de esta Ley.

Igualmente fomentará programas y experiencias para la formación de docentes idóneos con este mismo fin. El reglamento podrá definir los mecanismos de subsidio a las personas con limitaciones, cuando provengan de familias de escasos recursos económicos.

ARTICULO 48. Aulas especializadas. Los Gobiernos Nacional, y de las entidades territoriales incorporarán en sus planes de desarrollo, programas de apoyo pedagógico que permitan cubrir la atención educativa a las personas con limitaciones.

El Gobierno Nacional dará ayuda especial a las entidades territoriales para establecer aulas de apoyo especializadas en los establecimientos educativos estatales de su jurisdicción que sean necesarios para el adecuado cubrimiento, con el fin de atender, en forma integral, a las personas con limitaciones.”

<sup>15</sup> Diario Oficial, no. 42922 (Noviembre 20 de 1996) p. 5-7

profesional y técnico para las personas con limitación, disponiendo para ello una formación integral dentro del ambiente más apropiado a sus necesidades especiales. Al tenor de esta disposición y en concordancia con lo establecido en la Ley 115 de 1994, nadie podrá ser discriminado por razón de su limitación, para acceder al servicio de educación ya sea en una entidad pública o privada y para cualquier nivel de formación.

(...)

De todo lo anterior, ha establecido esta Corporación, que el derecho constitucional de carácter social a la educación en el caso de las personas con limitaciones de diverso orden, cuenta con un contenido mínimo no susceptible de ser negociado, que se halla definido en la ley y en los actos administrativos respectivos, derivado de la propia Carta constitucional. Este contenido, debe pues, ser protegido y garantizado por las autoridades de un lado permitiendo la realización progresiva de este derecho hasta que las personas puedan gozarlos plenamente<sup>16</sup>. Por este motivo, una vez las autoridades políticas han desarrollado ciertos componentes progresivos de esos derechos prestacionales, se entiende que dichos contenidos quedan incorporados al ámbito constitucionalmente protegido de dicho derecho, por lo que no está dado brindar un tratamiento regresivo a los estándares normativos de protección.<sup>17</sup>

Otra dimensión que adquiere el derecho a la educación, es que además de ser un derecho prestacional de desarrollo progresivo, cuenta con aspectos y componentes que lo configuran como un derecho fundamental de aplicación inmediata, en este caso por la titularidad con la que cuenta la población discapacitada, que a su vez encuentra razones para el reforzamiento en la protección, en tratándose de niños o niñas. Dadas estas circunstancias, como derecho fundamental el derecho a la educación de las personas con discapacidades, además de permitir su protección por medio de la acción de tutela, como lo ha indicado esta Corporación “guarda en estos casos una relación conceptual innegable con el derecho a la igualdad, en la medida en que la condición especial de sus titulares (los limitados físicos, sensoriales y psíquicos)”<sup>18</sup>, implica la obligación del estado de articular medidas especiales de protección.<sup>19</sup>

La jurisprudencia de esta Corporación ha promovido igualmente la aplicación de las normas constitucionales y legales que reconocen la protección especial que el Estado debe brindar a las personas discapacitadas y ha garantizado su acceso, en igualdad de condiciones, al espacio público y a las instalaciones y edificios abiertos al público. En efecto, la Corte privilegió la accesibilidad a instalaciones y edificios a personas con limitaciones de locomoción, por ejemplo la sentencia T-1639 de 2000, cuando resolvió amparar el derecho fundamental invocado por los accionantes, quienes se desplazaban en silla de ruedas y solicitaban la protección especial del Estado para acceder en

---

<sup>16</sup> Ver al respecto, entre otras, las sentencias, y C-1489 de 2000 (Alejandro Martínez Caballero), y C-251 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

<sup>17</sup> T-170 de 2007.

<sup>18</sup> Cfr. Sentencia T-826 de 2004 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes)

<sup>19</sup> T-170 de 2007.M.P. Jaime Córdoba Triviño.

condiciones de igualdad a las aulas de clases en la universidad.<sup>20</sup> En aquella ocasión señaló la Corte:

(...)

Así pues, la anterior línea jurisprudencial expresada en síntesis es la siguiente para la Corte las personas con limitaciones psíquicas y físico sociales (i) gozan de la especial protección del Estado; (ii) son titulares de los derechos fundamentales a la educación y a la igualdad, en los componentes prestacionales reconocidos y determinados por el Estado en el marco de su política pública de educación; quiere decir que (iii) estas personas pueden reclamar directamente los contenidos fundamentales del derecho a la educación que derivan directamente de la Carta por vía de la acción de tutela.

Lo anterior implica el deber correlativo de las entidades estatales de (i) garantizar la disponibilidad, el acceso, la permanencia y la calidad en la prestación del servicio de educación<sup>21</sup>, los cuales deben suministrarse en condiciones de igualdad, y bajo la consideración de las condiciones especiales de las personas afectadas con dichas limitaciones, de tal forma que (ii) sus procesos de aprendizaje y socialización sean lo más parecido posible a los de cualquiera de los educandos que carecen de alguna discapacidad.” (Destacado y subrayado fuera de texto).

Los criterios de interpretación antes mencionados, en lo pertinente también han sido aplicados por la Corte Constitucional, frente al derecho a la educación de las personas mayores de edad que tienen alguna discapacidad, aunque se ha precisado que el factor objetivo en virtud del cual se garantiza un margen de protección reforzado, es el hecho de la disminución mental, física, sensorial o cognitiva que se padece y no la edad. Sobre el particular podemos apreciar las siguientes consideraciones de la sentencia T-515 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

“4.2 Ahora bien, en reiterada jurisprudencia la Corte ha establecido que el criterio relativo a la edad resulta irrelevante para determinar si una persona con discapacidad es titular del derecho fundamental a la educación. Así, por ejemplo, en la sentencia T-920 de 2000, luego de concluir que todas las personas con discapacidad son sujetos de especial protección constitucional que requieren atención y cuidados prioritarios por parte de la sociedad y el Estado, la Corporación precisó:

---

<sup>20</sup> En el mismo sentencio la sentencia T- 276 de 2003.

<sup>21</sup> Estos criterios fueron definidos como componentes del derecho a la educación por parte de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación en “*Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe Preliminar de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la Educación*” presentado de conformidad con la Resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos. 13 de enero de 1999. E/CN.4/1999/49. Párrafo 42. Desde que fueron definidos, estos criterios han sido utilizados por esta corporación en abundante jurisprudencia como criterios de interpretación en los temas relacionados con el derecho a la educación.

"Dentro del grupo de pacientes en cuyo nombre se instauraron las tutelas acumuladas en este expediente se encuentran dos personas mayores de edad. (...) El primero tiene 34 años, mientras que el segundo alcanza los 20 años. La pregunta que cabe hacerse con respecto a los dos es si a ellos se les aplican los planteamientos y órdenes que han sido expuestos. La Sala considera que sí. Si bien estos dos pacientes son ya personas mayores de edad, la grave discapacidad que los aqueja los hace asimilables a los menores de edad. En realidad, aun cuando la edad biológica de estas dos personas los hace mayores, de acuerdo con los médicos tratantes, su edad mental corresponde a la de un niño menor, en razón de la parálisis cerebral y el retardo mental que padecen.

La protección especial que merecen los menores obedece fundamentalmente al afán del constituyente de garantizar derechos y oportunidades a un grupo poblacional que se encuentra, por sus propias condiciones personales, en circunstancias de debilidad manifiesta y que está "impedido para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables".<sup>22</sup> Pues bien, **si es esta circunstancia de debilidad manifiesta la que sustenta la protección especial que se debe brindar a los niños, ella misma debe servir de criterio para determinar la protección especial a sectores poblacionales que, pese a haber superado la edad jurídica de la minoría de edad, objetivamente comparten las mismas características de aquellas personas definidas por el derecho como menores de edad.**" (Subraya y negrilla fuera del texto original).

4.3 Siguiendo esta línea jurisprudencial, en la sentencia T-826 de 2004, la Corte identificó las razones por las cuales la efectividad del derecho a la educación de las personas con discapacidad no depende de su edad; razones que, por su alcance y relevancia, constituyen criterios para admitir la procedencia y prosperidad de la acción de tutela en estos casos: (i) **los términos de la protección conferida por la Constitución a las personas con discapacidad, no está mediada por la edad, el sexo o cualquier otro criterio de distinción, pues "la Constitución reconoce el deber de protección para las personas con discapacidad en términos genéricos y categóricos"**<sup>23</sup>; y (ii) el derecho fundamental a la educación de las personas con limitaciones guarda una relación directa con sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad<sup>24</sup>, si se tiene que **"la instrucción escolar en estos casos no está únicamente relacionada con el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes de la cultura",** sino que de ella depende su integración a la sociedad, el

<sup>22</sup> Ver, por ejemplo, la sentencia C-185 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>23</sup> En términos de la citada sentencia: "(...) en el caso de las personas con limitaciones psíquicas y físico sociales, el derecho fundamental a la educación se extiende aun mas allá del término definido por la Constitución y las leyes como el límite de la minoría de edad. Tres consideraciones llevan a la Corte a establecer esta conclusión. La primera de ellas está relacionada con los términos en que están definidos los limitados psíquicos, físicos y sensoriales como sujetos de especial protección constitucional. En efecto, la voluntad del Constituyente, en los términos de los artículos 47 y 68 inciso final, no está mediada por una delimitación del deber de protección en función de la edad, del sexo o de cualquier otra circunstancia. La Constitución reconoce el deber de protección para las personas con discapacidad en términos genéricos y categóricos." (Subraya fuera del texto original).

<sup>24</sup> Sobre la relación entre los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la educación de las personas con discapacidad, véase la sentencia T-984 de 2007.

**afianzamiento de su autonomía personal y la adquisición de habilidades y competencias que garanticen su autosuficiencia económica.**

4.4 Ahora bien, es preciso tener en cuenta que el precedente jurisprudencial expuesto ha sido aplicado, de manera general, en **los casos en que personas con discapacidad mental requieren la prestación del servicio de educación ordinaria o especial**. En estas oportunidades, la Corte ha sostenido que la edad mental de estas personas es asimilable a la de los menores de edad, razón por la cual éstos requieren el mismo nivel de protección y consideración que aquellos. Sin embargo, si estima que la discapacidad mental, física, sensorial o cognitiva es igualmente lesiva respecto de las posibilidades de desarrollo integral de quien la padece, se debe concluir que el criterio relativo a la minoría de edad como límite a la protección constitucional debida en sede de tutela, también es irrelevante cuando se trata de personas cuya discapacidad no es mental o psíquica.

Así, las personas con discapacidad mental, física, sensorial o cognitiva son titulares del derecho fundamental a la educación, sin tener en cuenta ningún límite temporal relacionado con la edad. Esta conclusión se deriva de las disposiciones constitucionales que desarrollan la materia, de su condición de sujetos de especial protección, de la relación que existe entre el derecho a la educación y los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la dignidad humana y, de la necesidad de garantizar por todos los medios su integración a la sociedad en todos los ámbitos.” (El destacado es nuestro).

## **2º Del Principio de progresividad y la prohibición de regresividad en derechos con contenido prestacional.**

La educación en el caso de autos constituye uno de los derechos cuya protección y garantía solicitan los accionantes mediante la acción objeto de estudio, en tanto consideran que constituye una medida regresiva del margen de protección brindado a este derecho, que se les ofrezca a sus hijos ingresar a instituciones oficiales regulares, cuando estaban siendo atendidos por un centro especializado en personas con discapacidades.

Con el fin de establecer si las entidades accionadas han amenazado o vulnerado el derecho a la educación, que por su naturaleza es de carácter prestacional, estima la Sala necesario tener en cuenta los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-508 de 2008, M.P. Jaime Cóboda Triviño, a propósito del principio de progresividad y la prohibición de regresividad en derechos con contenido prestacional.

La Constitución Colombiana consagra un catálogo amplio de derechos sociales, pero somete la actuación del Estado en esta materia, al llamado principio de progresividad. En este sentido, la Constitución admite que la satisfacción plena de los derechos sociales exige una inversión considerable de recursos públicos con los cuales el Estado no cuenta de manera inmediata. Por ello, dada la escasez de recursos, la satisfacción de los derechos sociales está sometida a una cierta “gradualidad progresiva”. En este sentido, la Corte Constitucional, siguiendo el derecho internacional, ha entendido que, en general, la obligación del Estado en materia de derechos sociales, es la de adoptar medidas, “hasta el máximo de los recursos posibles”, para lograr progresivamente la plena efectividad de tales derechos<sup>25</sup>.

En efecto, a la hora de interpretar las obligaciones constitucionales del Estado en materia de derechos sociales, la Corte ha encontrado aplicable lo dispuesto en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales según el cual, “(c)ada uno de los Estados Partes (...) se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, *para lograr progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”<sup>26</sup>.

Sobre esta obligación, en su Observación General N° 3, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señaló:

“9. La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. (...) Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán

<sup>25</sup> Salvo que se trate de los derechos sociales fundamentales, como, por ejemplo, el derecho de los menores a la educación básica gratuita.

<sup>26</sup> En el mismo sentido se expresa el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando sostiene: “Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, *para lograr progresivamente* la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.” (pár. 9) (Subraya fuera de original).

En suma, del **principio de progresividad** (la obligación de moverse lo más rápidamente posible hacia la meta) se deriva la **prohibición de regresividad** (las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente). Así, el Estado se encuentra obligado a aumentar progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos<sup>27</sup>. Como se verá, uno de tales avances es la inversión de recursos para la satisfacción del derecho, especialmente si existe una deficiente prestación del mismo por insuficiente cobertura, baja calidad o adaptabilidad.

La prohibición de regresividad ha sido explicada en múltiples decisiones de esta Corte. En algunas de ellas la Corte se ha referido a la prohibición de regresividad por la disminución del radio de protección de un derecho social. En otras, se ha referido a la violación de esta garantía constitucional, por la disminución de los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho social<sup>28</sup> o el aumento significativo del costo para la persona de escasos recursos que está en proceso de acceder al derecho<sup>29</sup>. En otro tipo de decisiones la Corte ha reiterado la aplicación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad cuando seg esté frente a sectores especialmente vulnerables de la población<sup>30</sup>.

Como lo ha señalado la Corte, cuando una norma retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social, inmediatamente debe presumirse inconstitucional. Sin embargo, esta presunción admite, prueba en contrario. En este sentido la Corte ha señalado que la prohibición de regresividad es apenas una prohibición *prima facie* y no absoluta<sup>31</sup>. Lo anterior significa que cuando el Estado ha obtenido un mayor nivel de satisfacción de derechos sociales, la decisión política de disminuir el alcance de la protección debe contar con una justificación suficiente para superar la prohibición de regresividad. Al respecto la Corte ha señalado:

“(U)na vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas

---

<sup>27</sup> CFr. Sentencia C-038 de 2004.

<sup>28</sup> Sentencia C-1165 de 2000.

<sup>29</sup> Cf. Sentencia T-1318 de 2005.

<sup>30</sup> Así por ejemplo, en la sentencia T-025 de 2004, sobre los derechos de la población víctima de desplazamiento forzado por la violencia, la Corte indicó que los derechos sociales, económicos y culturales consagrados en la Constitución imponían al Estado, el “deber de abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos”.

<sup>31</sup> En este sentido Cfr. sentencias C-671 de 2002, C-789 de 2002, C-931 de 2004, T-1318 de 2005, entre otras.

razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”.<sup>32</sup>

Como ya lo ha explicado esta Corte, cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja<sup>33</sup>.

**En todo caso, la Corte ha considerado que el juicio debe ser particularmente estricto cuando la medida regresiva afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad.** A este respecto la Corte ha señalado: “si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición *prima facie* se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional”<sup>34</sup>.

Una medida se entiende regresiva, al menos, en los siguientes eventos: (1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho<sup>35</sup>; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho<sup>36</sup>; (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho. En este último caso la medida será regresiva siempre que la disminución en la inversión de recursos se produzca antes de verificado el cumplimiento satisfactorio de la respectiva prestación (por ejemplo, cuando se han satisfecho las necesidades en materia de accesibilidad, calidad y adaptabilidad)<sup>37</sup>. Frente a esta última hipótesis, es relevante recordar que tanto la Corte Constitucional como el Comité DESC han considerado de manera expresa, que la reducción o desviación efectiva de recursos destinados a la satisfacción de un derecho social cuando no se han satisfecho los estándares exigidos, vulnera, al menos en principio, la prohibición de regresividad<sup>38</sup>. (Subrayado y destacado fuera de texto).

### **3° Del efecto inter communis en las sentencias de tutela.**

La Corte Constitucional en diversas oportunidades, ha establecido que si bien es

---

<sup>32</sup> Sentencia C-671 de 2002.

<sup>33</sup> Cfr. Sentencias C-1064 de 2001 C-671 de 2002, C-931 de 2004.

<sup>34</sup> Sentencia C-991 de 2004. En el mismo sentido T-025 de 2004.

<sup>35</sup> Cfr, entre otras, C-038 de 2004.

<sup>36</sup> En este sentido Cfr. La sentencia C-789 de 2002, a través de la cual la Corte aplicó la prohibición de regresividad a una ley que aumentaba los requisitos para acceder a la pensión.

<sup>37</sup> En este sentido, el Comité DESC ha indicado que la reducción o desviación efectiva, de los recursos destinados a la satisfacción de un derecho social será, en principio, una medida regresiva Ver, por ejemplo, Observaciones Finales Ucrania E/2002/22 párrafo 498. Sobre el mismo tema respecto del derecho a la educación Cfr. párrafos 500 y 513.

<sup>38</sup> Ibídem.

cierto los efectos de las sentencias de tutela por regla general son inter partes, en algunos casos es necesario extender los mismos a otras personas que no concurrieron al proceso, pero que se encuentran en la misma situación jurídica y fáctica de las partes, y que verían afectados sus derechos fundamentales si el amparo solicitado únicamente se concede a los accionantes.

Este tipo de efecto se ha denominado *inter communis*, por cuanto no sólo cobija a las partes del proceso, sino a un conglomerado de personas que tiene las mismas condiciones de las partes procesales, y que resultarían afectados de no ser tenidos cuenta en la referida providencia.

Sobre el particular, podemos apreciar el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional, en el que se destaca la necesidad de verificar la existencia de condiciones comunes, para extender los efectos de un fallo a personas que no fueron parte del mismo.

“La Corte Constitucional ha admitido excepcionalmente, la extensión de los efectos de los fallos de tutela a los no tutelantes, con el fin de cumplir su misión de garantizar la integridad y la supremacía de la Constitución Política y proteger los derechos constitucionales fundamentales, en particular el derecho a la igualdad.

En la sentencia SU-1023 de 2001, decidió que sus órdenes debían tener efectos “*inter communis*” con el fin de proteger los derechos de todos los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., hubieran o no presentado acción de tutela, **por considerar que al conceder el amparo exclusivamente en beneficio de los tutelantes, sin considerar los efectos que tal decisión tendría frente a quienes no habían interpuesto la acción de tutela, podría implicar la vulneración de otros derechos fundamentales.**

*“Existen circunstancias espacialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercuta, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.”*

**“En otras palabras, hay eventos excepcionales en los cuales los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado.**

(..)

En conclusión, en casos excepcionales<sup>39</sup> la Corte Constitucional ha admitido que los efectos de las sentencias de tutela proferidas en el trámite de revisión de los fallos de instancia, se extiendan a personas que no han instaurado la acción respectiva.”<sup>40</sup>

#### **4° Análisis del caso en concreto.**

##### **4.1. Problemas a resolver.**

En síntesis, los accionantes consideran que la interrupción intempestiva del servicio de educación especial que venían recibiendo sus hijos, y la opción que se les brinda a éstos de ser incluidos en instituciones educativas oficiales que no están preparadas para brindarles la atención especializada que requieren, constituye una medida regresiva que vulnera sus derechos a la educación, igualdad material y libre desarrollo de la personalidad.

El Tribunal Administrativo de Nariño considerando que los derechos antes señalados estaban amenazados, le ordenó los Ministerios de Educación Nacional y Hacienda y Crédito Público y al Municipio de Pasto, que adelantaran los trámites correspondientes para garantizar la prestación del servicio de educación especial que requieren los hijos de los petentes, bien sea con las personas jurídicas con quienes se había contratado o subcontratado el mismo, o con quienes reúnan los requisitos para tal efecto, hasta tanto se garantice la inclusión efectiva y acorde con sus limitaciones, en las escuelas y colegios oficiales regulares.

De otro lado, negó el amparo solicitado respecto de los accionantes que no acreditaron la condición que invocaron para interponer la acción de tutela.

---

<sup>39</sup> Ver sentencias T-203/02; SU 1023 de 2001;

<sup>40</sup> T-451 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Por su parte, las entidades accionadas impugnan el fallo del Tribunal Administrativo de Nariño por las siguientes razones:

1. La acción de tutela es improcedente ante la existencia de la acción de nulidad, mediante la cual los actores pueden controvertir los actos administrativos en virtud de los cuales se ordena la inclusión de sus hijos en las instituciones de las entidades territoriales certificadas, especialmente el Decreto 366 de 2009.
2. Las entidades del orden nacional demandadas, no son las llamadas a cumplir la orden proferida por el Tribunal, en tanto la prestación y financiación del servicio educativo es de responsabilidad exclusiva de las entidades territoriales, particularmente, del Municipio de Pasto.
3. La Secretaría de Educación del mencionado Municipio ha actuado de conformidad con las directrices del Ministerio de Educación Nacional, que con el fin de promover la inclusión de las personas discapacitadas en los diferentes grados de educación formal, le solicitó realizar un estudio de insuficiencia, el cual demostró que la oferta existente alcanza cubrir la demanda de la prestación del servicio educativo, motivo por el cual no puede contratarse éste como lo venía haciendo a favor de los hijos de los accionante, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2355 de 2009.

A partir de los argumentos expuestos por el juez de primera instancia y por las partes, estima la Sala que alrededor de la controversia planteada pueden plantearse los siguientes problemas jurídicos:

1. Si la acción de simple nulidad como lo afirma el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es un mecanismo idóneo y eficaz de defensa que haría improcedente la acción de tutela.
2. Si la interrupción del servicio educativo especial que recibían los hijos de los accionantes vulnera o amenaza los derechos fundamentales invocados, aunque se les ofrece continuar sus estudios en instituciones oficiales regulares, y ante la presunta imposibilidad del Municipio de Pasto contratar la prestación de éste servicio, por cuanto no existe insuficiencia en la oferta del mismo.

3. En caso que se establezca que los derechos fundamentales invocados se encuentran amenazados, cuáles son las autoridades llamadas a garantizar éstos.

A continuación la Sala resolverá en el orden expuesto los problemas jurídicos planteados:

#### **4.1.1. Sobre la procedibilidad de la acción de tutela.**

Considera el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que los accionantes tienen a disposición la acción de nulidad para controvertir los actos administrativos en virtud de los cuales se ordena la inclusión de sus hijos en las instituciones de las entidades territoriales certificadas, en especial el Decreto 366 de 2009.

Sobre el particular vale la pena recordar que para predicar la improcedencia de la acción de tutela por la existencia de otro mecanismo judicial de defensa, éste debe ser idóneo y eficaz para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, esto es, que a través del mismo materialmente se pueda prevenir o superar las circunstancias que amenazan o atentan contra dichos derechos, y a su vez garantizar las condiciones necesarias para su disfrute.

Además, es preciso reiterar que en cada caso debe analizarse si resulta o no desproporcionada la exigencia de acudir a otro mecanismo judicial de defensa distinto a la acción de tutela, cuando las personas afectadas se encuentran en una situación de vulnerabilidad en virtud de la cual requieren medidas urgentes de protección que sólo pueden ser brindadas de forma inmediata y expedita por la acción constitucional, so pena de agravar la situación de amenaza o vulneración de los derechos fundamentales.

Sobre el particular podemos apreciar el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional:

“La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son

conducentes para conferir una eficaz protección constitucional.<sup>41</sup> Es por ello que, quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales debe haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto.<sup>42</sup> Sin embargo, la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela,<sup>43</sup> porque el medio judicial debe ser idóneo y eficaz para la defensa de los derechos fundamentales.<sup>44</sup>

En este sentido, si el juez constitucional observa que el otro medio de defensa no resulta conducente para la protección efectiva de los derechos invocados, el fallador puede válidamente garantizar la protección preeminente y efectiva de los derechos fundamentales, admitiendo la procedencia en estas circunstancias, de la acción de tutela. Al respecto en la sentencia T-580 de 2006<sup>45</sup> se indicó:

“La aptitud del medio judicial alternativo, podrá acreditarse o desvirtuarse en estos casos, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes aspectos<sup>46</sup>: i) el **objeto de la opción judicial alternativa** y ii) el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial.<sup>47</sup> El juez constitucional deberá observar, en consecuencia, si las otras acciones legales traen como resultado el restablecimiento pleno y oportuno de los derechos fundamentales vulnerados en la situación puesta en su conocimiento, evento en el que, de resultar afirmativa la apreciación, la tutela resultará en principio improcedente. A contrario sensu, si el juez determina que el mecanismo de defensa judicial aparentemente preeminente no es idóneo para restablecer los derechos fundamentales vulnerados, la tutela puede llegar a ser procedente.”<sup>48</sup> (Destacado fuera de texto).

En el caso de autos estima la Sala que la acción de nulidad no es un mecanismo idóneo y eficaz de defensa para la protección de los derechos fundamentales invocados, porque el objeto de la misma es preservar en abstracto la legalidad del ordenamiento jurídico, y no brindar medidas de protección para las personas que pueden resultar afectadas por los actos controvertidos.

Añádase a lo expuesto, que en el presente caso están involucrados los derechos de los niños y las personas mayores de edad que tienen alguna discapacidad, motivo por el cual no puede desconocerse que el ordenamiento jurídico, en especial el constitucional, les otorga éstos un margen de protección reforzado en

---

<sup>41</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-803 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>42</sup> Corte Constitucional. Ver Sentencias T-441 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-742 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas y T-606 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

<sup>43</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-972 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>44</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-626 de 2000; T-585 de 2002; T-315 de 2000; T-972 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-822 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

<sup>45</sup> Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>46</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-822 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>47</sup> La sentencia T-569 de 1992. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein, refiriéndose a la procedencia de la tutela frente a otras acciones, estableció: “De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

<sup>48</sup> Sentencia T-367 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

virtud de la condición de vulnerabilidad en que se encuentran, por lo que de forma reiterada se ha considerado que la acción de tutela por su naturaleza expedita y excepcional es el mecanismo idóneo y eficaz de protección, particularmente cuando se trata de la protección y garantía del derecho a la educación, y de aquellos que están íntimamente relacionados como la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, en los términos expuestos en el numeral 1º de la parte motiva de esta providencia.

Por lo tanto, estima la Sala que la acción de tutela en el asunto objeto de estudio constituye por excelencia el mecanismo judicial idóneo y eficaz de protección, para establecer si los derechos de los hijos de los accionantes se encuentran o no amenazados.

#### **4.1.2. Sobre la garantía del derecho a la educación de las personas discapacitadas en el caso de autos.**

Para establecer si la interrupción del servicio educativo especial que recibían los hijos de los accionantes vulnera o amenaza los derechos fundamentales invocados, aunque se les ofrece continuar sus estudios en instituciones oficiales regulares, ante la presunta imposibilidad del Municipio de Pasto para contratar la prestación de éste servicio, estima la Sala que deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

##### **A. Lo probado en el proceso.**

De acuerdo al informe rendido por el Centro Educativo Profesa (Fls. 971-972) y la Caja de Compensación Familiar de Nariño (Fls. 607-608), estas entidades desde el año 2007 han sido contratadas por el Municipio de Pasto para la prestación del servicio educativo a la población vulnerable con discapacidad.

En el año 2010 el Municipio de Pasto le informó a los padres cuyos hijos recibían la prestación de dicho servicio en el Centro Educativo Profesa, que de acuerdo a lo establecido en el Decreto 366 de 2009 y a las directrices del Ministerio de Educación Nacional, sus hijos serían incluidos en los diferentes grados de educación formal, porque de acuerdo al estudio realizado por la Secretaría de Educación Municipal, actualmente no existe insuficiencia en la oferta para prestar

el servicio educativo, motivo por el cual no se autorizará contratar el mismo con otras entidades estatales o particulares (Fl. 31-32).

Aunque según el estudio de insuficiencia de año lectivo 2009-2010, elaborado por la Secretaría Municipal de Pasto (Fls. 695-708), se determina que no hay insuficiencia para prestar el servicio educativo, también concluye respecto de las necesidades educativas de la población con discapacidad lo siguiente:

**"En el caso de la población con necesidades educativas especiales, las metodologías para atención de esta población constituye el elemento sustantivo de vinculación para satisfacer la demanda de este tipo de población. A pesar de existir una política de inclusión y haberse expedido el Decreto 366 de 2009, que reglamenta la organización del servicio de apoyo pedagógico para la atención de los estudiantes con discapacidad y con capacidades y talentos excepcionales, dada la complejidad de esta población se concluye que es un proceso de cualificación docente y reorganización institucional el que nos permite realizar una efectiva inclusión, por lo cual los estudiantes que después de la caracterización no puedan incluirse en el sistema educativo oficial se garantizará la continuidad de la prestación del servicio a través de los dos operadores que han venido prestado el servicio educativo."**

(Destacado y subrayado fuera de texto).

En concordancia con la conclusión a la que llegó la Secretaría de Educación del Municipio de Pasto en el estudio antes señalado, a propósito de la educación que requieren las personas con discapacidad, los accionantes indican que las instituciones educativas oficiales regulares y sus docentes, no están preparados para brindarle a sus hijos la atención especial que requieren en virtud de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra (Fls. 2-11).

Como lo indicó el A quo en la sentencia controvertida, las entidades demandadas y especialmente el Municipio de Pasto, no acreditan que sus docentes están debidamente capacitados para atender a los educandos que recibían atención especializada en el Centro Educativo Profesa, y mucho menos, que cuenta con la infraestructura necesaria para atender a los mismos.

## **B. Del Decreto 366 de 2009.**

La parte accionada invoca en defensa de sus intereses el Decreto 366 de 2009, para sustentar que las entidades territoriales deben promover la inclusión de las personas discapacitadas al servicio educativo, y por ende, que deben desde sus instituciones ofertar el mismo, sin embargo, omite señalar que dicha norma

establece algunas condiciones que se deben cumplir para prestar dicho servicio a este sector vulnerable de la población, en virtud de la protección reforzada que constitucionalmente le es reconocida.

Por ejemplo, en los artículos 4 a 8 del mencionado decreto, se indica que los establecimientos educativos deben contar con personal especializado para cada tipo de discapacidad, con el fin atender a estudiantes sordos usuarios de lengua de señas colombiana, sordos usuarios de lengua castellana, con discapacidad cognitiva, motora y autismo, ciegos, con baja visión y sordociegos, a quienes deben suministrarles las ayudas técnicas que requieran, verbigracia, el sistema de lectura y escritura Braille y demás áreas tiflológicas.

La mencionada norma llega a tal nivel de especificidad, que establece el número de docentes especializados, en proporción a los educandos que tiene cada institución, e inclusive, al tipo de discapacidad que éstos padecen (artículo 9).

Por lo tanto, si bien es cierto mediante la norma objeto de análisis se propende que las personas discapacitadas progresivamente se integren al sistema educativo regular, y particularmente al oficial, también lo es que en tal proceso se busca de forma primordial garantizar que estos educandos reciban el tratamiento especializado a que tienen derecho, para que en condiciones de igualdad material y no meramente formal, pueda predicarse que están participando en la vida social, y que no están siendo discriminados negativamente por su condición.

### **C. Desconocimiento del principio de progresividad y la prohibición de regresividad en el caso de autos.**

Teniendo en cuenta los aspectos antes señalados, en criterio de la Sala cuando el Municipio de Pasto decide no seguir contratando el servicio de educación especial con la Caja de Compensación Familiar de Nariño, que a su vez subcontrata con el Centro Educativo Profesa, y le informa a los accionantes que sus hijos podrán matricularse en los establecimientos oficiales regulares, pero no acredita dentro de este proceso que los mismos cuentan con la infraestructura, el recurso humano y físico que se requiere para brindarle la atención especializada a que tienen derecho como sujetos especial de protección, incurre en la prohibición de regresividad del nivel de satisfacción del derecho a la educación, que tratándose de personas discapacitadas está íntimamente ligado con los derechos a la

igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, como se expuso en el numeral 1° de la motiva de esta providencia.

Lo anterior, porque los niños y las personas mayores de edad que adelantaban sus estudios en el Centro Educativo Profesa, pasarán de una institución que les brindaba la atención especial que requieren, a otra u otras que no están preparadas para prestarles el servicio educativo en las mismas condiciones, en tanto no cuentan con la infraestructura y el recurso humano necesario para que puedan posicionar a los estudiantes con discapacidades al nivel de aquellos que no las padecen, exponiendo a aquéllos a ser discriminados negativamente, e incluso, interrumpiendo o menoscabando el proceso de inclusión social que se venían adelantado.

La medida adoptada por el Municipio de Pasto retrocede en el nivel de satisfacción del derecho a la educación que se venían brindando a los hijos de los accionantes desde el año 2007, lo que a su vez tiene repercusiones directas sobre los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, porque se suprimirán varias de las medidas de diferenciación positiva que se les había otorgado por su condición de discapacitados, contarán con menos elementos o capacidades para integrarse a la sociedad, afianzar su autonomía personal y adquirir habilidades y competencias que garanticen su autosuficiencia.

Ahora bien, frente al retroceso en el nivel de satisfacción del derecho a la educación, que se presume constitucional como se expuso el numeral 2° de la parte motiva de esta providencia, el Municipio Pasto arguye que actualmente no se reporta insuficiencia en la oferta del servicio de educación, motivo por el cual no puede contratar el mismo de conformidad con el Decreto 2355 de 2009.

Sobre el particular en primer lugar se reitera, que si bien pueden existir suficientes cupos en las instituciones de carácter oficial del Municipio de Pasto para prestar el servicio educativo a los hijos de los accionantes, no se evidencia que éstas se encuentren en condiciones de brindarles la protección reforzada reconocida por los artículos 44, 47, 67 y 68 de la Constitución, la cual *prima facie* se debe garantizar so pena de desconocer el carácter prevalente de la Carta Política como norma de normas.

De otro lado es necesario precisar, que el Decreto 2355 de 2009 desarrolla algunos artículos de la Ley 715 de 2001, entre los cuales se destaca el 27 que establece:

**"ARTÍCULO 27. PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO.**

<Inciso modificado y adicionado modificado por el artículo 1 de la Ley 1294 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:>

Prestación del Servicio Educativo: Los Departamentos, Distritos y Municipios certificados, prestarán el servicio público de la educación a través del Sistema Educativo Oficial.

Solamente en donde se demuestre **insuficiencia o limitaciones en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial** podrá contratarse la prestación del servicio educativo con entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares cuando no sean suficientes las anteriores, que cuenten con una reconocida trayectoria e idoneidad, sin detrimento de velar por la cobertura e infraestructura en los servicios educativos estatales. El valor de la prestación del servicio financiado con recursos del sistema general de participaciones no puede ser superior a la asignación por estudiante, definido por la Nación. Cuando el valor sea superior, el excedente se pagará con recursos propios de la entidad territorial, con las restricciones señaladas en la presente ley.

Cuando con cargo a recursos propios la prestación del servicio sea contratada con entidades no estatales, la entidad territorial deberá garantizar la atención de al menos el ciclo completo de estudiantes de educación básica.

La Educación Misional Contratada y otras modalidades de educación que venían financiándose con recursos del Situado Fiscal, y las participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación se podrán continuar financiando con los recursos del Sistema General de Participaciones.” (Destacado fuera de texto).

Según la norma transcrita, son dos los eventos en los cuales las entidades territoriales pueden contratar con otras entidades estatales o particulares el servicio de educación, la primera cuando se reporta insuficiencia, y la segunda cuando existen *limitaciones en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial.*

En ese orden de ideas se estima que el Municipio de Pasto se encuentra en el segundo de los eventos previstos por el artículo 27 de la Ley 751 de 2000 para contratar el servicio educativo a favor de las personas discapacitadas, motivo por el cual considera la Sala, que el condicionamiento previsto por el Decreto Reglamentario 2355 de 2009, no puede ser interpretado en desconocimiento de la protección reforzada que la Constitución reconoce a favor de los hijos de los accionantes.

En conclusión, la Sala no advierte razones de entidad constitucional que justifiquen en el caso de autos el retroceso del nivel de satisfacción del derecho a la educación de los hijos de los tutelistas, motivo por el cual confirmará con las siguientes precisiones la sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño que accedió al amparo solicitado.

#### **4.1.3. De la autoridad responsable de garantizar el derecho a la educación en el caso de autos.**

El Tribunal Administrativo de Nariño determinó que los ministerios accionados y el Municipio de Pasto deben garantizar el derecho a la educación en el caso de autos, sin embargo, la Sala estima que aquéllos carecen de legitimidad en la causa por pasiva, en tanto no son los responsables de prestar o financiar el servicio de educación en las entidades territoriales.

En efecto, de conformidad con los artículos 5 de la Ley 60 de 1993, y 5.3 de la Ley 715 de 2001<sup>49</sup>, la Nación es responsable de “impulsar, coordinar, financiar, cofinanciar y evaluar programas, planes y proyectos de inversión **de orden nacional** en materia de educación”, por cuanto en el orden territorial tal obligación está en cabeza de los municipios, departamentos o distritos según el caso, como claramente lo establecen los artículos 2 a 4 de la Ley 60 de 1993, y las normas concordantes de la Ley 715 de 2001, entre las cuales para el caso de autos se destaca el artículo 7, numeral 7.2 que prescribe:

---

<sup>49</sup> “Ley 60 de 1993.- ARTÍCULO 5o. Competencias de la Nación. En relación con las materias de carácter social, corresponde a la Nación, a través de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás organismos y autoridades de la administración central o de las entidades descentralizadas del orden nacional, conforme a las disposiciones legales sobre la materia:

-*Impulsar, coordinar y financiar campañas y programas nacionales en materia educativa y de salud.*.” (Resaltado fuera de texto).

“ Ley 715 de 2001.- ARTÍCULO 5o. Competencias de la Nación en materia de educación. Sin perjuicio de las establecidas en otras normas legales, corresponde a la Nación ejercer las siguientes competencias relacionadas con la prestación del servicio público de la educación en sus niveles preescolar, básico y medio, en el área urbana y rural:

5.3. *Impulsar, coordinar, financiar, cofinanciar y evaluar programas, planes y proyectos de inversión de orden nacional en materia de educación, con recursos diferentes de los del Sistema General de Participaciones. Con estos recursos no se podrá pagar personal de administración, directivo, docente o administrativo.*” (Resaltado fuera de texto).

**“ARTÍCULO 7o. COMPETENCIAS DE LOS DISTRITOS Y LOS MUNICIPIOS CERTIFICADOS.**

7.2. Administrar y distribuir entre los establecimientos educativos de su jurisdicción los recursos financieros provenientes del Sistema General de Participaciones, destinados a la prestación de los servicios educativos a cargo del Estado, atendiendo los criterios establecidos en la presente ley y en el reglamento.”

En consonancia con lo anterior, el parágrafo 1º del artículo 15 de dicha Ley prevé, que los municipios con los recursos del Sistema General de Participaciones,, pueden contratar la prestación del servicio de educación, en los términos del artículo 27 del mismo estatuto que consagra:

**“ARTÍCULO 27. PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO.**

*<Inciso modificado y adicionado modificado por el artículo 1 de la Ley 1294 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:>*

*Prestación del Servicio Educativo: Los Departamentos, Distritos y Municipios certificados, prestarán el servicio público de la educación a través del Sistema Educativo Oficial.*

Solamente en donde se demuestre insuficiencia o **limitaciones en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial** podrá contratarse la prestación del servicio educativo **con entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares cuando no sean suficientes las anteriores**, que cuenten con una reconocida trayectoria e idoneidad, sin detrimento de velar por la cobertura e infraestructura en los servicios educativos estatales. *El valor de la prestación del servicio financiado con recursos del sistema general de participaciones no puede ser superior a la asignación por estudiante, definido por la Nación. **Cuando el valor sea superior, el excedente se pagará con recursos propios de la entidad territorial, con las restricciones señaladas en la presente ley.***

**Cuando con cargo a recursos propios la prestación del servicio sea contratada con entidades no estatales, la entidad territorial deberá garantizar la atención de al menos el ciclo completo de estudiantes de educación básica.**

*La Educación Misional Contratada y otras modalidades de educación que venían financiándose con recursos del Situado Fiscal, y las participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación se podrán continuar financiando con los recursos del Sistema General de Participaciones.*

**Cuando con cargo al Sistema General de Participaciones los municipios o distritos contraten la prestación del servicio educativo con entidades no estatales, el valor de la prestación del servicio financiado con estos recursos del sistema no podrá ser superior a la asignación por alumno definido por la Nación. Cuando el valor sea superior, el excedente se pagará con recursos propios de la entidad territorial, con las restricciones señaladas en la presente ley.**

**Cuando con cargo a recursos propios la prestación del servicio sea contratada con entidades no estatales, la entidad territorial deberá**

*garantizar la atención de al menos el ciclo completo de estudiantes de educación básica.*

*La Educación Misional Contratada y otras modalidades de educación que venían financiándose con recursos del Situado Fiscal, y las Participaciones de los Municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación se podrán continuar financiando con los recursos del Sistema General de Participaciones”* (Resaltado fuera de texto).

Como puede apreciarse, la norma transcrita prevé que las entidades territoriales en primera medida pueden contratar la prestación del servicio educativo con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones, y en su defecto, con sus propios recursos, lo que está en consonancia con el artículo 15 del Decreto 366 de 2009, que a propósito del derecho a la educación de las personas discapacitadas señala lo siguiente:

**“ARTÍCULO 15. RECURSOS. De los recursos del Sistema General de Participaciones que la Nación transfiere a las entidades territoriales certificadas, se asignará cada año un porcentaje de la tipología por población atendida para cofinanciar el costo del servicio de apoyo pedagógico a los estudiantes con discapacidad y con capacidades o con talentos excepcionales. Este porcentaje se asignará con base en el reporte de la matrícula de estas poblaciones correspondiente a la vigencia anterior, caracterizada y registrada oportunamente en el Sistema de Información Nacional de Educación Básica y Media - SINEB - del Ministerio de Educación Nacional, y en el desarrollo y avance del plan de Mejoramiento del programa de inclusión, según los criterios que para este plan defina el Ministerio de Educación Nacional.**

**Las entidades territoriales certificadas concurrirán a la financiación de la prestación del servicio de apoyo pedagógico con recursos propios u otros que puedan ser utilizados para tal efecto.”** (El destacado es nuestro).

En conclusión, del análisis sistemático de las normas citadas se evidencia, que en el caso de autos el único responsable por la prestación del servicio de educación de los hijos de los accionantes es el Municipio de Pasto, motivo por el cual se modificará la orden proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que consideró que los Ministerios de Educación Nacional y Hacienda y Crédito Público también vulneraron los derechos invocados.

## **5. De las órdenes a proferir.**

En virtud de las consideraciones expuestas, comparte la Sala la decisión del A quo de tutelar los derechos a la educación, igualdad y libre desarrollo de la

personalidad de los hijos de los accionantes, y de ordenarle al Municipio de Pasto (no a los ministerios demandados) que adelante los trámites correspondientes para garantizar la prestación del servicio de educación especial que los educandos requieren, bien sea con las personas jurídicas con quienes se había contratado o subcontratado el servicio, o con quienes reúnan los requisitos para tal efecto, hasta tanto se garantice la inclusión efectiva y acorde con sus limitaciones, en las escuelas y colegios oficiales regulares.

No obstante lo anterior, considera la Sala que de accederse al amparo solicitado únicamente frente a las personas que instauraron la presente acción, se vulneraría los derechos a la educación y a la igualdad de todos aquellos que no comparecieron al presente proceso, pero se encuentran en la misma situación de los hijos de los petentes, esto es, que venían desde el año 2009 recibiendo el servicio de educación en el Centro Educativo Profesa, y que de forma intempestiva en el año 2010 les fue suspendido.

Lo anterior, porque si los efectos de esta providencia son inter partes, las personas que se encontraban en la misma situación de los hijos de los petentes, en estricto sentido, no tendrán el derecho a que se les garantice el servicio educativo en las mismas condiciones en las que se venía prestado, e incluso, que se vean forzados a matricularse en las instituciones oficiales regulares del mencionado municipio, que no pueden brindarles las medidas de protección reforzadas a que tienen derecho.

De esta manera, estima la Sala que en el presente caso se configuran los requisitos jurisprudencialmente establecidos<sup>50</sup>, para extender los efectos de esta providencia a las personas que no acudieron al proceso, pero que se encuentran en la misma situación de las personas favorecidas en éste (efectos *inter communis*).

En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia del 25 de marzo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en cuanto tuteló los derechos a la educación, igualdad y libre desarrollo de la personalidad, aclarando, que los efectos de la presente decisión cobijan a todos los estudiantes que acrediten sumariamente ante la Secretaría de Educación del Municipio de Pasto, que recibieron la prestación del servicio educativo por parte del Centro Educativo Profesa durante el año 2009, en virtud de los contratos que en dicha anualidad la

---

<sup>50</sup> Ver numeral 3º de la parte motiva de esta providencia.

entidad territorial suscribió con la Caja de Compensación Familiar de Nariño, que a su vez subcontrató con el referido centro educativo.

En ese orden de ideas, resulta irrelevante para el amparo tutelar que algunos accionantes no hayan acreditado ante el *A quo* la condición en la que actuaron, toda vez que si prueban sumariamente ante la entidad territorial que sus hijos recibieron el servicio de educación en las condiciones antes señaladas, quedarán cobijados por los efectos de la presente decisión.

Por lo tanto, se revocará el numeral segundo de la parte motiva de la providencia controvertida que negó el amparo solicitado frente a las personas que no acreditaron la condición en la que actuaron en el trámite de esta acción.

De otro lado, se modificará el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, que le ordenó al Municipio de Pasto y a los Ministerios de Educación Nacional y Hacienda y Crédito Público, que adelantaran los trámites correspondientes para garantizar la prestación del servicio de educación especial que los educandos requieren, *en tanto el único legalmente obligado a cumplir esta orden, es la referida entidad territorial.*

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

## FALLA

**PRIMERO. CONFÍRMASE** el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia de 25 de marzo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en cuanto tuteló los derechos a la educación, igualdad y libre desarrollo de la personalidad de los demandantes.

**SEGUNDO. REVÓCASE** el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia antes mencionada, que negó el amparo solicitado de las personas que no acreditaron la condición en la que actuaron en el presente proceso. En su lugar, se concede la tutela de los derechos a la educación, igualdad y libre desarrollo de la personalidad, de todos los estudiantes que acrediten

sumariamente ante la Secretaría de Educación del Municipio de Pasto, que recibieron la prestación del servicio educativo por parte del Centro Educativo Profesa durante el año 2009, en virtud de los contratos que en dicha anualidad la entidad territorial suscribió con la Caja de Compensación Familiar de Nariño.

**TERCERO. MODIFÍCASE** el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, en el sentido de excluir de la orden que en dicho numeral profirió el *A quo*, a los Ministerios de Educación Nacional y Hacienda y Crédito Público, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Envíese copia de este fallo al Tribunal Administrativo de Nariño.

**CÓPIESE Y NOTIFIQUESE.** Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ**