

Bogotá, Octubre de 2009

Honorables Magistrados
SALA PLENA
CORTE CONSTITUCIONAL
Reparto
E.S.D

Ref.: Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 183 de la Ley 115 de 1994 (mediante la cual se expide la ley general de educación).

Nosotros, Camilo Ernesto Castillo Sánchez, y Esteban Hoyos Ceballos, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, mayores de edad, en nuestra condición de ciudadanos en ejercicio, con fundamento en los artículos 40 y 241 (numeral 5) de la Constitución Política de Colombia y en el decreto reglamentario 2067 de 1991, interponemos ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD contra el artículo 183 de la Ley 115 de 1994 por violación de los artículos 44, 45, 67, 93 de la Constitución.

Para fundamentar la presente acción de inconstitucionalidad, transcribiremos literalmente la norma demandada (I); señalaremos las normas constitucionales que consideramos infringidas (II); indicaremos las razones por las cuales esta demanda procede y es admisible (III); plantaremos las razones por las cuales estimamos que las normas constitucionales son violadas por las disposiciones demandadas (IV); formularemos la solicitud concreta de la demanda (V), e indicaremos el lugar donde podemos ser notificados (VI).

I. Norma demandada

A continuación se transcribe la norma acusada

LEY 115 DE 1994 (febrero 8)

Diario Oficial No. 41.214, de 8 de febrero de 1994 Por la cual se expide la ley general de educación

(...)

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

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

II. Normas constitucionales infringidas

El artículo 183 de la Ley 115 de 1994 viola las siguientes normas constitucionales: El artículo 93 de la CP, ya que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia obligan al estado a garantizar la educación primaria gratuita. Estas normas internacionales de derechos humanos son: El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) ratificado mediante la Ley 74 de 1968; el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada mediante la Ley 16 de 1972; los artículos 13 y 16 del Protocolo de San Salvador, el cual, fue ratificado mediante la Ley 319 de 1996 y el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por la Ley 12 de 1991. También la norma acusada viola el artículo 44 de la CP, el cual consagra la educación como uno de los derechos fundamentales que el estado colombiano debe garantizar a las niñas y los niños que habitan el territorio nacional. Por último, el mencionado artículo de la Ley 115 de 1994 vulnera el artículo 67 de la CP que garantiza la educación gratuita en las instituciones educativas oficiales.

III. Procedencia y admisibilidad de la demanda

A. Competencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional es competente para conocer esta demanda, en virtud del Numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política.

B. Ausencia de cosa juzgada constitucional

Dado que, hasta la fecha, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la norma demandada, procede un pronunciamiento de fondo al respecto, pues el fenómeno de cosa juzgada no ha operado.

IV. Cargos de la demanda

Para plantear de manera clara y completa los cargos de la demanda, a continuación haremos una síntesis del planteamiento jurídico (A), y luego expondremos cada uno de los cargos de la demanda (B).

A. Síntesis del planteamiento jurídico

Colombia es el único país de América Latina en el que la ley autoriza a las instituciones oficiales a realizar cobros en todos los niveles educativos¹. El artículo 183 demandado autoriza al gobierno nacional para regular dichos cobros atendiendo a diferentes variables socioeconómicas. De igual forma, encomienda a las Secretarías de Educación y a los municipios la tarea de vigilar e inspeccionar el cumplimiento de dicha regulación.

Tal situación resulta contraria al artículo 93 de la Constitución. Allí se dispone que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia estén integrados al orden constitucional gracias a la figura del bloque de constitucionalidad. En el caso concreto de esta demanda se trata del bloque de constitucionalidad en strictu sensu, pues las normas jurídicas internacionales de las que trata esta demanda son artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y hacen referencia a derechos reconocidos por la propia C.P.

Así, pues, las obligaciones internacionales de Colombia en materia de gratuidad de la educación son evidentes. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado por la Ley 74 de 1968, reconoce que el Estado colombiano, para lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación, se compromete “a que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente. (subrayado nuestro)”²; las observaciones Generales 11 y 13 del Comité de DESC también hacen un énfasis muy fuerte en la relación que existe entre la gratuidad y la educación primaria. Por ejemplo, la Observación General No 11 señala en el numeral 7 que el requisito de gratuidad es de carácter “inequívoco,” y “se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño.” Asimismo, la Observación General No 13 establece como rasgo distintivo del derecho a la enseñanza primaria el carácter de ser “asequible a todos gratuitamente (subrayado nuestro)” (numeral 10). Las observaciones del Comité son precisas: “Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho [a la educación básica primaria gratuita (subrayado nuestro)] que pueden poner en peligro su realización.” Por consiguiente, el Estado colombiano tiene la obligación inmediata de “adoptar medidas” hacia la realización completa del artículo 13.³

También el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972, ordena lo siguiente: “ Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional,

¹ Ver Katarina Tomasevski. The State of the Right to Education Worldwide. Free or Fee disponible en: http://www.katarinatomasevski.com/images/Global_Report.pdf , 2006, pág 181

² Artículo 13 numeral 2 inciso a, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³ Ver El Derecho a la Educación, *Observación General No. 13*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 21º Período de Sesiones at para. 43, UN Doc. E/C.12/1999/10 (1999) [en adelante PIDESC Observación General 13].

especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación (subrayado nuestro), 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. El artículo 13 del Protocolo de San Salvador, que fue ratificado por la Ley 319 de 1996, ordena en el numeral 3 inciso 3 que el Estado colombiano reconoce, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación, que “la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente (subrayado nuestro).”⁴ Adicionalmente, el artículo 16 reitera que “todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental (subrayado nuestro), y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.”⁵

A su vez, el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la Ley 12 de 1991, consagra que la educación primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente de forma inmediata. Dice textualmente el texto normativo: que el Estado debe: “implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos (subrayas nuestras)”

La Constitución política no se queda atrás en su protección a la gratuidad de la educación primaria. El art. 44 de la Constitución reconoce que son derechos fundamentales de los niños y las niñas del país los siguientes: “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. (subrayas nuestras)” El artículo 67 de la CP establece como regla general el carácter gratuito de la educación en las instituciones del Estado, pues la preceptiva constitucional dice lo siguiente: “La educación será gratuita en las instituciones del Estado”

Finalmente, la Corte Constitucional colombiana ha defendido la gratuidad de la educación en situaciones concretas. Principalmente en aquellos casos en que los padres de familia han acudido a la acción de tutela para que sus hijos e hijas puedan acceder o permanecer en el sistema educativo. A pesar de esto, la Corte aún no ha tenido la ocasión de armonizar el contenido de las obligaciones internacionales de Colombia con lo dispuesto en el artículo 67 de la Constitución, la Ley 115 de 1994 y las normas reglamentarias, específicamente en lo relacionado con los cobros que realizan las instituciones oficiales por la educación básica primaria, pues como se vio en los apartados anteriores, dentro del marco de todos los instrumentos internacionales, dichos cobros están prohibidos pues ponen en peligro el derecho a la educación en su componente de accesibilidad económica y disponibilidad.

B. Fundamentos de la demanda.

⁴ Ibídem.

⁵ Ibíd. Artículo 16.

1. Las Obligaciones internacionales de Colombia en materia de gratuidad de la educación.

En esta sección se presentan las principales obligaciones internacionales de Colombia en materia de gratuidad de la educación. Inicialmente se hará referencia a las obligaciones en materia de educación básica primaria y posteriormente a las obligaciones en materia de educación secundaria y superior. En ambas secciones se incluirán los instrumentos internacionales de derechos humanos que se relacionan directamente con esta materia para mostrar de qué manera la norma acusada es inconstitucional por violar el bloque de constitucionalidad en los puntos que se mencionarán.

1.1 Las obligaciones internacionales del estado colombiano con respecto a la Educación Básica Primaria

Sobre la educación primaria y de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos, el Estado colombiano tiene la obligación no sólo de garantizar el derecho a la accesibilidad de la educación a todos, sino también, de asegurar su gratuidad.⁶ Las normas internacionales en esta materia son claras. Dentro del marco internacional de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículos 13 y 14), ratificado por la Ley 74 de 1968, señala que los Estados Partes se obligan a garantizar la educación primaria para todos gratuitamente. Esta disposición ha sido reiterada por instrumentos posteriores, como la Convención de los Derechos del Niño (Artículo 28), ratificada por la Ley 12 de 1991, y, dentro del marco de las obligaciones del Sistema Interamericano de la Organización de Estados Americanos, en la Convención Americana de Derechos Humanos (Artículo 26), ratificada por la Ley 16 de 1972, y en su Protocolo Adicional, en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Protocolo de San Salvador (Artículos 13 y 16) que fue ratificado mediante la Ley 319 de 1996.

Las obligaciones del Estado colombiano en relación con la accesibilidad económica del derecho a la educación primaria gratuita encuentran sustento, no solo en los tratados internacionales sino también en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, especialmente a través de las Observaciones No. 11 y 13, y en los Informes de la Relatora Especial de las Naciones Unidas para el Derecho a la Educación, los cuales constituyen la doctrina internacional autorizada en el tema.

La Corte ha reconocido en diversas ocasiones que tanto los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, como la doctrina de los organismos internacionales de derechos humanos, son vinculantes para el estado colombiano. Así, por ejemplo, es el caso de la

⁶ Ver *Rodrigo Uprimny Yepes*, La Gratuidad en la Educación Básica. Disponible en: http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=179; *Katarina Tomasevski*, anterior Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación, Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación. Misión a Colombia, 25 de enero de 2004, E/CN.4/2004/45, párrafo 8, disponible en <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/103/31/pdf/G0410331.pdf?OpenElement> (en adelante Informe de 2003 de Tomasevski).

Sentencia C-393 de 2007, en la que la Corte recordó que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) forma parte del bloque de constitucionalidad. En igual sentido, en la Sentencia C-355 de 2006 que liberalizó la práctica del aborto en Colombia, la Corte consideró que el artículo 12 del PIDESC al reconocer el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, hacía parte del bloque de constitucionalidad y en tal sentido debía ser tenido en cuenta como parámetro de constitucionalidad de las disposiciones acusadas como violatorias de la salud y la vida de las mujeres colombianas. También en materia de derecho a la educación, en la Sentencia T-375 de 2006 la Corte Constitucional consideró que el Convenio 169 de la OIT, al establecer un mandato claro de promoción del acceso a la educación de los miembros de las comunidades negras e indígenas, también hacía parte del bloque de constitucionalidad.

Siguiendo esa línea de análisis, la Corte Constitucional ha sostenido en varios pronunciamientos⁷ que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar los tratados de derechos humanos, constituye por lo menos un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Cabe destacar que esta posición de la Corte Constitucional no se ha restringido a las decisiones jurisdiccionales sino también a las emanadas de los órganos de control o monitoreo. Así por ejemplo, en la Sentencia T-1319 de 2001, la Corte consideró como parte del bloque de constitucionalidad las interpretaciones que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha realizado del Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De igual forma, en la Sentencia C-355 de 2006 sobre el aborto en Colombia, la Corte tuvo en consideración para decidir las decisiones del Comité de Derechos Humanos, el Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer y el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Es claro entonces que la Corte Constitucional colombiana ha reconocido el carácter vinculante de tratados internacionales de derechos humanos pues los mismos hacen parte del bloque de constitucionalidad. Adicionalmente, ha considerado que las interpretaciones que de los mismos han realizado los órganos de monitoreo son también parte del bloque de constitucionalidad o, por lo menos, deben servir como un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

De esta manera, con base en las disposiciones internacionales y en la doctrina autorizada, es posible afirmar que es clara la obligación del Estado colombiano de garantizar un sistema gratuito de educación primaria.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), vigente en Colombia desde el año 1976, fue aprobado en Colombia por la Ley 74

⁷ Ver por ejemplo las sentencias C-010 de 2000, T-1319 de 2001, y C-355 de 2006,

de 1968 y ratificado el 29 de octubre de 1969.⁸ En su artículo 13 reconoce que el Estado colombiano, para lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación, se compromete “a que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.”⁹ Por consiguiente, el Estado colombiano tiene la obligación inmediata de “adoptar medidas” hacia la realización completa del artículo 13.¹⁰ Además, estas medidas han de ser “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible” hacia el pleno ejercicio del derecho a la educación.”¹¹ Finalmente, en su artículo 14, el PIDESC establece que si el estado colombiano, al momento de adoptar este pacto, no cumple con la obligación de la educación básica primaria gratuita “debe elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.”¹²

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus comentarios 11 y 13, se ha referido directamente al carácter gratuito de la educación básica. Por ejemplo, la Observación General No 11 señala en el numeral 7 que el requisito de gratuidad es de carácter “inequívoco,” y “se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño.” Asimismo, la Observación General No 13 establece como rasgo distintivo del derecho a la enseñanza primaria el carácter de ser “asequible a todos gratuitamente” (numeral 10).

Las observaciones del Comité son precisas: “Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho [a la educación básica primaria gratuita] que pueden poner en peligro su realización.” Gastos indirectos también pueden entrar en la misma categoría. El Comité en su Observación General 11 refiere específicamente a “tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro.” Pero el Comité también indica que otros gastos indirectos pueden ser permisibles, “a reserva de que el Comité los examine caso por caso” (numeral 7).

La Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN), fue aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991 y ratificada el 28 de enero de 1991.¹³ En su artículo 28 señala que el Estado colombiano reconoce el derecho de las niñas y los niños a la educación y, en particular, “implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos.”¹⁴

El Comité de los Derechos del Niño, en sus observaciones sobre el tercer informe periódico de Colombia,¹⁵ se ha referido directamente al carácter gratuito de la educación básica. En su párrafo 77, el Comité “insta al Estado Parte a que modifique la legislación nacional para

⁸ Ver http://www.coalico.org/publicaciones/inst_col.htm.

⁹ Artículo 13 numeral 2 inciso a, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁰ Ver El Derecho a la Educación, *Observación General No. 13*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 21º Período de Sesiones at para. 43, UN Doc. E/C.12/1999/10 (1999) [en adelante PIDESC Observación General 13].

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibid.* Artículo 14.

¹³ Ver http://www.coalico.org/publicaciones/inst_col.htm.

¹⁴ Artículo 28 de la Convención de los Derechos del Niño.

¹⁵ CRC/C/129/Add6.

reflejar claramente el derecho a la educación primaria gratuita” y además en el inciso l el recomienda que el Estado Parte “tenga debidamente en cuenta” las recomendaciones de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación en su informe a la Comisión de Derechos Humanos sobre la misión que realizó en 2003 (E/CN.4/2004/45/Add.2). Se requiere “una afirmación inmediata y explícita de la obligación de garantizar educación gratuita para toda la niñez en edad de escolarización obligatoria. La implementación de la gratuidad necesita una identificación detallada de los costos pagados por los alumnos y alumnas por una educación que debe ser gratuita pero no lo es, y la Relatora Especial recomienda un estudio de los costos actuales con el propósito de su eliminación” (párrafo 28).

De igual forma dentro del marco de las obligaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Estado colombiano asumió obligaciones para garantizar el derecho a la educación básica gratuita cuando ratificó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Protocolo de San Salvador) el 22 de octubre de 1997, el cual, fue aprobado por la Ley 319 de 1996.¹⁶ El artículo 13 del Protocolo de San Salvador obliga al Estado colombiano a proteger el derecho a la educación.¹⁷ Específicamente, en el numeral 3 inciso 3 instituye que el Estado colombiano reconoce, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación, que “la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.”¹⁸ Adicionalmente, el artículo 16 reitera que “todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.”¹⁹ En la sentencia C-251 de 1997, que revisa la constitucionalidad de la Ley 319 de 1996, la Corte dijo que: *“la Corte no encuentra ninguna objeción constitucional contra estos artículos del protocolo pues, como se ha visto, sus contenidos normativos armonizan plenamente con la regulación constitucional sobre el tema”*

1.2 Las obligaciones internacionales del estado colombiano con respecto a la Educación Secundaria y Superior.

Tratándose de la educación secundaria y superior, los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos señalan que la enseñanza en estos niveles debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita. Así, mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita. Por lo tanto, la gratuidad de la educación primaria no es una de esas obligaciones que puedan ser garantizadas progresivamente, es una obligación de cumplimiento inmediato.

¹⁶ Ver http://www.coalico.org/publicaciones/inst_col.htm.

¹⁷ Artículo 13 del Protocolo de San Salvador.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibid.* Artículo 16.

El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho, la enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita. De igual forma reconocen que la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.²⁰

En este punto cabe destacar la Observación General 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relacionada con la accesibilidad económica del derecho a la educación. Allí se ha resaltado la diferencia de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

El artículo 28 de esta convención señala que los Estados partes deben fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad; y hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados.

El artículo 13.3 del Protocolo de San Salvador establece que la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita. Por otra parte, la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

De esta forma queda demostrado que es una obligación que del Estado implemente la gratuidad de la educación conforme a las obligaciones que Colombia aceptó asumir al ratificar los tratados de Derechos Humanos. Después de ver las obligaciones internacionales del estado colombiano en materia de gratuidad, en el siguiente apartado se presentarán las decisiones más importantes del tribunal constitucional en torno al mismo tema.

²⁰ El comité de DESC distingue en la accesibilidad de la educación secundaria y superior en su comentario general 13.

2. La interpretación constitucional de los artículos 44 y 67 de la Constitución Política.

En este acápite de la demanda se presentarán las líneas jurisprudenciales que la Corte ha desarrollado sobre el tema de la gratuidad. La exposición se hará del siguiente modo: i) primero se mostrará cuál es núcleo fundamental del derecho a la educación; ii) se presentará la jurisprudencia constitucional más reciente sobre el tema que es objeto de esta demanda y iii) se explicitarán las normas internacionales que han sido la base para los distintos pronunciamientos de la Corte relacionados con la gratuidad de la educación.

2.1. El núcleo fundamental del derecho a la educación según la interpretación que la jurisprudencia constitucional ha hecho de los artículos 44 y 67 de la C.P

Desde sus inicios la Corte Constitucional estableció que los derechos fundamentales tienen un núcleo esencial.²¹ La Corte ha sostenido que el núcleo esencial es aquella parte que tiende a satisfacer las necesidades básicas de sus titulares, y por ende, no puede ser restringido ni por las acciones gubernamentales, ni tampoco por los particulares. Por tanto, en el evento en que una acción estatal o de algún particular restrinja el goce del núcleo esencial de un derecho fundamental, las personas afectadas tienen la posibilidad de acudir ante cualquier juez de la república para que cese la vulneración del derecho a través de la acción de tutela (art.86 de la C.P). Sobre el ejercicio de la acción de tutela para proteger el derecho a la educación la Corte ha considerado lo siguiente:

“La educación por su naturaleza fundamental, es objeto de protección especial del Estado; de ahí que, la acción de tutela se estatuye como mecanismo para obtener la respectiva garantía frente a las autoridades públicas y ante los particulares, con el fin de precaver acciones u omisiones que impidan su efectividad”²²

Gracias a que el derecho a la educación es justiciable mediante la acción de tutela, la Corte, ha delimitado el núcleo esencial del derecho a la educación. Según la jurisprudencia del tribunal constitucional, el núcleo esencial del derecho a la educación comprende el acceso y la permanencia de los niños y niñas dentro del sistema educativo.²³

2.1.1 El acceso al sistema educativo como núcleo fundamental del derecho a la educación

En el tema de acceso a la educación, la jurisprudencia ha desarrollado al menos dos líneas jurisprudenciales claras. En primer lugar, la Corte señaló que la educación pública es un derecho y no se puede crear ningún privilegio a favor de los funcionarios públicos. La educación gratuita en los centros de enseñanza estatal no se puede otorgar sólo a los empleados del estado, pues esa disposición es contraria al derecho a la igualdad (art. 13 de la C.P). Esta posición fue sostenida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-210 de 1997 que declaró inexecutable el artículo 186 de la Ley 115 de 1994, el cual consagraba la

²¹ Sobre la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales, ver, entre muchas otras, las sentencias C-620 de 2001, C-142 de 2001 y T-1072 de 2000.

²² De forma específica ver la Sentencia T-925 de 2002 reiterada por la sentencia T-294 de 2009.

²³ Ver en particular la Sentencia T-944 de 2000 y también las sentencias T-09 de 1992, T-290 de 1996, T-329 de 1997, T-202 de 2000, T-675 de 2002, T-550 de 2007 y T-294 de 2009.

gratuidad de la educación en los establecimientos públicos para hijos del personal de educadores, directivos y administrativos del sector educativo estatal, de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional muertos en servicio activo. En aquella oportunidad la Corte señaló que el artículo violaba la Constitución porque “*consagra este privilegio sólo para algunos servidores públicos, pues constituye una restricción no prevista por la norma constitucional.*”²⁴ De igual forma, la Corte subrayó el hecho de que el mandato constitucional de gratuidad “*es claro y no hace distinciones.*”²⁵

Una segunda línea jurisprudencial en materia de acceso a la educación ha señalado que el derecho a la educación básica de los menores es fundamental, sin importar que el menor esté por encima o por debajo del límite de edad del que habla el artículo 67 de la Constitución. Tal posición fue sostenida por la Corte en la Sentencia T-323 de 1994 en la que se señaló el posible efecto excluyente de la edad en materia de acceso a la educación:

*"En estos casos (menores entre 15 y 18 años), si bien su situación no está contemplada por el artículo 67, el carácter preferencial de los derechos del menor consagrado en el artículo 44 constitucional los pone en situación de beneficiarios de la acción prestacional contemplada en el citado artículo 67 de la Carta. En efecto, el umbral de los 15 es un límite que corresponde precisamente a la edad en la cual los estudiantes ordinariamente terminan su noveno año de educación básica. Cualquier percance que retrase el proceso educativo de un alumno lo excluiría del grupo de beneficiarios. Si se tiene en cuenta que el objetivo constitucional en esta materia consiste en lograr que la población compuesta por los menores obtenga educación obligatoria y gratuita, el límite aludido debe interpretarse con cierta flexibilidad, de tal manera que comprenda un margen de necesaria tolerancia dentro del cual puedan quedar incluidos, entre otros, aquellos estudiantes que abandonan temporalmente, por diversas razones (salud, cambio de residencia, violencia, problemas familiares, etc.), sus estudios. Este margen es el de los 18 años de edad, edad en la que la niñez culmina y está fundamentado jurídicamente en la disposición del artículo 44 de la Carta, referida al carácter prevalente de los derechos de los niños, así como en la consideración sustancial (C.P. arts. 228 y 2) de que, con independencia de las contingencias que llegaren a presentarse, lo decisivo será, en últimas, la participación del menor en un proceso de aprendizaje básico. Lo contrario, de otra parte, llevaría a efectuar entre los menores, discriminaciones odiosas e irrazonables, pues los niños expuestos a determinadas vicisitudes quedarían excluidos injustificadamente del sistema educativo."*²⁶

La anterior jurisprudencia fue reiterada por la sentencia T-787 de 2006²⁷. En ella la Corte manifestó una vez más que los artículos constitucionales deben interpretarse de manera armónica. Por tanto, es contrario a la Constitución que se garantice el acceso a la educación sólo a aquellos menores que han cumplido cinco años. La Corte precisó que cuando una autoridad pública, o un particular, interpreta el artículo 67 de la C.P no debe hacerlo de forma taxativa y restrictiva, sino que deben hacerlo a la luz del artículo 44 de la C.P y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia:

²⁴ C-210/97.

²⁵ La Corte dice lo siguiente: “[e]l estudio gratuito en los establecimientos del Estado se refiere no sólo a servidores públicos sino, en general, a quienes ingresen a tales establecimientos educativos.”

²⁶ Sentencia T-323 de 1994. Esta posición fue reiterada en la Sentencia T-356 de 2001

²⁷ Esta sentencia fue reiterada por la sentencia T-1030 de 2006

Ahora bien, el inciso tercero del artículo 67 superior dispone que la educación será obligatoria “(...) entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica”. La redacción de este aparte genera varias inquietudes como, por ejemplo, dentro de qué edades la educación es obligatoria y cuáles son los grados de instrucción que el Estado está en la obligación de garantizar.

En relación con la primera cuestión, la Corte ha sostenido que una interpretación armónica del artículo 67 de la Carta, con el artículo 44 ibídem y con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado Colombiano en la materia, lleva a concluir que la educación es un derecho fundamental de todos los menores de 18 años.²⁸

Lo anterior, por cuanto (i) el artículo 44 superior reconoce que la educación es un derecho fundamental de todos los niños, y según el artículo 1° de la Convención sobre los derechos del niño²⁹ - ratificada por Colombia por medio de la Ley 12 de 1991- la niñez se extiende hasta los 18 años³⁰, y (ii) según el principio de interpretación pro infans –contenido también en el artículo 44-, debe optarse por la interpretación de las disposiciones que menos perjudique el derecho a la educación de los niños.

Lo anterior demuestra que la jurisprudencia constitucional reconoce que una interpretación limitada del art. 67 de la C.P puede llegar a generar una situación de vulneración masiva de derechos fundamentales de los menores de edad, y por tanto, el estado debe garantizar el acceso a la educación de todos los menores de edad. En efecto, excluir del sistema educativo a los niños que no cumplan con el requisito de la edad transforma en letra muerta lo ordenado por el artículo 44 de la propia constitución, la Convención sobre los Derechos de los Niños, y los otros tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia.

De esta forma la Corte ha interpretado de forma sistemática el artículo 67 de la C.P en relación con otros mandatos constitucionales como el art. 44 y el art. 93. Esto demuestra que el Tribunal Constitucional ha elaborado una interpretación coherente tanto de los artículos constitucionales como de los tratados de derechos humanos para garantizar que los niños que se encuentran por fuera de la edad establecida por el art 67 de la CP puedan acceder a la educación gratuita.

2.1.2 La permanencia dentro del sistema educativo como el segundo elemento del núcleo esencial del derecho a la educación

Por su parte, el derecho a la permanencia dentro del sistema educativo ha sido definido por la Corte como el derecho a “*conservar el ambiente y lugar de estudios, los vínculos*

²⁸ Ver en este sentido las sentencias T-324 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz;

²⁹ El texto del artículo es el siguiente: “*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”

³⁰ Sentencia T-323 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia la Corte abordó el caso de una menor de edad a la que se negó un cupo en un colegio del municipio de Medellín, por haber superado la edad de 15 años. La Corporación reconoció que la accionante gozaba de un derecho fundamental a recibir educación básica y media hasta que cumpliera los 18 años de edad. No obstante, no concedió la tutela debido a que la menor había solicitado extemporáneamente su matrícula.

*emocionales y afectivos, así como el medio propicio para el desarrollo armónico e integral de la personalidad”*³¹

En el desarrollo de esta doctrina la Corte ha considerado diferentes escenarios. Un primer escenario se presenta cuando un padre de familia no ha sufragado los derechos académicos del niño o niña y el año lectivo ha comenzado. En este caso, al niño o niña no se le puede impedir que asista a las clases o que disfrute de los servicios del colegio. Esta fue la posición de la Sentencia SU-624 de 1999 en la que la Corte reiteró su doctrina sobre la materia:

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

Un segundo escenario desarrollado por la Corte en materia del derecho a la permanencia en las instituciones educativas se ha presentado cuando los padres solicitan certificados escolares y están en mora con las instituciones educativas. En este caso la Corte ha señalado que las instituciones deben entregar los certificados escolares a aquellos padres que demuestren que no podían sufragar los costos académicos. Este fue el caso de la Sentencia T-265 de 1996 en el que la Corte consideró:

“Cuando la entidad educativa se niega a entregar los documentos que son resultado de la labor académica desempeñada por el estudiante, pretextando la falta de pago de las pensiones, se torna evidente el conflicto entre el derecho constitucional a la educación y el derecho del plantel a recibir la remuneración pactada. En efecto, la no disposición de los certificados implica en la práctica la suspensión del derecho a la educación, ya que es necesario presentarlos para asegurar un cupo en otro establecimiento o para proseguir estudios superiores”.

2.1.3 El núcleo fundamental del derecho a la educación según la jurisprudencia constitucional más reciente

En los últimos cuatro años la Corte Constitucional ha tenido ocasión de referirse al tema de la gratuidad de la educación, aparte de las dos sentencias mencionadas en la parte superior de este apartado. La primera de ellas es la Sentencia T-550 de 2005. En esta providencia, la Corte encontró que una institución educativa había incurrido en cobros educativos excesivos, los cuales, a su entender, constituían una clara amenaza para el goce efectivo del derecho a la educación de tres menores de edad, pues condicionaban injustificadamente su continuidad dentro del Sistema Educativo³². Para decidir, la corporación tuvo en cuenta tanto los desarrollos nacionales como internacionales en materia del derecho a la educación, y recordó que la acción de tutela y los demás instrumentos jurídicos y

³¹ Sentencia T-450 de 1992.

³² En este caso, sin embargo, la Corte se abstuvo de emitir alguna orden en este caso por carencia actual de objeto ya que los menores se encontraban matriculados en una institución educativa al momento de proferirse el fallo de revisión.

administrativos eran procedentes para evitar la vulneración de los distintos aspectos que comporta el derecho a la educación. Dijo la Corte en su oportunidad que:

“En el caso concreto del derecho a la Educación, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el mismo posee una dimensión dual referida al acceso y la permanencia de todas personas en el sistema educativo.³³ Por su parte, la jurisprudencia internacional ha definido como atributos básicos de este derecho la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad que le son comunes en todas sus formas y en todos sus niveles.

En consecuencia, cualquier intento de restringir alguno de los anteriores criterios que involucre las características del derecho a la Educación sin obedecer a una justa causa, debidamente expuesta y probada, deriva en arbitrario y, por ende, procede en su contra la acción de tutela y los demás instrumentos jurídicos y administrativos procedentes para exigir al Estado o al particular respectivo el cese inmediato de la vulneración.”

Sin embargo, la Corte destacó que los instrumentos internacionales señalan que el deber de implantación progresiva de la gratuidad era para la enseñanza secundaria y superior, aunque no hizo ninguna referencia a que esos mismos instrumentos internacionales le ordenan a los estados la implementación inmediata de la gratuidad para la educación básica primaria.

La decisión de la Corte fue importante por lo siguiente: de un lado cuestionó el costo excesivo de los cobros educativos, porque ponen en peligro el derecho fundamental de acceder al sistema educativo de los menores y las menores de edad; y por el otro, abrió la posibilidad de introducir al debate constitucional el tema de la gratuidad de la educación, pues como se sabe, la gratuidad es parte integrante de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y de la doctrina de los organismos autorizados para interpretar dichos tratados, los cuales, han enfatizado que la gratuidad es uno de los instrumentos privilegiados para remover las barreras económicas que dificultan el acceso a la educación.

Finalmente, en la Sentencia T-1228 de 2008, las accionantes instauraron acción de tutela en representación de sus hijos menores de edad, para obtener la protección de su derecho fundamental a la educación, ya que la entidad demanda les había negado el acceso a este derecho al no haber pagado la matrícula, debido a su precaria situación económica. Para decidir la Corte tuvo en consideración los instrumentos internacionales sobre la materia y de nuevo enfatizó las obligaciones de Colombia en esta materia. Al respecto sostuvo que:

“Es claro que en Colombia la educación es obligatoria para todos los menores entre 5 y 18 años de edad, así como el deber de implementar progresivamente su gratuidad, eliminando de forma gradual el cobro de los servicios complementarios de los que trata el artículo 67 Superior y demás gastos establecidos, para la realización del derecho a la educación.

Esta providencia reitera una vez más la doctrina de la Corte sobre la gratuidad. Para la jurisprudencia constitucional es claro que el cobro de derechos académicos por parte de las entidades educativas oficiales puede poner en peligro tanto el acceso como la permanencia de los niños y niñas en el sistema educativo. Por tanto, la Corte, vuelve y le reitera al estado colombiano la obligación de implementar la gratuidad de la educación de forma progresiva

³³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-202 de 2000, T-329 de 1997, T-290 de 1996 y T-02 de 1992.

para la educación secundaria y superior, pues para la educación primaria la obligación de gratuidad es prima facie, tal y como lo establecen los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

2.2 Los tratados internacionales de Derechos Humanos que fueron fuente de las decisiones de la Corte Constitucional

Aparte de lo que se ha sostenido hasta aquí, es importante señalar que existen razones jurídicas para implementar la gratuidad en la educación primaria, pues como se vio la Corte utiliza los tratados de derechos humanos y la doctrina internacional para determinar el alcance de los contenidos del art.67 y 44 de la CP.

La razón jurídica es la siguiente: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado por la Ley 74 de 1968, contempla que los Estados deben comprometerse a que: “la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente” (artículo 13 numeral 2 del PIDESC). Asimismo, las Observaciones Generales 11 y 13 del Comité de DESC de la ONU, que están dedicadas exclusivamente al tema del derecho a la educación, sostienen que la gratuidad de la educación primaria es de carácter “inequívoco”, pues lo que busca es garantizar la disponibilidad y el acceso económico a la educación de los niños y las niñas.³⁴ La Observación General número 13 es mucho más contundente al establecer que lo característico de la educación primaria es que sea: “asequible a todos gratuitamente”³⁵ (numeral 10). Esta misma disposición también está contenida en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” en el artículo 13, numeral 3, inciso a. dice que: “*Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente*”. Este tratado fue ratificado por la Ley 319 de 1996. Esta misma obligación se encuentra consagrada en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 28, numeral 1. a. a) la cual fue ratificada por la Ley 12 de 1991.

Como ha sido reseñado hasta este apartado, la gratuidad de la educación primaria es un imperativo jurídico que el Estado no puede desconocer. Por ende, la Corte siempre ha protegido el acceso y la permanencia al sistema educativo. La razón para proteger de forma tan acendrada estas dos dimensiones del derecho a la educación es la siguiente: cuando existe una disposición de derechos humanos que consagra un derecho, los argumentos de costo beneficio quedan excluidos totalmente de la discusión, en especial si es un derecho universalmente reconocido. El derecho a recibir una educación primaria gratuita, como se vio, es un derecho universalmente reconocido, por tanto, no hay ninguna razón para que el estado restrinja su disfrute. La gratuidad de la educación primaria les permite a las personas

³⁴ Observación General No 11 numeral 7 del Comité de Derechos Económicos, sociales y Culturales disponible en: <http://www.oacnudh.org.gt/documentos/publicaciones/KIT%20INSTRUMENTOS%20INTERNACIONALES/2%20DESC/2.5%20Observaciones%20Generales.pdf> consultado 25 de julio de 2009.

³⁵ *Ibidem*

acceder y permanecer en el sistema educativo, pues ésta, es un instrumento privilegiado para remover las barreras económicas que afectan el disfrute del derecho a la educación en los términos que estableció la Corte.

Presentada la interpretación que ha hecho la Corte de los artículos 67 y 44 de la C.P, en el siguiente numeral de la demanda se presentará cual fue la intención del constituyente al redactar el artículo 67 de la Constitución Política.

3. La intención del constituyente: La educación primaria gratuita en las instituciones educativas oficiales

El propósito de esta parte de la demanda es revisar los antecedentes normativos del inciso cuarto del artículo 67 de la Constitución Política de 1991 que consagra la gratuidad de la educación pública en Colombia. Con esto se quiere demostrar que la excepción contenida en el artículo 67 que se refiere a la posibilidad de realizar cobros educativos a individuos o familias con capacidad de pago, fue concebida esencialmente por los delegatarios a la Asamblea Constituyente para personas que acudían a la Educación Superior y no para los menores que adelantan la educación básica primaria y secundaria. Por eso el artículo 67 debe ser entendido tal como lo indican los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia: la gratuidad de la educación primaria es obligatoria y de cumplimiento inmediato, no progresivo y así fue diseñado el artículo desde la Asamblea Nacional Constituyente.

Para comenzar es importante señalar que el artículo 41 de la Constitución Política de 1886 establecía que:

“La Educación Pública será organizada y dirigida en concordancia con la religión católica.

La instrucción primaria costeada con fondos públicos será gratuita y no obligatoria (subrayas nuestras)”

Los primeros proyectos de discusión de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 proponían un avance en esta materia en relación con la Constitución de 1886. Algunos proyectos proponían que la educación impartida en instituciones del Estado fuera gratuita en todos los niveles³⁶. Otros contemplaban que la educación debería ser obligatoria hasta los quince años de edad y el Estado debía garantizarla en forma gratuita a quien lo solicitara³⁷.

³⁶ Es el caso del artículo presentado en ponencia a las comisiones Primera, Segunda y Quinta el cual señalaba “(...)1. La educación impartida en instituciones del Estado será gratuita en todos los niveles”. Gaceta Constitucional N° 51, página 22 en Carlos Lleras de la Fuente y otro. Constitución Política de Colombia. Origen, Evolución y Vigencia. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 1996.

³⁷ Así el artículo 3 del proyecto de articulado de la educación y la cultura del 9 de abril de 1991 contemplaba lo siguiente “La educación es obligatoria hasta los quince años de edad y el Estado la garantiza en forma gratuita a quien lo solicite (...)”. Gaceta Constitucional N° 45. 13 de Abril de 1991. en Carlos Lleras de la Fuente. Ibídem.

Frente a la posibilidad de que la educación fuera gratuita en todos los niveles educativos, rápidamente los constituyentes manifestaron su preocupación por los costos que tal reconocimiento podría suponer al Estado colombiano. Así por ejemplo el delegatario Juan Carlos Esguerra en sesión de la Comisión Primera en Mayo 10 de 1991 sostuvo:

“Me pregunto si presupuestalmente hablando, estamos en condiciones de impartir en instituciones del estado, educación gratuita en todos los niveles, modificando, de esta manera, lo que actualmente establece la Constitución, cuando habla que la enseñanza primaria será gratuita en las escuelas del estado y obligatoria en el grado que señale la ley. Yo creo que debemos deferirle ese asunto a la ley, de manera que ella en función de las circunstancias cambiantes y de las posibilidades del estado, que esperemos que cada día sean mayores, vaya determinando cómo puede irse aumentando gradualmente a mayores niveles la cobertura de la educación gratuita por parte del estado (...)”³⁸

Es importante destacar cómo el delegatario Esguerra reconoció en su momento la obligación del Estado colombiano de garantizar la educación básica primaria y progresivamente introducir la gratuidad de la enseñanza secundaria y superior atendiendo a la capacidad económica del país.

De igual forma, en esa misma sesión, el entonces delegatario Horacio Serpa Uribe propuso la introducción de una excepción en la norma que consagraba la gratuidad de la educación en todos los niveles educativos. Esta excepción consistía en la posibilidad de realizar cobros educativos exclusivamente en la educación superior a aquellos individuos cuyas familias tenían capacidad de pago. Al respecto sostuvo el delegatario Serpa Uribe:

“(...) no sé si fuera indispensable en el numeral que habla de la educación impartida en instituciones del Estado es gratuita en todos los niveles, si este aspecto de pronto merezca la excepción, que tenga lugar cuando personas pudientes acudan particularmente a la educación superior a formarse en los centros del Estado, porque sería una buena manera de que las personas más acomodadas contribuyan también al financiamiento o la financiación de la educación superior brindada por el Estado (subrayas nuestras)”

Posteriormente, esa misma posición fue también sostenida por el delegatario Abel Rodríguez Villegas quien ahondó en su justificación concretamente como una excepción a los cobros en materia de educación superior:

“Nosotros en la Alianza Democrática M-19 hemos traído un punto sobre esto que queremos discutir, creo que la subcomisión lo discutió y es, creo que aquí ya lo planteó alguien en su intervención, creo que el doctor Serpa, la idea de que la gratuidad no puede ser para todo el mundo, no hay que confundir, o no podemos llegar a ese igualitarismo que a veces no funciona en ninguna parte, en ninguna sociedad, yo creo que el principio debe ser ese, que la educación obligatoria debe ser gratuita, pero sin embargo nosotros proponemos que quede abierta la posibilidad de que el Estado les pueda cobrar a los que, a las personas de comprobada capacidad económica unas contribuciones para que ayuden a financiar los planteles, porque yo he dicho eso, si un pobre va a una Universidad Andes, Javeriana, las que sean, debe pagar la matrícula como rico, pues porque al venir el rico a la pública (...) Entonces yo les planteo que piensen esa posibilidad de que digamos gratuidad, pero la gratuidad no para todo el mundo, no en igualdad de condiciones, de pronto la posibilidad de que hayan unas excepciones,

³⁸ Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente. Sesión Comisión 1, Mayo 10 (1510) Consulta Textual y Referencial.

*que los que tienen para pagar paguen, hay ricos en la Universidad Nacional, yo lo sé, por qué esos ricos no pagan en la Universidad Nacional, para ayudar que la Universidad Nacional tenga mejores recursos para la investigación, para, hay ricos en la Universidad Pedagógica, en la Universidad Distrital, en la Universidad de Antioquia, en muchas universidades públicas que no le deben nada, desde el punto de vista de su calidad a la universidad privada (...)(subrayas nuestras)*³⁹

De igual forma, y de manera mucho más clara, la delegataria María Mercedes Carranza respaldó la posición del delegatario Abel Rodríguez y citando la Constitución Venezolana de la época propuso un inciso que contiene la excepción para la nueva Constitución colombiana:

*“Dice la Constitución de Venezuela, la educación impartida por los institutos oficiales será gratuita en todos sus ciclos; esto es importante, desde luego, establecerlo, a mi modo de ver; Sin embargo entiendo la preocupación, expresada aquí en la comisión por los delegatarios, en el sentido de que el tenga pague; entonces, yo me voy a permitir proponer un inciso, redactado en ese sentido, que aparece en la Constitución de Venezuela y dice así: **la educación impartida por los institutos oficiales será gratuita en todos sus ciclos; sin embargo la ley podrá establecer excepciones respecto de la enseñanza superior y especial cuando se trate de personas provistas de medios de fortuna (subrayas nuestras)**; eso yo creo que de pronto nos podría servir, tiene mucho que ver con la preocupación que se ha manifestado aquí, y concretamente con lo que lo que planteó esta mañana el delegatario Abel Rodríguez”*⁴⁰

En sesión del 15 de mayo de 1991, la Comisión Primera aprobó un artículo que establecía que *“La educación es obligatoria hasta los quince años de edad y se prestará en forma gratuita en los establecimientos del Estado”*⁴¹. La excepción del cobro a individuos con capacidad de pago sólo aparece en el artículo aprobado en primer debate en la plenaria. Allí se aprobó que *“En las instituciones del Estado la educación será gratuita. Sin embargo, a los hijos de familia con capacidad económica se les podrá exigir el pago de matrícula y pensión de acuerdo con sus ingresos”*⁴². Posteriormente, esta redacción fue modificada por la Comisión Codificadora para segundo debate en plenaria que aprobó la redacción actual del inciso cuarto del artículo 67 de la Constitución: *“La Educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos”*⁴³

En resumen, puede afirmarse que los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, conscientes del efecto económico que supone la gratuidad de la educación en todos los niveles educativos, propusieron una excepción a dicha regla tratándose concretamente de la educación superior. Sin embargo, nunca manifestaron expresamente que dichos cobros pudieran realizarse por la educación básica primaria, pues tal situación constituye un retroceso en la protección de este derecho frente a lo consagrado incluso en la Constitución

³⁹ Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente. Sesión Comisión 1, Mayo 10 (1510) Consulta Textual y Referencial.

⁴⁰ Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente. Sesión Comisión 1, Mayo 10 (1510) Consulta Textual y Referencial.

⁴¹ Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente. Sesión Comisión 1, Mayo 15 (1515) Consulta Textual y Referencial.

⁴² Gaceta Constitucional N° 109 página 4 y Gaceta Constitucional N° 136, página 11. Aprobado el 14 de junio de 1991. Votación: Afirmativos 42, negativos 0, abstenciones 1. en Carlos Lleras de la Fuente y otro. *Ibidem*.

⁴³ Gaceta Constitucional N° 113, página 5 en Carlos Lleras de la Fuente y otro. *Ibidem*.

de 1886 y frente al contenido de las obligaciones internacionales de Colombia en la materia que se presentarán más adelante. De acuerdo con esto, esta acción pública de inconstitucionalidad que solicita la declaratoria de inexecutable de la norma que autoriza a las instituciones educativas a realizar cobros en todos los niveles educativos, y concretamente por la educación básica primaria, se fundamenta en que el artículo 183 de la ley 115 de 1994 no sólo es contrario a las normas constitucionales -nacionales e internacionales- ya expuestas sino que además resulta incompatible con la intención primigenia del constituyente de 1991.

5. Conclusión

La declaratoria de inexecutable del artículo 183 de la Ley 115 de 1994 es viable tanto por razones jurídicas como por razones económicas. Las jurídicas pueden plantearse de la siguiente forma: Los tratados de Derechos Humanos Ratificados por Colombia y la doctrina de los organismos encargados de interpretar estos tratados tienen un carácter constitucional que la Corte ha reconocido en diversas ocasiones. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-393 de 2007, la Corte recordó que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) forma parte del bloque de constitucionalidad. En igual sentido, en la Sentencia C-355 de 2006 que liberalizó la práctica del aborto en Colombia, la Corte consideró que el artículo 12 del PIDESC al reconocer el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, hacía parte del bloque de constitucionalidad y en tal sentido debía ser tenido en cuenta como parámetro de constitucionalidad de las disposiciones acusadas como violatorias de la salud y la vida de las mujeres colombianas. También en materia de derecho a la educación, en la Sentencia T-375 de 2006 la Corte Constitucional consideró que el Convenio 169 de la OIT, al establecer un mandato claro de promoción del acceso a la educación de los miembros de las comunidades negras e indígenas, también hacía parte del bloque de constitucionalidad.

Siguiendo esa línea de análisis, la Corte Constitucional ha sostenido en varios pronunciamientos⁴⁴ que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar los tratados de derechos humanos, constituye por lo menos un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Cabe destacar que esta posición de la Corte Constitucional no se ha restringido a las decisiones jurisdiccionales sino también a las emanadas de los órganos de control o monitoreo. Así por ejemplo, en la Sentencia T-1319 de 2001, la Corte consideró como parte del bloque de constitucionalidad las interpretaciones que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha realizado del Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De igual forma, en la Sentencia C-355 de 2006 sobre el aborto en Colombia, la Corte tuvo en consideración para decidir las

⁴⁴ Ver por ejemplo las sentencias C-010 de 2000, T-1319 de 2001, y C-355 de 2006,

decisiones del Comité de Derechos Humanos, el Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer y el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Es claro entonces que la Corte Constitucional colombiana ha reconocido el carácter vinculante de tratados internacionales de derechos humanos pues los mismos hacen parte del bloque de constitucionalidad. Adicionalmente, ha considerado que las interpretaciones que de los mismos han realizado los órganos de monitoreo son también parte del bloque de constitucionalidad o, por lo menos, deben servir como un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Además de las anteriores consideraciones jurídicas, de las cuales se sigue una obligación indiscutible, existen buenas razones de economía política para implementar la gratuidad de la educación en Colombia, si es que se quieren considerar otro tipo de argumentos. Este tipo de argumentación no es extraño a la Corte. Como lo dijo en la sentencia C-791 de 2002 los elementos empíricos deben ser tenidos en cuenta al momento de adoptar una decisión. Sobre el particular, la Corte recuerda que este tipo de análisis no resulta extraño al control constitucional, pues en ellos subyacen aspectos que en ciertos casos determinan la exequibilidad o no de una norma. Al respecto, la sentencia C-1489 de 2000 abordó en detalle el tema y señaló lo siguiente:

“Con todo, lo anterior no significa que el juicio de constitucionalidad excluya cualquier consideración empírica, pues el juez constitucional no puede ignorar el contexto histórico y la realidad social en donde toma sus decisiones. Por ello, en muchas sentencias promulgadas por esta Corte en desarrollo del control abstracto de constitucionalidad de las leyes, los elementos empíricos han jugado un papel esencial a tal punto que han incluso determinado el sentido de la decisión, para lo cual, basta recordar algunos ejemplos.

Así, en determinados casos, la propia Constitución obliga directamente a tomar en cuenta elementos empíricos para poder adelantar adecuadamente el juicio de constitucionalidad. El ejemplo más claro es el estudio de la constitucionalidad de la declaratoria de los estados de excepción, ya que la única posibilidad que existe para que la Corte ejerza sobre esos decretos el control material que la Carta ordena, es que esta Corporación examine si en realidad los hechos invocados por el Presidente de la República en el decreto declaratorio existen y tienen la gravedad suficiente para legitimar el recurso a la Conmoción Interior, o al Estado de Emergencia, según sea el caso. Por ello, en todos estos casos, la Corte, y de manera invariable, ha adelantado el control constitucional de estos decretos con un estudio empírico muy detallado de la realidad del país (Sentencias C-004 de 1992, C-556 de 1992, C-446 de 1995, C-122 de 1999 y C-216 de 1999).

El anterior, si bien es el más importante, no es el único caso en que la Carta exige una confrontación empírica para poder determinar la exequibilidad de una disposición. Así, la Constitución utiliza en algunas de sus disposiciones conceptos técnicos, por lo cual, resulta en ocasiones ineludible verificar, con elementos científicos y empíricos, si la norma estudiada. Un ejemplo claro fue la sentencia C-221 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero, en donde la Corte tuvo que estudiar si la arena de los ríos debía o no estar sujeta a regalías. Y para responder a ese interrogante era necesario

determinar si la arena constituía o no un recurso renovable, elemento empírico y técnico que tuvo una incidencia indiscutible en la decisión.

En otros eventos, si bien la Carta no ordena abiertamente que la Corte tenga en cuenta ciertos elementos empíricos, es indudable que éstos han ejercido un papel determinante en las discusiones constitucionales, por la sencilla razón de que una norma puede ser exequible, en un cierto contexto histórico, pero tornarse inexecutable si la situación social o política fuera totalmente diferente.

Los argumentos de economía política que sustentan que la gratuidad en la educación es la mejor forma de proteger el acceso de la educación son los siguientes:⁴⁵

- a) El primero de ellos es que la focalización genera un incentivo perverso para falsear la entrega de la información, pues muchas personas, para beneficiarse del subsidio del estado, van a demostrar que tienen ingresos más bajos de los que realmente poseen. Otros, por el contrario, van a dejar de solicitar el subsidio, ya que van a pensar que es vergonzoso declararse pobres para recibir la ayuda; además obligar a una persona a declararse pobre para recibir un subsidio es, a todos luces, contrario al principio de la dignidad humana consagrado en el art 1 de la C.P
- b) Otro argumento en contra del subsidio es que puede desincentivar al beneficiario para que cambie su actividad productiva. En efecto, si una persona por cambiarse a una actividad económica que le deja más ingresos pierde el subsidio, preferirá seguir manteniendo su clasificación en el SISBEN con el fin de no ser excluido de la ayuda gubernamental.
- c) Los subsidios condicionados pueden afectar la autoestima de los beneficiarios, pues al catalogarlos como pobres, lleva a las personas a no querer ser beneficiarios de ellos a costa de perder su dignidad, lo cual es contrario al artículo 1 de la CP. La consecuencia de esto es que los grandes esfuerzos que hace la administración para proveer estos recursos para esos subsidios se pierden.
- d) Por último, la política de subsidios puede elevar los costos administrativos y conllevar a un aumento de la corrupción. Identificar a los destinatarios de los subsidios demanda una ingente cantidad de recursos, y además los funcionarios que determinan quien es el beneficiario detentan un poder que los hace susceptibles de ser influenciados por alguien externo al proceso.

En este orden de ideas, los subsidios por bajos ingresos no parecen ser tan eficientes para lograr el acceso de todos los niños y niñas en la educación primaria. Por el contrario una política de gratuidad universal permite que la escuela sea un espacio de encuentro ciudadano, donde los niños y niñas de diferentes clases sociales pueden interactuar y comprometerse a proteger un bien público.

⁴⁵ Un desarrollo más detallado de estas tesis se encuentra en: Pérez Luis Eduardo, Rodríguez César y Uprimny Rodrigo. Los Derechos Sociales en serio. Bogotá: Dejusticia-IDEP, 2006.

Los programas de gratuidad tienen la ventaja de ser sostenibles, pues no dependen del gobernante de turno ni tampoco del pago de impuestos de las clases más pudientes, las cuales, después de un tiempo, pueden dejar de apoyar los programas de subsidios condicionados porque no ven el beneficio directo que estos pagos tienen para sus intereses. Por último, es importante recordar que la educación, tanto a nivel constitucional como a nivel de los tratados internacionales de derechos humanos, tiene una dimensión de derecho y no de mercancía. No todo los bienes pueden pensarse en clave mercantilista, ya que deben existir algunos bienes que deben ser reservados de esa lógica. Esos bienes reservados son bienes meritorios, y su acceso depende única y exclusivamente del hecho de pertenecer al género humano. La educación pertenece a esos bienes⁴⁶.

En resumen, la Corte Constitucional colombiana ha defendido la gratuidad de la educación en casos concretos. Principalmente, cuando los padres de familia han acudido a la acción de tutela para que sus hijos tengan acceso o permanezcan en el sistema educativo. Sin embargo, la Corte no ha tenido ocasión de armonizar el contenido de las obligaciones internacionales de Colombia con lo dispuesto en el artículo 67 de la Constitución, la Ley 115 de 1994, y las normas reglamentarias en lo que atañe a los cobros que realizan las instituciones educativas por la educación básica primaria. La Corte, por ende, debe declarar inexecutable el artículo 183 de la Ley 115 de 1994, porque es contrario a las obligaciones de derechos humanos suscritas por el estado colombiano que dicen que la educación primaria debe ser gratuita; porque no es coherente con los núcleos fundamentales del derecho a la educación, a saber acceso y permanencia, que ha reconocido la jurisprudencia constitucional, y tercero, porque contraría la intención del constituyente que quiso que la educación en los establecimientos estatales fuera gratuita.

Por estas razones, de manera muy respetuosa, le solicitamos a la Corte que haga esta armonización, teniendo en cuenta todos los instrumentos jurídicos internacionales que ordenan que dichos cobros no estén permitidos y deben ser eliminados, pues ponen en peligro el derecho a la educación en su componente de accesibilidad económica.

V. Solicitud

De manera respetuosa solicitamos a la Honorable Corte Constitucional que, de conformidad con los planteamientos contenidos en el cuerpo de esta demanda declare la inexecutable del artículo 183 de la Ley 115 de 1994.

Notificaciones

Las notificaciones se recibirán en la Secretaría General de la Corte Constitucional.

⁴⁶ Tomasevski Katarina. El asalto a la educación. Barcelona: Oxfam. 2005.

Firmas

CAMILO ERNESTO CASTILLO SÁNCHEZ
C.C. 79.794.139 de Bogotá

ESTEBAN HOYOS CEBALLOS
C.C. 71.265.521 de Medellín.