

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

Bogotá. D. C., dos (2) de marzo de dos mil seis (2006).

CONSEJERO PONENTE: TARSICIO CACERES TORO

Radicación número: 54001-23-31-000-2005-01298-01

Actor: PERSONERÍA MUNICIPAL VILLACARO, NORTE SANTANDER.

Demandado: MINEDUCACIÓN -SRIA. EDUCACIÓN DEPTO. NORTE SANTANDER -COLEGIO NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

Derecho: Igualdad, Libre desarrollo de la personalidad, Dignidad niños y Educación.

(Falta acceso educación preescolar)

ACCIÓN DE TUTELA

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la Asesora de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional y el Secretario de Educación del Norte de Santander contra el fallo del 13 de diciembre de 2005, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander por medio del cual se accedió a las pretensiones de la tutela incoada.

ANTECEDENTES:

EL ESCRITO DE TUTELA. El personero Municipal de Villacaro, Norte de Santander en representación de 120 menores JIMENA CÁRDENAS MELÓ, JULIO CÉSAR ORTIZ RAMÍREZ, MOISÉS CALDERÓN CHACÓN, SHARIF DANIELA FLÓREZ BUENAVER, FRAYERD MIGUEL MARTÍNEZ, LUISA JULIANA MORENO GARCÍA, YARINETH SERRANO PÁEZ, JUAN JOSÉ SÁNCHEZ BUENAVER, FREDDY PÁEZ REMOLINA, MARLON SEPÚLVEDA, HOLGER HERNANDO MORA RODRÍGUEZ, SHIRLEY ROSALBA CÁRDENAS PATINO, VANESA ALEXANDRA RODRÍGUEZ, HAROLD HEDILMER MORA REMOLINA, EINER ELIÉCER RODRÍGUEZ, ISABEL SOFIA REMOLINA YÁNEZ, JESÚS ANDRÉS ORTIZ RODRÍGUEZ, CARLOS VERGEL PÉREZ, MARÍA CAMILA RAMÍREZ MORA, JORGE LUIS RAMÍREZ QUINTERO, JULIÁN EFRÉN ORTIZ SANTOS, SILVIA JULIANA RODRÍGUEZ MORA, ELKIN MAURICIO CAICEDO SÁNCHEZ, CESAR LUIS OVALLOS MELÓ, JOHAN SEBASTIAN RODRÍGUEZ DURAN, JULIÁN CAMILO SERRANO OVALLOS, JANY ALEXANDRA RODRÍGUEZ FLÓREZ, DANILO PABÓN PÉREZ, NICOLÁS SILVA RODRÍGUEZ, MARÍA ISABEL RINCÓN MORA, LEYDI ELIANA BERNAL RAMÍREZ, JOHON CARLOS MARYTÍNEZ BUENAVER, DIANA CORREDOR LÓPEZ, CARLOS JULIO GARCÍA RODRÍGUEZ, MAGRETH FABIANA RODRÍGUEZ, JESÚ DAVID REMOLINA, LUIS FERNANDO RODRÍGUEZ M., MARÍA ALEXANDRA SUESCÚN, CELENE ORTIZ PABÓN, JESSICA DANIELA RAMÍREZ FLÓREZ JOHANN RAMÍREZ, ADRIÁN CAMILO ORTIZ MONCADA, MARÍA ALEJANDRA REMOLINA, RICARDO JOSÉ MONCADA CARRILLO, USANDRO MORA CORREDOR, WILLIAM IGNACIO MALDONADO BERBESÍ, CARLOS NORVEY CORREDOR SERRANO, BRENDA LIZETH VEGA RODRÍGUEZ, RICARDO ANDRÉS MOLIUNA PÉREZ, DAYANA CAROLINA QUINTERO, ESELY DAYANA CALDERÓN, MARÍA JOSÉ UPARELA JIMÉNEZ, JACKSON MANUEL OCHOA LÓPEZ VANESA RODRÍGUEZ MORA, JESÚS JULIÁN PABÓN PÁEZ, DUVAN EDILSON FLÓREZ REYES, ALCIDES LANDAZABAL CORREDOR, WILLIAM IVÁN RODRÍGUEZ VARGAS, EDWIN ALDEMAR FLÓREZ, WILMER RODRÍGUEZ SÁNCHEZ y MARÍA FERNANDA SERRANO REDONDO, incoa acción de tutela el 30 de noviembre de 2005 contra el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL NORTE DE SANTANDER y el COLEGIO NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO DE VILLACARO, con el fin de que se le salvaguarden los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, de educación y de dignidad de los niños.

Como hechos que sirven de sustento a la acción, se señaló los que se resumen a continuación;

Que el Colegio demandado, venia prestando el servicio educativo de preescolar en los grados de prejardín a niños que tenían 3 años de edad y jardín a los que contaban con 4, hasta la vigencia del año 2003 y de la expedición de la ley 715 de 2001.

Que en el 2004 solamente se recibieron 27 niños para el grado jardín y 21 para el grado cero, pero no a los de pre-jardín.

Que en el 2005 fueron matriculados 45 niños para el grado cero, dejando por fuera del servicio a los niños menores de 5 años y que por tal razón el solicitante de tutela le pidió EA explicación pertinente al rector del Colegio Nuestra Señora del Rosario, a lo cual le respondió que de conformidad con la orden expedida por la Secretaria de Educación Departamental los niños para cursar los grados de prejardín y jardín no pueden ser recibidos en ninguna de las sedes urbanas de acuerdo con la resolución No 1515 del 3 de julio de 2003.

Que luego de que el 30 de agosto de 2005 le solicitara el Personero Municipal mencionado y el Rector del Colegio Nuestra Señora del Rosario al Secretario de Educación Departamental que se prestara el mencionado servicio educativo, tal servidor les informó que el servicio educativo no había sido prestado por no superar el departamento del Norte de Santander el 80% de cobertura de transición, pues solamente cubrió el 30, según lo ordenado por el Ministerio de Educación Nacional. (Fls. 1 a 6 Exp.).

EL FALLO DE TUTELA. El Tribunal Administrativo del Norte de Santander en el numeral 1° tuteló el derecho a la educación de los niños relacionados en la solicitud de tutela y en el numeral 2° ordenó al Ministerio de Educación Nacional, a la Secretaría Departamental del Norte de Santander y al Colegio Nuestra Señora del Rosario de Villacaro, que dentro del término de 48 horas, contado desde la notificación del fallo, dispongan lo de su competencia para que al iniciar el calendario escolar de 2006 tal institución educativa, preste el servicio educativo de preescolar (prejardín y jardín) a los citados menores, por las siguientes razones:

Que los accionantes vulneraron el derecho a la educación de los niños solicitantes de tutela, porque no les han recibido la matrícula respectiva para cursar prejardín y jardín en el Colegio Nuestra Señora del Rosario.

Que a pesar de que el artículo 67 de la Constitución Política previó que el servicio público educativo es obligatorio y debe brindarse entre los 5 y 15 años de edad, la Corte Constitucional en el fallo T-356 del 2001 consideró que tal norma no puede ser interpretada de manera rígida sino flexiblemente como también lo prevé la Carta Fundamental.

Que el derecho a la educación conlleva 2 situaciones: permanencia, continuidad y acceso al servicio y que es un derecho fundamental cuando están involucrados niños, es decir que se convierte en un derecho de aplicación inmediata, según lo ordenado en el artículo 44 de la Constitución Política.

Que de conformidad con el artículo 17 de la ley 115 de 1994, en los establecimientos educativos estatales para niños menores de 6 años habrá como mínimo un grado obligatorio de educación preescolar; que según el artículo 2° del decreto 2247 de 1997 la prestación del servicio público educativo se brinda a los niños de 3 a 5 años y comprende 3 grados: prejardín, jardín y transición; que de acuerdo con el artículo 19 del citado decreto las instituciones educativas que estén en condiciones de brindar además de transición, los grados de prejardín y jardín, pueden hacerlo, siempre que tengan autorización oficial y que su implementación se ciña al plan de desarrollo educativo territorial.

Que en el Colegio demandado se prestó el servicio educativo para prejardín y jardín hasta el año 2003, en el 2004 solamente prestó el servicio para los grados jardín y transición y en el 2005 no se otorgó el servicio para prejardín y jardín; que por lo anterior, no resulta lógico que se rompa la continuidad del servicio al que venían accediendo los menores y que por ello no resulta relevante la afirmación hecha por la Secretaria de Salud Departamental de Norte de Santander de que el fallo proferido por el Consejo de Estado estaba encaminado a que el servicio educativo se continuara prestando a los niños que venían cursando sus estudios, porque al sostenerse tal argumento se estaría desconociendo el artículo 67 de la Carta

Fundamental, que garantiza la permanencia y el acceso de los menores al sistema educativo. (Fls. 60 a 75 Exp.).

LA IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE TUTELA. Ministerio de Educación. La Asesora de la Oficina Jurídica Asesora del tal Ministerio impugna en su debida oportunidad el fallo del a quo y solicita que se excluya y por ende, se declare improcedente la tutela en relación con tal organismo, por las siguientes razones:

Que de conformidad con las normas que lo gobiernan no es el competente para decidir sobre las súplicas reclamadas y que por ello no ha quebrantado derecho fundamental alguno a los menores representados por el Personero Municipal de Villacaro.

Que el Ministerio de Educación no se puede abrogar actuaciones administrativas que son propias del departamento de Norte de Santander. (Fls. 85 a 88 Exp.).

Gobernación de Norte de Santander. El Secretario de Educación de tal ente territorial impugna el fallo del a quo, con fundamento en:

Que la negativa a prestar el servicio educativo para los grados de prejardín y jardín se debió al cumplimiento de las normas señaladas en la contestación de la tutela y a las directrices impartidas por el Ministerio de Educación Nacional, especialmente, el literal c) del artículo 3° de la resolución No 1515 del 3 de julio de 2003 que ordena que para ingresar al grado de transición se debe asegurar debe tenerse 5 años.

Que lo anterior también fue ordenado por el Ministerio de Educación Nacional, por no alcanzarse por el departamento de Norte de Santander la cobertura prevista en los artículos 18 de la ley 115 de 1994 y 2° del Decreto 2247 de 1997, sin que ello implique que respecto de los menores de 5 años no se asignen recursos al departamento.

Que por el hecho de que se presentan limitaciones presupuétales, el departamento no puede tener compromisos sin contar con los recursos para garantizar el pago de las obligaciones que ello conlleva, violándose también el Estatuto Orgánico de Presupuesto y que además de conformidad con la ley 715 de 2001, el mencionado ente territorial no puede asumir con sus propios recursos las erogaciones adicionales. (Fls. 89 a 91 Exp.).

CONSIDERACIONES

En el proceso el Personero Municipal de Villacaro, Norte de Santander en representación de los menores JIMENA CÁRDENAS MELÓ, JULIO CÉSAR ORTIZ RAMÍTREZ, MOISÉS CALDERÓN CHACÓN, SHARIF DANIELA FLÓREZ BUENAVER, FRAYERD MIGUEL MARTÍNEZ, LUISA JULIANA MORENO GARCÍA, YARINETH SERRANO PÁEZ. JUAN JOSÉ SÁNCHEZ BUENAVER, FREDDY PÁEZ REMOLINA, MARLON SEPÚLVEDA, HOLGER HERNANDO MORA RODRÍGUEZ, SHIRLEY ROSALBA CÁRDENAS PATINO, VANESA ALEXANDRA RODRÍGUEZ, HAROLD HEDILMER MORA REMOLINA, EINER ELIÉCER RODRÍGUEZ, ISABEL SOFÍA REMOLINA YÁNEZ, JESÚS ANDRÉS ORTIZ RODRÍGUEZ, CARLOS VERGEL PÉREZ. MARÍA CAMILA RAMÍREZ MORA, JORGE LUIS RAMÍREZ QUINTERO, JULIÁN EFRÉN ORTIZ SANTOS, SILVIA JULIANA RODRÍGUEZ MORA, ELKIN MAURICIO CAICEDO SÁNCHEZ. CESAR LUIS OVALLOS MELÓ, JOHAN SEBESTIAN RODRÍGUEZ DURAN, JULIÁN CAMILO SERRANO OVALLOS, JANY ALEXANDRA RODRÍGUEZ FLÓREZ, DANILO PABÓN PÉREZ, NICOLÁS SILVA RODRÍGUEZ, MARÍA ISABEL RINCÓN MORA, LEYDI ELIANA BERNAL RAMÍREZ, JOHON CARLOS MARYTÍNEZ BUENAVER, DIANA CORREDOR LÓPEZ, CARLOS JULIO GARCÍA RODRÍGUEZ, MAGRETH FABIANA RODRÍGUEZ, JESÚ DAVID REMOLINA, LUIS FERNANDO RODRÍGUEZ M., MARÍA ALEXANDRA SUESCÚN, CELENE ORTIZ PABÓN, JESSICA DANIELA RAMÍREZ FLÓREZ JOHANN RAMÍREZ, ADRIÁN CAMILO ORTIZ MONCADA, MARÍA ALEJANDRA REMOLINA, RICARDO JOSÉ MONCADA CARRILLO, LISANDRO MORA CORREDOR, WILLIAM IGNACIO MALDONADO BERBESÍ, CARLOS NORVEY CORREDOR SERRANO, BRENDA LIZETH VEGA RODRÍGUEZ, RICARDO ANDRÉS MOLIUNA PÉREZ, DAYANA CAROLINA QUINTERO, ESELENDY DAYANA CALDERÓN, MARÍA JOSÉ UPARELA JIMÉNEZ. JACKSON MANUEL OCHOA LÓPEZ VANESA RODRÍGUEZ MORA, JESÚS JULIÁN PABÓN

PÁEZ, DUVAN EDILSON FLÓREZ REYRES, ALCIDES LANDAZABAL CORREDOR, WILLIAM (VAN RODRÍGUEZ VARGAS, EDWIN ALDEMAR FLÓREZ, WILMER RODRÍGUEZ SÁNCHEZ y MARÍA FERNANDA SERRANO REDONDO, pretende la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, de educación y de dignidad de los niños, que en su sentir han sido quebrantados por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL NORTE DE SANTANDER y el COLEGIO NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO DE VILLACARO,

Para resolver, se analizan los siguientes aspectos relevantes:

Posición jurisprudencial de la Sala en el caso concreto.

En un caso similar al sub lite, la Sala se pronunció mediante fallo del 24 de noviembre de 2005, dentro del expediente N° 1499- 01, demandante: Sandra Vanesa Muñoz Erazo en el cual se consideró:

"SANDRA VANESA MUÑOZ ERAZO, actuando en representación de su hija menor Ángela Johana Patino Muñoz, acudió ante el Tribunal Administrativo de Nariño, con el fin de solicitar protección de derechos fundamentales los cuales considera vulnerados por el Ministerio de Educación Nacional,

Solicita que mediante providencia que resuelva la presente acción se tutelen los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad ordenando al Ministerio de Educación Nacional la prestación del servicio educativo de preescolar en los cursos de prejardín y jardín en la Institución Educativa Municipal "Mariano Ospina" INEM.

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en asunto de idéntica naturaleza al problema que ahora se examina, razón por la cual se retoman los planteamientos expuestos en la sentencia de noviembre 10 de 2005, Magistrado Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, radicación No. 1353-01.

Está probado que la menor en cuyo favor se promovió la presente acción nació el 24 de noviembre de 2001, lo cual indica que para la época cuenta con 4 años de edad.

Igualmente se acreditó por parte del Jardín Infantil Piloto INEM que para el periodo académico 2005 - 2006 no se recibieron preinscripciones ni inscripciones formales para niños y niñas en edades de 3 y 4 años para cursar los grados de prejardín y jardín por orden del señor rector atendiendo la resolución No. 1515 proferida por el Ministerio de Educación Nacional.

La Alcaldía Municipal de Pasto, a través de la Secretaria Municipal de Educación señaló que en ningún momento ha vulnerado los derechos fundamentales de los niños la no aceptación de nuevos alumnos se hace acatando las disposiciones legales que en materia educativa expidió el Gobierno Nacional. Aclara que en el Jardín Infantil Piloto INEM para el calendario escolar 2005 ~ 2006 solo se suprimió el grado de prejardín para niños de tres años de edad, es decir, que no se recibieron nuevos niños para este grado escolar y a los niños antiguos que venían cursando éste nivel, se les garantizó su continuidad escolar en la misma institución pasando al grado siguiente es decir a jardín.

El fundamento legal para permitir el ingreso de nuevos alumnos en los grados de prejardín y jardín lo es el artículo 67 de la Constitución Política y la Resolución No. 1515 de 2003, proferida por el Ministerio de Educación Nacional, conforme a los cuales la educación es obligatoria desde los cinco años de edad.

De conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política el Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, la que será obligatoria entre los 5 y los 15 años de edad y comprenderá como mínimo un año de preescolar y nueve años de educación básica.

El artículo 11 de la Ley 715 de 2001 dispone:

"Las instituciones educativas estatales podrán administrar Fondos de Servicios Educativos en

los cuales se manejarán los recursos destinados a financiar gastos distintos a los de personal, que faciliten el funcionamiento de la institución."

A su vez el artículo 17 de la ley 115 de 1994 prescribe que el nivel de educación preescolar comprende, como mínimo, un grado obligatorio en los establecimientos educativos estatales para niños menores de 6 años de edad.

De la normatividad transcrita es forzoso concluir que el Estado está en la obligación de garantizar la educación, tanto por mandato constitucional como legal, entre los 5 y los 15 años de edad y que ella comprende como mínimo un año de preescolar.

No es materia de discusión que el Jardín Infantil Piloto INEM ofrece el servicio de educación preescolar en el Departamento de Nariño. El conflicto se presenta con los menores de 5 años, caso de la tutelante.

Tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional el factor cronológico de los estudiantes en el proceso educativo es relevante porque el proceso de formación intelectual y académico depende de la madurez fisiológica y mental del alumno, de tal manera que la edad es un elemento objetivo de trato diferente que resulta válido constitucionalmente. (Sentencia T-534 de 1997).

En sentencia de 13 de mayo de 2004, esta Corporación con ponencia del Dr., Darío Quiñones, Exp. No. 0005-01 (AC) dijo:

"En tal virtud, esas normas permiten a la Sala concluir que, contrario a la interpretación adoptada por los demandados y por el Tribunal en este asunto, el mínimo de prestación del derecho a la educación preescolar no constituye una barrera que impide ampliar su cobertura, pues, por el contrario, la mayor prestación del servicio de educación desarrolla los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

De consiguiente, una vez iniciado el periodo lectivo de 2004 y matriculados los niños menores de 5 años en los cursos de jardín y prejardín no pueden ser retirados del servicio público de educación preescolar con el argumento de que la prestación de ese servicio no es obligatoria."

A su vez la Corte Constitucional en sentencia T-356-01 de 30 de marzo, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda en un tema similar al aquí planteado, expresó:

"Es importante precisar que mientras el artículo 44 constitucional consagra el derecho fundamental a la educación de los niños, el artículo 67-3 establece sobre quiénes recae la obligación de prestar este derecho. Son dos cosas distintas. No se puede confundir el derecho a la educación con la obligatoriedad de la educación. Para esta Sala es un error interpretar el alcance de una garantía constitucional, que como ya se ha dicho goza de una especial protección, a la luz de una norma constitucional que señala quién debe asumir esta carga.

No obstante, considera la Sala que es importante referirse al argumento de la Juez de instancia. En la sentencia T-323 de 1994 la Sala Tercera de Revisión abordó este problema, planteándolo en los siguientes términos, "El inciso tercero del artículo 67 de la constitución ordena:

'El Estado, la sociedad y la Familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo un año de preescolar y nueve años de educación básica.

*Este artículo constitucional puede ser objeto de dos interpretaciones posibles. Una de ellas considera la edad como elemento determinante y exclusivo para originar el compromiso institucional; la otra, en cambio, supone que la obligación de proporcionar educación tiene lugar cuando se cumpla alguna de las siguientes dos condiciones: 1) ser menor de quince años o 2) no haber terminado la educación básica."*¹

La Sala concluyó que la interpretación adecuada es la segunda. Es lo que se sigue de aplicar

el principio de interpretación pro infans consagrado en el artículo 44 de la Constitución,² así como la obligación expresa de remitirse a los tratados internacionales,³ En efecto, los criterios fijados en el artículo 67, edad del niño y grados de escolaridad, no pueden ser tomados en un sentido que perjudique el derecho a la educación de los niños. Ello sucedería si se convierten en criterios para restringir el derecho o para excluir a ciertos niños de su pleno goce. Por eso, los criterios del artículo 67 deben ser interpretados no como exclusivos sino como inclusivos. Tal es la interpretación más favorable para los niños. Por ello dijo la sentencia T-323 del 94 con relación al acceso de los menores entre 15 y 18 años a la educación básica, en un caso donde la edad podía tener el efecto excluyente, lo siguiente:

"En estos casos (menores entre 15 y 18 años), si bien su situación

¹ Sentencia T-323/94; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (en este caso se decidió que el derecho fundamental a la educación cohiba los nueve años básicos, incluso para mayores de 15. siempre y cuando no superen los 18; en el caso concreto no se incluyó porque la demandante presentó su solicitud al plantel de forma extemporánea)

² Ya en otras ocasiones la Corte ha utilizado este principio, como en la sentencia T-298/94; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (en este caso se decidió se ordenó a una institución a matricular 3 un niño con síndrome de Dawn. a pesar de haberse vencido el término fijado por el plantel para inscribirse, en aplicación del principio pro infans)

³ En el caso que se comenta, aunque la demandante era mayor de 15 años, se consideró que si tenía derecho, por lo dispuesto en el artículo 44 de la Convención sobre los derechos del niño, ratificada por Colombia, según el cual: "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."

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 prescricional 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."

Ahora bien, la flexibilidad de la que habla esta sentencia, en relación con el criterio de los "grados de escolaridad", también se sigue del tenor literal de la norma constitucional. El propio artículo 67-3 de la Carta Política señala que la obligatoriedad de la educación contempla "como mínimo", un año de preescolar y nueve de educación básica. Es decir, la Constitución misma prevé que en ciertas circunstancias se extienda dicha obligatoriedad."

Por lo expuesto se tiene que la escolaridad obligatoria comprende a los niños que se encuentren entre los 5 y los 15 años, como regla general, e implica como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica, aspecto que encuentra sustento tanto constitucional como legal

De acuerdo con la Ley 715 de 2001, la educación de los menores de cinco años, corre a cargo de los entes territoriales, según su capacidad, y, por ende, no puede obligarse a los entes

oficiales prestar el servicio si sus condiciones no lo permiten.

La Sala revocará la decisión del tallador de instancia en cuanto tuteló los derechos de la menor Ángela Johana Patino Muñoz a la educación, igualdad y el libre desarrollo de la personalidad impetrados por su madre pues el Instituto Educativo no tiene la obligación de prestar el servicio

⁴ Sentencia T-323/94; M.P. Eduardo Cifuentes Montano-

educativo a menores de cinco años, máxime cuando la menor Ángela Patino no había ingresado al plantel educativo,

Afirmación está última que reposa en el expediente según informe rendido por el propio rector del INEM de Pasto, señor Jaime R. Guerrero Vinuesa, donde manifiesta: "que la niña Ángela Johana Patiño Muñoz no tiene preinscripción o inscripción formal, pero si solicito cupo en la institución".

Resulta claro que para el periodo académico 2005 - 2006 no se recibieron preinscripciones o inscripciones formales para niños y niñas en edades de 3 y 4 años dando cumplimiento a la Resolución No. 1515 de 2003, proferida por el Ministerio de Educación Nacional.

En estas condiciones no le asistió razón al Tribunal Administrativo de Nariño para tutelar los derechos de los menores que no han completado la edad de cinco años para tener acceso al servicio público educativo."

En el sub judice al aplicar el fallo transcrito, se observa que debido a que los padres o acudientes de los menores no han realizado ningún pago de matrícula con el fin de que a éstos les sea prestado el servicio de educación para los niveles de prejardín y jardín, pues de ello no obra prueba en contrario, y porque de conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política, solamente es obligatorio prestar tal servicio a los niños entre 5 y 15 años de edad, resulta indiscutible que los demandados no le han vulnerado derecho fundamental alguno a los infantes representados por el Personero Municipal de Vitlacaro, Norte de Santander, lo que impone a la Sala revocar el fallo impugnado, para en su lugar, negar la tutela reclamada.

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:

REVÓCASE el fallo del 13 de diciembre de 2005, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que, entre otros aspectos, amparó el derecho a la educación de los menores JIMENA CÁRDENAS MELÓ, JULIO CÉSAR ORTIZ RAMÍTREZ, moisés CALDERÓN CHACÓN, SHARIF DANIELA FLÓREZ BUENAVER, FRAYERD MIGUEL MARTÍNEZ, LUISA JULIANA MORENO GARCÍA, YARINETH SERRANO PÁEZ, JUAN JOSÉ SÁNCHEZ BUENAVER, FREDDY PÁEZ REMOLINA, MARLON SEPÚLVEDA, HOLGER HERNANDO MORA RODRÍGUEZ, SHIRLEY ROSALBA CÁRDENAS PATINO, VANESA ALEXANDRA RODRÍGUEZ, HAROLD HEDILMER MORA REMOLINA, EINER ELIÉCER RODRÍGUEZ, ISABEL SOFÍA REMOLINA YÁNEZ, JESÚS ANDRÉS ORTIZ RODRÍGUEZ, CARLOS VERGEL PÉREZ, MARÍA CAMILA ramírez MORA, JORGE LUIS RAMÍREZ QUINTERO, JULIÁN EFRÉN ORTIZ SANTOS, SILVIA JULIANA RODRÍGUEZ MORA, ELKIN MAURICIO CAICEDO SÁNCHEZ. CESAR LUIS OVALLOS MELÓ, JOMAN SEBASTIAN RODRÍGUEZ DURAN, JULIÁN CAMILO SERRANO OVALLOS, JANY ALEXANDRA RODRÍGUEZ FLÓREZ, DANILO PABOIN PÉREZ, NICOLÁS SILVA RODRÍGUEZ, MARÍA ISABEL RINCÓN MORA, LEYDI ELIANA BERNAL RAMÍREZ, JOHON CARLOS MARYTÍNEZ BUENAVER, DIANA CORREDOR LÓPEZ, CARLOS JULIO GARCÍA RODRÍGUEZ, MAGRETH FABIANA RODRÍGUEZ. JESÚ DAVID REMOLINA, LUIS FERNANDO RODRÍGUEZ M., MARÍA ALEXANDRA SUESCÜN. CELENE ORTIZ PABÓN, JESSICA DANIELA RAMÍREZ FLÓREZ JOHANN RAMÍREZ, ADRIÁN CAMILO ORTIZ MONCADA, MARÍA ALEJANDRA REMOLINA, RICARDO JOSÉ MONCADA CARRILLO, LISANDRO MORA CORREDOR, WILLIAM IGNACIO

MALDONADO BERBESÍ, CARLOS NORVEY CORREDOR SERRANO, BRENDA LIZETH VEGA RODRÍGUEZ, RICARDO ANDRÉS MOLINA pérez, DAYANA CAROLINA QUINTERO, ESLENDY DAYANA CALDERÓN, MARÍA JOSÉ UPARELA jiménez, JACKSON MANUEL OCHOA' LÓPEZ VANESA RODRÍGUEZ MORA, JESÚS JULIÁN RAB  N PÁEZ, DUVAN EDILSON FLÓREZ REYES, ALCIDES LANDAZABAL CORREDOR, WILLIAM IVÁN RODRÍGUEZ VARGAS, EDW1N ALDEMAR FLÓREZ, WILMER RODRÍGUEZ SÁNCHEZ y MARÍA FERNANDA SERRANO REDONDO, vulnerados, en su sentir, por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL NORTE DE SANTANDER y el COLEGIO NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO DE VILLACARO. En su lugar:

2. NI  GASE la tutela impetrada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Cop  ese, notifíquese, cúmplase, remítase copia al Tribunal de origen y envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La anterior decisión la estudi   y aprobó la Sala en sesión de la fecha precitada.

TARSICIO CACERES TORO

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO