

Sentencia T-629/17



Referencia: Expediente T-6.202.640

Acción de tutela instaurada por Diana Catalina Ricaurte Chisco en contra de la Secretaría Distrital de Educación de Cartagena y del Ministerio de Educación Nacional, en nombre de 103 niños y niñas matriculados en 2016 como estudiantes nuevos en la Corporación de Educación Especial y Formal Mente Activa.

Procedencia: Juzgado Segundo (2°) Penal del Circuito de Cartagena.

Asunto: Legitimación por activa para la defensa de los derechos de niños y niñas, hecho superado, educación inclusiva y evaluación educativa.

Magistrada sustanciadora:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., diez (10) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia proferido el 24 de agosto de 2016 por el Juzgado Segundo (2°) Penal del Circuito de Cartagena, que revocó la decisión de tutelar los derechos de los agenciados, tomada el 6 de julio de 2016 por el Juzgado Sexto (6°) Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cartagena para, en su lugar, declarar improcedente el amparo.

El asunto llegó a esta Corporación por remisión del juez de segunda instancia, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 86 de la Constitución y del inciso 2° del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. Fue escogido para revisión por la Sala de Selección N°6, mediante auto del 30 de junio de 2017.

I. ANTECEDENTES

Diana Catalina Ricaurte Chisco promovió acción de tutela contra la Secretaría Distrital de Educación de Cartagena y el Ministerio de Educación Nacional, por considerar que ambas entidades comprometen los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y a la vida digna de 103 niños y niñas en condición de discapacidad, que fueron matriculados en 2016 como estudiantes nuevos en la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa, por cuanto a mitad del año escolar propiciaron el retiro de aquellos de esa última institución educativa e interrumpieron su proceso de formación.

A. Hechos y pretensiones

Diana Catalina Ricaurte Chisco es la Presidenta de la Junta de Padres de Familia de la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa. Formuló esta solicitud de amparo en resguardo de los derechos de 103 niños y niñas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, pues además de ser personas en condición de discapacidad física y/o cognitiva, todos están en condiciones de fragilidad socioeconómica, son beneficiarios del SISBEN, sus núcleos familiares cuentan con recursos monetarios escasos y viven en zonas deprimidas de la ciudad de Cartagena.

Los niños y niñas que representa enfrentan actos de discriminación perpetrados, en especial, por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena. Esta entidad resolvió no aprobar el contrato para que los agenciados puedan recibir educación especial en la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa, lo que implica una restricción para acceder a los servicios educativos, que pretenden justificar con la temporalidad en la que se vincularon en dicha institución. Los servicios educativos fueron aprobados y costeados en beneficio de los estudiantes que ya estaban matriculados en 2015, pero en relación con los 103 agenciados no fue así por el hecho de haberse matriculado como estudiantes nuevos en 2016 y no antes. Dicho fundamento del proceder de la administración, no es un criterio razonable de distinción entre los dos tipos de estudiantes.

El proceso de formación de los menores de edad se encontraba en curso para junio de 2016, cuando la SED decidió no hacerse cargo de los costos educativos que implica su formación. Alega la accionante que las clases y los procesos de formación de los 103 niños agenciados no pueden truncarse por la decisión de la Secretaría de Educación accionada.

Con fundamento en todo ello, Diana Catalina Ricaurte Chisco acudió al juez de tutela el 17 de junio de 2016, para solicitarle la protección de los derechos fundamentales de los niños y niñas agenciadas. Pidió que para contener la amenaza sobre ellos se le ordene a la Secretaría de Educación accionada tomar medidas antes de que termine el periodo de vacaciones de mitad de año, con el propósito de evitar que el proceso educativo de los menores se interrumpa. Solicitó también que el juez de tutela le ordene a ambas demandadas tener en cuenta la calidad de sujeto de especial protección constitucional de los

agenciados, por lo que sus derechos prevalecen ante cualquier tropiezo económico o dificultad administrativa.

B. Actuaciones de instancia

Repartido el escrito de tutela a la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, éste ordenó remitirlo a la Oficina Judicial de la Administración Judicial para que se surtiera un nuevo reparto conforme al Decreto 1382 de 2000. La razón es que encontró que si bien el Ministerio de Educación es uno de los demandados, lo cierto es que no está directa y específicamente involucrado en el caso que se sometió a su conocimiento¹. Por ende, lo que correspondía era repartirlo entre los juzgados municipales del distrito judicial.

En consecuencia, finalmente el asunto fue asignado al Juzgado Sexto (6°) Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cartagena, que a través de decisión del 22 de junio siguiente, admitió el trámite constitucional y le corrió traslado a las accionadas.

C. Respuesta de las accionadas

1. La **Secretaría de Educación Distrital (SED) de Cartagena de Indias** solicitó que el amparo sea negado. Informó que los agenciados son menores de edad que no están inscritos en la SED y respecto de ellos no hay ninguna autorización para contratar servicios educativos. Precisó que no otorga becas en instituciones privadas, sino que ante la incapacidad de cubrir la demanda educativa a través de las instituciones oficiales, contrata la prestación de servicios educativos anualmente, previo análisis de la insuficiencia de los cupos escolares y actualización del Banco de Oferentes.

Aseguró que para el año escolar 2016 solo se contrató con la Corporación de Educación Especial y Formal Mente Activa la prestación del servicio educativo a los estudiantes que habían sido atendidos en esa entidad durante el 2015. Lo anterior se explica porque esa institución educativa, de carácter privado, no se encuentra habilitada para contratar con la SED para el periodo 2016-2017, pues no cumple con los requisitos que impone el Decreto 1851 de 2015 sobre acreditación de la idoneidad de los contratistas en educación. Según esta norma, los resultados de la pruebas SABER de la institución deben ser superiores al percentil 35 en lenguaje y matemáticas, pero la Corporación de Educación Especial y Formal Mente Activa no cumplió con el percentil exigido. De tal suerte se le inhabilitó para la contratación de nuevos servicios educativos para el periodo 2016-2017, pero se respetó el derecho a la continuidad de los procesos de formación de quienes habían iniciado actividades allí antes de ese periodo, cuando esa entidad sí se encontraba en el Banco de Oferentes.

¹ Cuaderno principal. Folio 206.

La SED afirmó que la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa es una institución privada que se concentra en servicios educativos especiales. Hasta 2015 estuvo en el Banco de Oferentes, pero al finalizar ese mismo año, mediante la Resolución N°9314 del 30 de diciembre, se conformó el listado de instituciones habilitadas para contratar el periodo 2016-2018, entre las que no se encontraba dicha Corporación.

No obstante, aunque no existía habilitación para contratar con la entidad territorial, la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa “*creó falsas expectativas a estudiantes y padres de familia*”, al ofrecer sus servicios a cargo de la SED cuando no había ninguna obligación a su cargo. Lo que intenta esa institución educativa es extender el contrato más allá del año por el cual se firmó y cargar patrimonialmente a la entidad territorial, sin que pueda hacerlo válidamente. Por el contrario, a la luz del artículo 2.3.1.3.2.14. del Decreto 1851 de 2015 en estos eventos de prestación del servicio por fuera del banco de oferentes, los costos de los servicios prestados serán del prestador y no de la entidad territorial.

Sobre la situación particular de los agenciados, dado el avanzado estado del calendario escolar para el momento de la presentación de esta acción de tutela, la Secretaría aseguró que el derecho a la educación no podía ser garantizado durante el resto del año 2016. Sin embargo, en 2017, se comprometió a prestarlo en forma efectiva a cada agenciado. Así, concluyó que debía ser desvinculada de este proceso pues asegurará en 2017 en derecho a la educación de los agenciados.

2. La **accionante** sostuvo que el motivo por el cual la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa no cumplió el percentil de las pruebas SABER para poder integrar el Banco de Oferentes, es que el 100% de sus estudiantes tienen discapacidad. Como quiera que no hay criterios diferenciales de valoración de las pruebas SABER, los resultados no pudieron ser los exigidos por la normativa vigente. Calificó como injusto este sistema de valoración.

Adicionalmente manifestó que en cualquier caso, siempre que un menor de edad en condición de discapacidad solicita un cupo escolar en la ciudad de Cartagena, es remitido a la Corporación Formalmente Activa, pues el Distrito carece de la infraestructura suficiente para atenderlos.

La demandante consideró que debe descartarse el análisis sobre lo que la Corporación hizo o dejó de hacer, pues de los hechos se desprende una amenaza contundente a los derechos de los agenciados, pues de no intervenir el juez de tutela el derecho a la educación quedará suspendido, cuando menos por 6 meses más.

3. El **Ministerio de Educación Nacional** sostuvo que respecto a él no existe legitimación por pasiva. Informó que desarrolla un programa nacional de Necesidades Educativas Especiales enfocado en un modelo de educación

inclusiva, que se basa en la búsqueda de un aula para todos mediante la incorporación de apoyos diferenciales. En el marco de este programa general se desarrollan Planes de Apoyo al Mejoramiento (PAM) y Planes de Mejora Institucionales (PMI).

Mencionó que las entidades territoriales solo pueden contratar servicios de educación cuando el personal de apoyo es insuficiente. En esos eventos, la Nación le reconoce un 20% más del presupuesto como complemento de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones. De este modo, es preciso contratar solo los servicios de apoyo pedagógico requeridos y los estudiantes que demandan apoyo en forma extensa deben ser atendidos en distinta forma.

D. Sentencia de Primera Instancia

El 6 de julio de 2016, el Juzgado Sexto (6°) Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cartagena profirió sentencia en la que amparó los derechos fundamentales de los agenciados. Encontró que era deber de la Secretaría de Educación reubicar a los menores de edad afectados por la falta de aprobación del contrato entre ella y la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa, sin embargo la entidad territorial no ofreció una solución oportuna al problema.

El juzgado de conocimiento aseguró que la prestación del servicio educativo no se ve afectada solo por la actuación de la SED, sino también por parte de la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa quien les creó falsas expectativas. Por el contrario, concluyó que el Ministerio de Educación, en efecto, no tenía ninguna clase de responsabilidad en lo ocurrido.

Considerado lo anterior, la primera instancia ordenó que en el término de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación del fallo, la SED reubicara y trasladara a los niños y niñas afectados a otras instituciones educativas.

E. Impugnación de la decisión

Inconformes con la decisión de primera instancia tanto Diana Catalina Ricaurte Chisco, en calidad de demandante, como la Secretaría de Educación Distrital (SED) de Cartagena de Indias, impugnaron la decisión:

1. La **accionante** argumentó que si bien la sentencia de primera instancia asegura un cupo escolar a los agenciados, ello no resguarda su derecho a la vida digna, pues los establecimientos educativos oficiales del Distrito de Cartagena no cuentan con las condiciones para brindar educación de la misma calidad que ofrece la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa. Si bien las condiciones de calidad educativa de esa institución no se reflejan en los resultados de las pruebas SABER, destaca que es imposible que los estudiantes logren resultados más altos dada su condición de discapacidad.

2. La **Secretaría de Educación Distrital (SED) de Cartagena de Indias** manifestó que las instituciones oficiales de la entidad territorial no tienen las características, idoneidad, experiencia y currículo necesario para cumplir la orden judicial y atender a los 103 niños accionados. Además no tiene ningún cupo disponible para ellos, lo que implica que debe hacer un proceso de contratación distinto al del Banco de Oferentes, que demanda un plazo mayor al otorgado.

F. Sentencia de Segunda Instancia

El 24 de agosto de 2016, el Juzgado Segundo (2°) Penal del Circuito de Cartagena revocó la decisión de primera instancia y declaró improcedente el amparo por inobservar el principio de subsidiariedad. Encontró que la accionante no agotó los medios de defensa que tenía a disposición para la defensa de los derechos de los agenciados, pues no acudió a la SED para lograr una solución sino que decidió acudir directamente a la acción de tutela.

G. Actuaciones en el trámite de Revisión

El 30 de agosto de 2017, la Sala Quinta de Revisión resolvió suspender los términos para decidir este asunto por 10 días hábiles, vinculó a terceros interesados y solicitó pruebas.

1. Toda vez que esta Sala encontró que la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa no había sido llamada al proceso de tutela, a pesar de que sus intereses estaban comprometidos en este asunto, **resolvió vincularla** al proceso, remitirle copia de las piezas procesales más relevantes² y advertirle que podría alegar la nulidad de lo actuado o proseguir con el trámite constitucional en el estado en que se encontraba. También se le dejó en claro que si se abstenía de solicitar la nulidad, la misma quedaría saneada.

A dicha institución educativa le fue comunicada la decisión de este Tribunal por oficio OPT-A-1852/2014 en la dirección de contacto que registra en varios de los documentos aportados al proceso³. Sin embargo, no hizo ninguna manifestación, de lo que se deduce su ánimo de sanear la nulidad y proseguir el trámite constitucional en la etapa de revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137 del Código General del Proceso. Tampoco se pronunció sobre los hechos, las pretensiones de la demanda y ni sobre los argumentos de las accionadas y las decisiones de instancia.

² Concretamente del escrito de tutela, de las contestaciones, las impugnaciones, de los folios 196 a 202 y de las sentencias proferidas el 6 de julio por el Juzgado 6° Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cartagena y el 24 de agosto de 2016 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con función de conocimiento de Cartagena. Auto del 30 de agosto de 2017. Orden segunda, inciso 2.

³ Se trata del Formato de Estudiantes Nuevos Autorizados, en el que aparecen los datos de contacto de la entidad (Cd.1 Fl.196) y posteriormente confirmados a través de la certificación expedida por la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa el 15 de septiembre de 2017 (Cd. Revisión Fl. 75 y ss.). En ambos documentos aparece la dirección: Barrio Carmelo. Calle Colombia MZ B Lt.20.

2. Adicionalmente, con el fin de recoger todos los elementos de juicio necesarios para proveer, la Sala remitió cuatro **cuestionarios** para que fueran resueltos por la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa, la accionante, la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias y el Ministerio de Educación.

2.1. Las dos primeras, la accionante y la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa se abstuvieron de responder las preguntas formuladas por la Sala respecto de la situación particular de los agenciados y de las condiciones de prestación del servicio educativo en la institución vinculada⁴.

2.2. Al responder a las preguntas formuladas por la Corte Constitucional⁵, el **Ministerio de Educación Nacional** manifestó que la medición de la calidad de la educación se hace a través de las pruebas SABER. Éstas son una herramienta estandarizada de evaluación que, a partir de criterios universales, mide el

⁴ Auto del 30 de agosto de 2017. A la accionante se le ofició con el fin de que “(i) *precise en detalle las condiciones en las que se encuentra cada uno de los niños, niñas y adolescentes que agencia y (ii) aporte las pruebas del diagnóstico de cada uno de ellos. Además manifestará si sus padres o los encargados de su custodia, temporal o permanente, han sido enterados de la existencia de esta acción de tutela. // Adviértasele a la accionante que además de suministrar la información solicitada, podrá alegar todo aquello que considere pertinente y aportar las pruebas que estime relevantes para acreditar sus manifestaciones, que se entenderán hechas bajo la gravedad del juramento.*” Entretanto a la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa se le inquirió sobre: “a) *¿Cuáles son las condiciones y el diagnóstico de cada uno de los 103 estudiantes sobre los que versa la presente acción de tutela? Acredítelas con la información de la que disponga. // b) ¿Cuáles son las particularidades del proceso educativo que deben seguir según condición y qué procesos ha adelantado la institución para el acompañamiento de sus habilidades diferenciadas? // c) ¿Cuántos estudiantes con cargo a la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena tiene la institución actualmente y en qué grado se encuentran? // d) ¿Cuál es el porcentaje de personas con capacidades diferenciales que alberga dentro de su población escolar? ¿Cuántos estudiantes tiene en total? ¿Qué porcentaje tiene condición de discapacidad cognitiva? ¿Qué porcentaje tiene condición de discapacidad física? // e) ¿Cuál es la naturaleza del documento que obra a folio 196 y siguientes del cuaderno principal, cuyo título es “Estudiantes nuevos autorizados”? ¿cómo fue diligenciado y cómo se enteró de la demanda educativa de esos 103 aspirantes a un cupo? ¿qué proceso de formación adelantó en relación con ellos durante 2016 y por cuánto tiempo y con qué particularidades? ¿Antes de la presentación de la tutela el 17 junio de 2016 informó a la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena la existencia de ese listado? // Podrá además manifestarse sobre las acusaciones en su contra, hechas por la SED de Cartagena de Indias y recogidas en la sentencia de la primera instancia, y aportar los documentos que decida allegar en calidad de prueba. Las manifestaciones que hiciera, se entenderán efectuadas bajo la gravedad del juramento.”*

⁵ Auto del 30 de agosto de 2017. “a) *¿Qué mecanismos ha empleado para que en el marco de los programas asociados a las necesidades educativas especiales y a la promoción de la inclusión educativa, las pruebas SABER den cuenta de las capacidades diferenciales de la población escolar en condición de discapacidad, tanto física como cognitiva? Descríbalos en detalle. // b) ¿Bajo qué lineamientos, criterios o esquemas de valoración diferenciales las entidades territoriales deben conformar el Banco de Oferentes, teniendo en cuenta las capacidades diferenciadas de los estudiantes matriculados en ellas? ¿Qué gestiones de difusión ha hecho de estos lineamientos a las entidades territoriales y, en especial, en el Distrito de Cartagena de Indias? // c) Describa en detalle ¿cuáles han sido los planes de apoyo al mejoramiento y de mejoramiento institucionales en el Distrito de Cartagena de Indias? ¿Cuál ha sido el acompañamiento del Ministerio para lograr la materialización de la política de educación inclusiva en la ciudad de Cartagena? // d) ¿Cuáles son los mecanismos existentes para identificar la demanda de educación especial en las distintas entidades territoriales? Explique si hay modalidades contractuales, al margen de aquella relacionada con el Banco de Oferentes a la que ellas puedan acudir, cuando en forma tardía advierten demanda de educación especial sin atender en el curso de un año lectivo. // e) ¿A través de qué vías promociona, entre la ciudadanía y las instituciones oficiales, la educación inclusiva oficial que promueve? ¿Cuál es la política de educación inclusiva del Distrito, cómo se ha desarrollado y cómo le ha hecho acompañamiento? // Adviértasele a la accionada que además de suministrar la información solicitada, podrá alegar todo aquello que considere pertinente y aportar las pruebas que estime relevantes para acreditar sus manifestaciones, que se entenderán hechas bajo la gravedad del juramento.”*

desempeño de los estudiantes en relación con los Estándares Básicos de Competencias en los grados 3°, 5°, 9° y 11°. Su vocación general permite hacer comparaciones entre instituciones y regiones, pero ello implica que se ejecuten bajo *“criterios comunes, iguales, y básicos [que] se aplican de manera uniforme a toda la población”*⁶.

El Ministerio destacó que no obstante el carácter estandarizado de las pruebas, no puede deducirse que su aplicación conlleve discriminación alguna en contra de la población estudiantil en condición de discapacidad. Los menores de edad en situación de discapacidad, no son marginados de la presentación de las pruebas SABER y desde el momento de su inscripción pueden informar su condición. La información sobre este tipo de situaciones tiene varias consecuencias: (i) permite a quien tiene esa condición el uso de los apoyos con los que cuentan durante su actividad escolar en las pruebas aplicadas para los grados 3°, 5° y 9°, (ii) asegura la aplicación de un test con menor número de ítems; (iii) garantiza que se pacten los ajustes razonables necesarios con el estudiante, según sus necesidades particulares; y finalmente (iv) implica que *“los resultados (...) no se incluyan en el cálculo de la categoría de desempeño del establecimiento educativo, sino que se consider[an] como un informe paralelo. En ese sentido, se garantiza su derecho a ser evaluados como cualquier estudiante”*⁷.

Respecto de los esquemas de evaluación diferencial para la conformación del Banco de Oferentes por parte de instituciones de educación especial, informó que se encuentran previstos en el Decreto 1851 de 2015. Los criterios de inclusión no se cumplen por parte de la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa, pues el total de su población escolar tiene necesidades educativas especiales, en contradicción con el Decreto 1075 de 2015 y la circular 066 del mismo año.

En relación con el apoyo otorgado al Distrito de Cartagena en la concreción de los lineamientos de la educación inclusiva, el Ministerio hizo énfasis en que es responsabilidad de las entidades territoriales dirigir, planificar y prestar el servicio educativo. Para la población en condición de discapacidad la contratación de servicios de apoyo pedagógico es excepcional.

El Ministerio de Educación finalmente informó que reguló la educación inclusiva mediante el Decreto 1421 del 29 de agosto de 2017, cuya socialización se hará entre octubre y diciembre del año en curso, mediante talleres, asistencia técnica, revisión de planes e instrumentos de aplicación y plantas temporales de docentes de apoyo.

2.3. La Alcaldía Distrital de Cartagena, mediante su Secretaría de Educación, reiteró su solicitud de ser desvinculada de la acción de tutela. Explicó que en el

⁶ Cuaderno de Revisión. Folio 43vto.

⁷ Cuaderno de Revisión. Folio 43vto.

distrito se desarrolla actualmente el programa escuela inclusiva para estudiantes con limitaciones, talentos o capacidades excepcionales. En el marco de dicho programa atiende en instituciones oficiales a 2.705 estudiantes con distintas clases de discapacidad⁸. Otros 1.488 son atendidos por instituciones educativas privadas, con las que contrata cupos educativos; actualmente tiene este tipo de contratos con 7 instituciones, entre las que relacionó a la Corporación de Educación Especial y Formal Mente Activa⁹.

La prestación del servicio educativo en las instalaciones oficiales se hace a través de modelos pedagógicos y apoyos educativos en relación con cada una de las tipologías de discapacidad, con el fin de eliminar las distintas barreras que existen en la actualidad. De tal modo se han hecho adaptaciones de tipo arquitectónico y se han atendido necesidades especiales en aulas regulares con personal de apoyo especializado en ellas. La población en condición de discapacidad en las instituciones de educación oficial ha incrementado con el paso del tiempo.

Destacó que los lineamientos para la conformación del Banco de oferentes exigen a las instituciones privadas que atienden población con necesidades educativas especiales iguales condiciones que a las demás, por lo que no pueden competir contra aquellas en igualdad de condiciones. Así el resultado es la imposibilidad para las entidades territoriales de contratar los servicios de esas entidades especializadas.

En relación con la garantía del derecho a la educación de los 103 niños agenciados, sostuvo que hizo el modificatorio N°3 al contrato de prestación del servicio público educativo N°7-044-066^a-2016-SED, con el fin de aumentar el número de estudiantes atendidos por la Corporación de Educación Especial y Formal Mente Activa. En 2017 suscribió con dicha institución un convenio de Cooperación para atender a 400 personas en condición de discapacidad o con capacidades excepcionales, dándole continuidad al proceso de formación de los 103 niños y niñas agenciados.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. En virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política de 1991, como en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para decidir el presente asunto.

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

⁸ Cuaderno de revisión. Folio 64. Síndrome del espectro autista, baja visión y ceguera, deficiencia cognitiva, enanismo, hipoacusia o baja audición, sordera profunda, sordo ceguera, sordos castellano oral, sordos lengua señas, sordera, lesión neuromuscular, limitación física, múltiple, parálisis cerebral, síndrome de down, síndrome de diversas causas y patologías clínicas asociadas.

⁹ Cuaderno de revisión. Folio 64.

2. Para efectos de resolver este asunto es importante recordar que la accionante actúa en representación de 103 niños matriculados en la Corporación de Educación Especial y Formal Mente Activa, en la cual funge como Presidenta de la Junta de Padres de Familia. Denuncia que las demandadas, tanto el Ministerio de Educación Nacional como la Secretaría Distrital de Educación de Cartagena de Indias, comprometen los derechos de sus agenciados porque (i) propiciaron la interrupción de la prestación de los servicios educativos para ellos durante 2016; y (ii) las instituciones privadas que los atienden con modelos de educación especial, no son valoradas en las pruebas SABER de modo que no pueden permanecer incluidas en el Banco de Oferentes, al no superar el percentil fijado por la normativa vigente.

Los 103 niños fueron matriculados al inicio del año 2016 en la Corporación de Educación Especial y Formal Mente Activa, pero la SED de Cartagena no aprobó el contrato de prestación de servicios educativos en su favor, pues estaba impedida para hacerlo, porque para el periodo 2016-2018 dicha institución no cumplía los requisitos para estar enlistada en el Banco de Oferentes. Sin embargo, durante el trámite de revisión se pudo constatar que los 103 niños agenciados reiniciaron sus actividades escolares en esa Corporación y actualmente la mayoría de ellos se forma allí, los demás (5 en total) fueron inscritos en programas de secundaria en instituciones oficiales¹⁰.

3. Planteada así la situación, la Sala debe resolver varios problemas jurídicos. El primero, si la accionante está legitimada por activa para formular una acción de tutela en favor de 103 niños que no representa legalmente. El segundo, si el hecho de que en 2016 hayan recibido y en 2017 estén recibiendo formación puede configurar un hecho superado. Y por último, si esta acción de tutela es procedente y es del resorte del juez constitucional analizar la presunta vulneración al derecho a la educación, vida digna e igualdad de los menores de edad comprometidos.

Una vez esclarecido todo ello, y en caso de que las respuestas a las dos primeras preguntas sean afirmativas, la Sala debe establecer si ¿el Ministerio de Educación Nacional y las entidades territoriales vulneran los derechos a la educación y a la igualdad de los niños y niñas en condición de discapacidad, cuando propician la interrupción de los servicios educativos que reciben en instituciones privadas de educación especial, cuando éstas son excluidas del Banco de Oferentes por no poder competir en igualdad de condiciones ante otros establecimientos en las pruebas SABER, al tener entre un número significativo de estudiantes con discapacidad cognitiva?

Finalmente, la conducta del Tribunal Superior del Distrito de Cartagena de Indias, que en la fase de admisión de la demanda y con base en valoraciones de fondo, anticipadas para esa etapa del proceso, desestimó el reparto de la acción

¹⁰ Cuaderno de revisión. Folio 75.

de tutela y le atribuyó efectos sobre su competencia, para rehusar el conocimiento del asunto y remitirlo a los jueces municipales, es preciso recordar, como cuestión preliminar, la jurisprudencia de esta Corporación sobre conflictos de competencia.

Cuestión Preliminar. Normas de competencia y reparto de las acciones de tutela. Reiteración.

4. La Corte Constitucional en numerosos pronunciamientos¹¹ ha destacado que en materia de acción de tutela las reglas sobre la **competencia** y el **reparto** pueden distinguirse entre sí. No es admisible que se confundan o se traslapen sus efectos.

Los parámetros para establecer la **competencia** de los jueces de tutela se encuentran únicamente en los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991. Según esa última disposición normativa, *“son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”*. El factor de competencia de los jueces de amparo es, en gran medida, de tipo territorial.

Entretanto, el Decreto 1382 de 2000 contiene las *“reglas de reparto de la acción de tutela”* que, en ningún caso, definen o alteran la competencia de los despachos judiciales para asumir el conocimiento de las mismas. Como consecuencia de lo anterior, no es posible que el Decreto 1382 sirva a ningún funcionario judicial como fundamento para alegar su falta de competencia y negarse a asumir el conocimiento de un caso. *“Una interpretación en sentido contrario, transforma[ría] sin justificación válida el término constitucional de diez (10) días, (...) lesionándose de esa manera la garantía de la efectividad (...) de los derechos constitucionales al acceso a la administración de justicia (...) y al debido proceso de los accionantes”*¹².

En consecuencia, la falta de competencia no puede alegarse a través de los esquemas de reparto administrativo de las acciones de tutela. Es decir, el juez puede ser competente para conocer de la solicitud de amparo, aunque los mecanismos de reparto hayan sido inobservados por la Oficina encargada del mismo. El juez no puede negarse a tramitar el asunto, bajo el argumento de un error en el reparto del escrito de tutela.

5. Así como no es viable que la competencia se rehúse mediante las reglas de reparto, según lo ha expresado esta Corporación¹³, tampoco es aceptable que el

¹¹ Autos 140 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza; 079 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio; 211 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio; 272 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortíz, entre otros.

¹² Autos 230 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 340 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño, 124 de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto y 033 de 2014, M.P. María Victoria Calle.

¹³ Autos 154 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas; 112 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; 158 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra; 278 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil; 054 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 174 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 287 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 056

carácter equívoco del reparto de un asunto de tutela pueda inferirse del escrito de la solicitud. Las personas o las entidades demandadas son todas aquellas referenciadas como tales por el accionante, por lo que no puede alterarse la composición de la parte pasiva del proceso, mediante argumentos vinculados con el fondo del caso¹⁴. El **Auto 003 de 2014**¹⁵ censuró la práctica conforme la cual los jueces de tutela, en el análisis sobre la admisión de la demanda, “*deciden determinar contra quiénes ha debido impetrarse la acción de tutela [y contra quiénes no,] y se fundamentan en ello para declararse incompetentes con el argumento de que la modificación o inclusión de entidades demandadas altera la competencia*”¹⁶.

6. En el caso concreto, el Tribunal Superior de Cartagena a través de su Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras, rehusó asumir el conocimiento del asunto al haber encontrado que, pese a que la accionante había demandado al Ministerio de Educación Nacional, los documentos aportados permitían inferir la falta de un vínculo directo entre esa entidad y el asunto en debate. Dado lo anterior, advirtió que el reparto no podía estar dirigido a ella, por lo que resolvió ordenar su remisión para que fuera repartido, nuevamente, pero esta vez entre los juzgados municipales de Cartagena.

De tal suerte, la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cartagena desconoció la jurisprudencia de esta Corporación en la materia, con lo que postergó la decisión del asunto de la referencia. En consecuencia, es necesario llamar su atención y ordenarle que, en lo sucesivo, se abstenga de eludir el reparto de acciones de tutela (i) por factores de reparto y no de competencia, como lo son los preceptos del Decreto 1382 de 2000 y (ii) bajo argumentos y consideraciones sobre el fondo de la acción de tutela, que transformen la solicitud de amparo.

Análisis formal de procedencia

7. Para la Sala la solicitud de amparo constitucional que se estudia en esta oportunidad, satisface plenamente los requisitos formales de procedencia de la acción de tutela, como se explicará en lo que sigue. Para hacerlo se analizará (i) si la accionante está legitimada por activa para actuar en representación de los 103 niños agenciados; y (ii) si, a pesar de las constataciones hechas en el trámite de revisión, la acción de tutela conserva su objeto.

de 2008 M.P. Manuel José Cepeda; 022 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo; 012 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 003 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 015 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa; 123 de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo; 092 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo; 166 de 2015 M.P. María Victoria Calle Correa; 046 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 337 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 402 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; y 482 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁴ Autos 168 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 227 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo, 231 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 251 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, 198 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 207 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 015 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa y 003 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁶ Auto 003 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Finalmente en este apartado, se responderá al argumento del juez de segunda instancia, conforme el cual la acción de tutela es improcedente por inobservar el requisito de subsidiaridad, pues la accionante podía acudir a la demandada para dar solución a la situación.

Legitimación por activa para reclamar la protección de los derechos fundamentales de los niños y niñas. Facultad en cabeza de cualquier persona.

8. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales con el que cuenta su titular para protegerlos y restaurar su ejercicio, cuando la administración o, en ocasiones, los particulares los vulneran.

La solicitud de amparo puede ser formulada por el afectado (directamente) o a través de un tercero que, ante el juez constitucional, asuma la representación y la agencia de sus intereses (indirectamente¹⁷). La interposición indirecta de la acción, se contrae a ciertas personas y situaciones concretas en las que quien ve desconocidos sus derechos no puede formularla por sí mismo o prefiere la gestión profesional de la solicitud, mediante los servicios de un abogado.

No todas las personas en cualquier situación pueden promover acciones de tutela en nombre de otras. Conforme al Decreto 2591 de 1991 en su artículo 10^o¹⁸, cuando esta acción no es promovida por el titular de los derechos cuya protección se reclama, puede ser formulada únicamente por (i) su representante legal, (ii) su apoderado judicial, (iii) su agente oficioso o también por (iv) el Defensor del Pueblo o los personeros municipales.

9. Adicionalmente, cuando la afectación alegada en la acción de tutela recae sobre los intereses *ius fundamentales* de los menores de edad, esta Corporación ha señalado que cualquier persona puede agenciar sus derechos.

A la luz del artículo 44 de la Constitución “[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos [de modo que] Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”. Así, y principalmente en razón de su condición de especial vulnerabilidad, para proteger mediante la acción de tutela los derechos fundamentales de los niños y las niñas, la legitimación por activa “puede recaer en cualquier persona”¹⁹.

¹⁷ Sentencia T-137 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁸ “Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

¹⁹ Sentencia T-708 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sin embargo, la formulación de la solicitud de amparo en nombre de menores de edad requiere que aquel que la formule precise “*la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño*”²⁰. Es indispensable que la situación narrada en el escrito de tutela sugiera una afectación inminente y que la petición de protección no se muestre, en modo alguno, “*contraria al ejercicio mismo de sus derechos a participar en las decisiones que los afectan*”²¹.

10. En el asunto que se analiza en esta oportunidad está claro que la formulación de la acción de tutela se sustenta en la interrupción del proceso educativo de los 103 niños agenciados, que acaecería por la negativa de la Secretaría Distrital de Educación a asumir los costos de su formación en la Corporación de Educación Especial y Formal Mente Activa, en donde para el momento de la interposición de la acción habían cursado el primer semestre del año escolar 2016.

Los agenciados son menores de edad en condición de discapacidad física y/o cognitiva. Todos ellos están en el SISBEN y cuentan con escasos recursos para costear por sí mismos los servicios de formación que precisan y los costos que ellos acarrearán, dada su situación física y mental. Se encuentran en una situación de vulnerabilidad extrema que implica que la interrupción de sus procesos de desarrollo, represente para ellos y para sus familias un riesgo que no pueden resistir por sí mismos.

De este modo, la Sala encuentra que Diana Catalina Ricaurte Chisco se encuentra legitimada por activa para solicitar la intervención del juez de tutela en defensa de los derechos a la educación, vida digna e igualdad de los 103 menores de edad que representa. Por ende se estudiará la acción de tutela en relación con todos ellos.

Carencia de objeto tutelable por hecho superado²²

11. Toda vez que la intervención del juez constitucional en sede de tutela debe responder a una vulneración o una amenaza (actual, cierta e inminente) que recaiga sobre los derechos fundamentales de una persona o conjunto de personas individualizables, cuando el riesgo desaparece o se concreta, la acción de tutela como las facultades excepcionales y residuales del juez pierden su razón de ser.

La sustracción de la causa de la interposición de la solicitud del amparo, elimina la vocación protectora que le es inherente a la acción de tutela, respecto del caso concreto. La intervención del juez de tutela, que se consideraba urgente y determinante para la salvaguarda de intereses constitucionales, deja de serlo por

²⁰ Sentencias T-705 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-408 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y T-139 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²¹ Sentencia T-523 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²² Apartado extraído de las consideraciones de la Sentencia T-085 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

el modo en que evolucionan los hechos; bien porque la amenaza se haya concretado al punto en que el daño se materializó (daño consumado), o porque las circunstancias que dieron lugar a la amenaza cesaron y, con ellas, el riesgo para los derechos fundamentales inicialmente comprometidos (hecho superado)²³. En estos dos eventos, el juez constitucional no tendrá materia sobre la que pueda concretar una protección y en razón de ello cualquier orden que pueda emitir (i) “*caería en el vacío*”²⁴ y (ii) desbordaría las competencias que le fueron reconocidas por el artículo 86 superior, con apego a la naturaleza de la acción constitucional.

El juez de tutela tiene un ámbito de acción demarcado por un objetivo: el restablecimiento de las garantías constitucionales *ius fundamentales*. Sin riesgo sobre ellas no tiene ámbito de acción jurisdiccional posible. Entonces, la consecuencia lógica de la carencia de objeto es la inacción judicial, pues sin amenaza actual e inminente sobre los derechos fundamentales por proteger, no hay razón que sustente una orden²⁵ y cualquiera que sea proferida en estos contextos sería inocua.

12. El hecho superado se configura cuando entre la interposición de la acción y la emisión de la decisión cesan las circunstancias que dieron lugar a la solicitud de amparo, de modo que “*la amenaza o violación del derecho no existen al momento de proferir el fallo, salvo que los hechos que configuran una u otra persistan y sean actual y ciertamente percibidas por el juez*”²⁶. Se consolida cuando la materia de decisión se sustrae de este modo, o lo que en algunas ocasiones es lo mismo, cuando todas las pretensiones fueron satisfechas al punto en que la amenaza sobre los derechos cesó y ésta no reclama intervención judicial (*ultra o extra petita*).

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional la ocurrencia de un hecho superado se asocia principalmente a la desaparición de “*los motivos que (...) originaron*” la formulación de la acción²⁷. Estos motivos son concebidos desde dos puntos de vista distintos pero complementarios. De una parte, hay un

²³ Sentencia T-963 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁴ Sentencias T-535 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero. “*La acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva y cierta del derecho constitucional fundamental presuntamente violado o amenazado, lo cual explica la necesidad del pronunciamiento del juez en sentido positivo o negativo. Ello constituye a la vez el motivo por el cual la persona que se considera afectada se dirige ante la autoridad judicial, de modo que si la situación de hecho de la cual esa persona se queja ya ha sido superada en términos tales que la aspiración primordial en que consiste el derecho alegado está siendo satisfecha, ha desaparecido la vulneración o amenaza y, en consecuencia, la posible orden que impartiere el juez caería en el vacío. Lo cual implica la desaparición del supuesto básico del cual parte el artículo 86 de la Constitución y hace improcedente la tutela.*” También, sentencias T-585 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-358 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁵ Ver entre otras las sentencias T-560 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-476 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-564 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-016 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-373 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-498 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-080 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-699 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-550 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía; y T-498 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁶ Sentencia T-515 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁷ Sentencias T-564 de 1993 y T-235 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell; y T-100 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

enfoque que liga los motivos de la interposición de la acción a los presupuestos fácticos o situaciones de hecho²⁸ que llevaron al actor a percibir una amenaza para sus derechos y que, al mismo tiempo, constituyen el marco de decisión del juez de tutela; y de otra, la motivación se entiende en función de las pretensiones hechas en el escrito de tutela²⁹, de modo que cuando *“la pretensión instaurada en defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, el instrumento constitucional -acción de tutela- pierde eficacia y por tanto, su razón de ser”*³⁰.

Con todo, el parámetro general de la ocurrencia del hecho superado siempre será la amenaza sobre los derechos fundamentales, de modo que el juez valore si persiste o cesó, según el curso de la situación particular. En ese contexto la insatisfacción de las pretensiones del accionante solo será indicativa de una posible subsistencia de la situación, pero la amenaza no se circunscribe a aquellas; esto –aclaro- sin perjuicio de que las solicitudes contenidas en el escrito de tutela deban ser resueltas en acatamiento del principio de congruencia de las decisiones judiciales.

13. En principio, la declaratoria de un hecho superado sustrae del conocimiento del juez constitucional un asunto de tutela, pues con la amenaza extinta no hay motivo que lo lleve a pronunciarse sobre el fondo del asunto que se le plantea.

No obstante lo anterior, esta Corporación ha señalado que ella puede adelantar el estudio del asunto sometido a su conocimiento, pues como órgano de cierre e intérprete autorizado de la Constitución, le corresponde en sede de revisión determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se reclama³¹, pronunciarse sobre la vulneración invocada en la demanda conforme al artículo 24 del Decreto 2591 de 1991³² y determinar si, con atención de las particularidades del caso, procede el amparo, ya no en la dimensión subjetiva de los derechos conculcados, sino en la objetiva³³.

En esa medida la Corte Constitucional, conforme sus competencias constitucionales y legales, a pesar de la configuración de un hecho superado, puede hacer: i) observaciones sobre los hechos del caso estudiado; ii) llamados de atención sobre la situación que originó la tutela; iii) el reproche sobre su

²⁸ Sentencia T-100 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁹ Sentencia SU-540 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis. *“si lo pretendido con la acción de tutela era una orden de actuar o dejar de hacerlo y, previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sucede lo requerido, es claro que se está frente a un hecho superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos constitucionales fundamentales o, lo que es lo mismo, porque se satisface lo pedido en la tutela”*.

³⁰ Sentencia T-467 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

³¹ Sentencia T-170 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³² *“ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”*

³³ Sentencia T-576 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

ocurrencia y la advertencia sobre la garantía de no repetición³⁴; y iv) adoptar las medidas de protección objetiva que considere necesarias³⁵.

14. En el caso que se estudia, la accionante solicitó al juez constitucional asegurar la continuidad de los servicios educativos de los 103 niños y niñas agenciados. La pretensión se contrae sin duda a la continuidad del proceso de formación mediante los modelos de educación especial que se ofrecen en la Corporación de Educación Especial y Formal Mente Activa. Tal solicitud sin duda quedó satisfecha con el modificadorio N°3 al contrato de prestación del servicio público educativo N°7-044-066^a-2016-SED, que aumentó el número de estudiantes autorizados para recibir los servicios educativos en esa institución durante 2016. Incluso durante el presente año, los niños ven asegurado el acceso al sistema educativo, conforme lo informó la Secretaría de Educación accionada.

Así las cosas, la pretensión de la demanda constitucional en relación con el derecho a la educación y a la dignidad humana de los niños y niñas agenciados se satisfizo.

15. Sin embargo, la Sala no puede pasar por alto que, si bien los 103 niños se encuentran matriculados en la Corporación Mente Activa y allí reciben los servicios educativos, las constataciones hechas durante el trámite de revisión reafirman las acusaciones conforme las cuales el derecho a la igualdad de los agenciados, como estudiantes en condición de discapacidad, se encuentra afectado por dos circunstancias. Por un lado, porque la habilitación del contrato de prestación de servicios educativos en la Corporación en mención, como una institución de educación especial y no inclusiva, puede resultar regresiva desde el punto de vista del enfoque social de la discapacidad.

De otro lado, la inexistencia de mecanismos de evaluación diferenciada del su proceso de formación mediante pruebas de Estado puede suponer un trato discriminatorio. Tal y como resulta de la información recaudada en sede de revisión, la evaluación de la calidad de la educación que se les imparte no se efectúa actualmente, de modo que las instituciones que más población en situación de discapacidad tengan inscritas menos posibilidades tienen de alcanzar los percentiles más altos en los resultados de las pruebas SABER.

16. En esa medida, aunque la pretensión principal se encuentra satisfecha, la Sala no puede declarar la ocurrencia de un hecho superado, pues los motivos que sustentan la solicitud de amparo, persisten en forma parcial.

A pesar de que el acceso a la educación de los menores de edad agenciados se encuentra garantizado con su vinculación a la Corporación de Educación Especial y Formal Mente Activa, no se orienta hacia la educación inclusiva sino hacia la especial y la falta de esquemas diferenciales en la evaluación de la

³⁴ Sentencia SU-225 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada.

³⁵ Sentencia T-576 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

calidad de la educación y la exclusión de las personas en condición de discapacidad de los resultados institucionales, impide considerar que los motivos de la interposición de esta acción desaparecieron por completo. Su formación en condiciones dignas depende de la realización de la totalidad del proceso educativo, que concluye con la evaluación y los resultados de lo aprendido por cada estudiante, sin que sus logros puedan ser relegados para efecto de no incidir en la estimación de la calidad de educación impartida por cada centro educativo. Por ende, aunque la dimensión subjetiva del derecho está actualmente satisfecha, en relación con la objetiva existen problemas suficientes que impiden la declaratoria del hecho superado.

El principio de subsidiariedad. Los mecanismos que deben agotarse para la formulación de la acción son judiciales

17. El Decreto 2591 de 1991 establece expresamente que solo procede la tutela cuando “*el afectado no disponga de otro medio de **defensa judicial***”. Entonces, la procedencia de la acción se encuentra condicionada por el principio de subsidiariedad, según el cual la protección y el juez de tutela no pueden desplazar a los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa de los derechos³⁶, ni mucho a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, que tienen a cargo, como jueces naturales, la determinación de los asuntos litigiosos en su respectiva jurisdicción³⁷.

Así concebida la acción de tutela y el principio en cuestión, el requisito de subsidiariedad garantiza la vigencia material del ordenamiento jurídico vigente, de las competencias jurisdiccionales, de la organización procesal básica, del debido proceso y de la seguridad jurídica, propias de cualquier Estado Social de Derecho.

Por lo tanto, en relación con las acciones judiciales de defensa de los derechos, “*siempre prevalece la acción ordinaria; (...) la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico*”³⁸ en el sistema de administración de justicia.

18. En ese sentido, la valoración sobre si existen o no mecanismos principales de defensa de los derechos a los que pudo haber acudido previamente el promotor de la acción de tutela, debe limitarse al conjunto de las acciones judiciales con las que cuenta el interesado, para obtener lo que reclama ante el juez de tutela. No se trata de exigirle el agotamiento de ninguna otra vía de solución del conflicto, más que de aquellas consagradas en el derecho procesal vigente para acceder a la administración de justicia.

³⁶ Sentencia T-480 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁷ Sentencia SU-424 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁸ Sentencia T-106 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Negrilla fuera del texto original.

19. La Sala encuentra que en este caso particular la sentencia de segunda instancia que se revisa, hizo una exigencia desproporcionada a la accionante.

El argumento empleado por el Juzgado Segundo (2°) Penal del Circuito de Cartagena según el cual Diana Catalina Ricaurte Chisco tenía otros mecanismos para la defensa de los derechos de sus agenciados, no es de recibo. Esa sede judicial consideró que previamente a la formulación de esta acción, la señora Ricaurte pudo haber acudido a la Secretaría Distrital de Educación de Cartagena para frenar la vulneración de los derechos que estimó comprometidos. Comoquiera que no lo había hecho, el amparo fue declarado improcedente.

Ese despacho judicial, tal como se verifica en la sentencia de segunda instancia, extendió la exigencia que entraña el principio de subsidiariedad más allá de los mecanismos judiciales de defensa. La llevó a cualquier otro medio con el que contara la solicitante para lograr lo pretendido. Su análisis no se concentró en las vías judiciales con las que contaba la accionante, y lo llevó hasta el punto de verificar otras formas de acción y de solución del conflicto, no judiciales, que se ponía en su conocimiento.

Por lo anterior, la Sala encuentra que la decisión de segunda instancia debe ser revocada, como se hará en la parte resolutive de esta decisión.

El derecho a la educación. Trascendencia social e individual desde el punto de vista constitucional³⁹

20. El artículo 67 de la Constitución Política establece que la educación es un derecho fundamental inherente a cada persona, el artículo 44 lo reconoce expresamente como un derecho de los niños, las niñas y los adolescentes. A través de ella se busca el acercamiento del sujeto al conocimiento, la ciencia, la técnica y a los demás bienes y valores culturales que surgen de la dinámica de la sociedad y de su historia.

La educación ha sido reconocida por esta Corporación, simultáneamente, como derecho fundamental y como servicio público con función social, gratuito y obligatorio. Corresponde al Estado garantizar su prestación en los niveles básicos, con arreglo no solo a los principios, valores y fines contenidos en la Constitución, sino además al marco normativo internacional integrado a ella en el bloque de constitucionalidad⁴⁰.

³⁹ Apartado basado en las consideraciones de la Sentencia T-085 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁰ Específicamente el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 el cual establece que toda persona tiene derecho a la educación, la cual tiene como propósito el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece obligaciones estatales relacionadas con el derecho a la educación.

Otro referente normativo de gran importancia sobre el derecho a la educación es el artículo 13 del Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual establece que el derecho a la educación “debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad” y determina una serie de obligaciones para los Estados, tales como asegurar la enseñanza primaria obligatoria y asequible y el desarrollo progresivo del sistema escolar

21. La aproximación de cada persona al sistema educativo, supone no solo una garantía para ella, en tanto le aproxima a los conocimientos para interactuar en el contexto histórico en el que vive, sino que también representa la posibilidad del enriquecimiento de la vida en sociedad⁴¹, de la democracia y de la producción de nuevo conocimiento y de diferentes perspectivas científicas o sociales. Potencia al sujeto y, a través de él, a la humanidad⁴², pues el acceso a servicios educativos, continuos y de calidad, fomenta el desarrollo íntegro del ser humano, lo abre al ejercicio de la ciudadanía y lo empodera para comparecer en el espacio público⁴³. Por el contrario, la falta de compromiso estatal con las obligaciones que le impone la fundamentalidad del derecho a la educación, tiene como consecuencia a largo plazo la disminución de la potencia democrática del sujeto y de la colectividad.

A nivel personal, al derecho a la educación se le ha reconocido que entre muchas otras cualidades, tiene la virtualidad de repercutir en el ejercicio de otros derechos relacionados con la elección de un proyecto de vida⁴⁴. Es una herramienta de proyección social para el sujeto y la fuente del ejercicio autónomo y fortalecido de otras garantías subjetivas⁴⁵. Por eso, la imposibilidad para comparecer al aula escolar implica para la persona una reducción de sus posibilidades reales de elección interna, libre y espontánea sobre su propio ser, en la medida en que le resta opciones de desempeño social o laboral y disuade las ideas asociadas a proyectos de vida diferentes a los que el niño percibe en su entorno inmediato.

22. Las obligaciones estatales en relación con el derecho a la educación, conforme fueron descritas en la Observación N°13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), son: (i) asegurar el funcionamiento efectivo de instituciones educativas y programas en cantidad suficiente para atender la demanda educativa –**disponibilidad**-; (ii) ofrecer en los centros de educación condiciones para que toda la población acceda a los servicios sin ninguna discriminación, y asegurar que en independencia de los recursos económicos y la ubicación geográfica todos los menores de edad lo logren –**accesibilidad**-; (iii) garantizar que, de forma y de fondo, la enseñanza, los programas y los métodos pedagógicos sean de calidad y resulten pertinentes

⁴¹ Sentencia T-780 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴² Sentencia C-170 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴³ SERNA DIMAS, Adrián. *Ciudadanos de la Geografía Tropical. Ficciones históricas de lo ciudadano*. Centro de Investigaciones y desarrollo Científico de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Bogotá, 2006. “(...) la identidad ciudadana está sustentada en el funcionamiento de tres campos sociales relativamente autónomos: la política, la economía y la educación. La ciudadanía sólo puede difundirse como identidad mediática común si los agentes sociales tienen condiciones legítimas de existencia en estos tres campos, cuyo acceso universal para todas las posiciones del espacio social depende fundamentalmente de la regulación del Estado. (...) No obstante estos campos soportan sus propias tensiones internas, que afectan su universalidad”.

⁴⁴ Sentencia T-534 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía. “la educación es una de las herramientas elementales con que cuenta el ser humano para lograr su proyección en la sociedad, al tiempo que le facilita la realización de derechos esenciales. Por esta razón, el Estado está obligado a otorgar las garantías necesarias para que cada persona tenga derecho a acceder a un establecimiento educativo, y de no ser posible, a un sistema que le permita una adecuada formación”.

⁴⁵ Sentencia T-534 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía.

y adecuados de conformidad con la comunidad y la cultura a la que se dirigen – *aceptabilidad*-; y por último (iv) velar porque el sistema educativo se ajuste a las necesidades de los educandos y de su entorno para efecto de asegurar la permanencia de aquellos en los programas de educación *-adaptabilidad-*.

Estas cuatro obligaciones de los Estados para concretar en sus territorios el derecho a la educación, han sido catalogadas en cuatro (4) dimensiones de él: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la adaptabilidad⁴⁶. La distinción favorece el análisis de las distintas situaciones, sin perjuicio de la interconexión e interdependencia entre las garantías a las que aluden. Solo su confluencia asegura el ejercicio integral de ese derecho.

23. Para el análisis del caso concreto, conviene examinar más en detalle la aceptabilidad, de cara a la calidad educativa. En relación con ella, esta Corporación ha resaltado la importancia que tiene reglamentar los estándares de prestación del servicio educativo para verificar su cumplimiento y, así mismo, asegurar su observancia, mediante el control y vigilancia adecuados de la actividad educativa por parte de la administración⁴⁷.

Uno de los mecanismos más importantes para ese efecto son los exámenes de Estado, a través de los cuales el Estado despliega la potestad que tiene para *“regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación, con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos”*⁴⁸.

La Ley 1324 de 2009 *“por la cual se fijan parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el ICFES”*, en su artículo 3° fija como uno de los principios rectores de la evaluación educativa, la equidad. Al definirla establece que *“[l]a evaluación de la calidad de la educación supone reconocer las desigualdades existentes en los contextos de aprendizaje y asumir un compromiso proactivo por garantizar la igualdad de oportunidades para acceder a una educación de calidad”*. En esa misma línea este Tribunal ha resaltado que en virtud del principio de equidad, es necesario reconocer las diferencias entre los estudiantes e implementar medidas para garantizar la igualdad de oportunidades en el momento de la evaluación educativa⁴⁹.

Las personas en condición de discapacidad, como sujetos de especial protección. El enfoque social y la educación inclusiva⁵⁰

⁴⁶ Sentencia T-779 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁷ Sentencia T-743 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁸ Sentencia T-515 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁹ Sentencia T-743 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁵⁰ Apartado basado en las consideraciones de las sentencias T-523 de 2016 y T-339 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

24. Los procesos de universalización de los derechos, inspirados en un “*abstracto sujeto hombre*”⁵¹ que desencadenó las ideas libertarias de las revoluciones de finales del siglo XIX, han sido complementados por el reconocimiento de la heterogeneidad al interior de las fronteras nacionales⁵². Comoquiera que en el marco estatal, no solo convergen multiplicidad de visiones, tradiciones y percepciones de mundo, sino distintas capacidades y habilidades de participación social, es preciso un proceso de especificación de los derechos, que considere las situaciones y calidades particulares de todos los sectores y grupos sociales⁵³.

Un Estado pluralista, como el que el constituyente adoptó en Colombia desde 1991, se caracteriza por el reconocimiento y la coexistencia armónica de la diferencia. Identifica la necesidad de que las garantías constitucionales se generalicen y se apliquen en favor de todos los asociados, pero al mismo tiempo reconoce que lograrlo implica tener en cuenta las circunstancias particulares, en especial de las personas más vulnerables. De tal suerte, enfrenta desafíos en relación con la generalización de los derechos –ligados a su carácter universal- y la forma, armónica y diferencial, en que deben cristalizarse en la sociedad. Entiende que la universalidad de las garantías constitucionales, se logra mediante el trato diferencial, sin el cual la concreción de los postulados constitucionales sería deficitaria y tendría un impacto limitado.

Todas las diferencias deben armonizarse al punto en que la institucionalidad las cobije, proteja y convoque, y en que aquellas puedan empoderarse y aportar en el proceso de construcción democrática de la sociedad y del Estado. Para ello es necesario entender el principio de igualdad, ya no desde el plano formal sino desde el material y superar la idea de que para generalizar los derechos es suficiente dar un trato idéntico a todas las personas⁵⁴. Precisa trascender hacia una concepción que articule el valor universal de los derechos y su eficacia jurídica en cada caso concreto⁵⁵; descender “*del plano ideal al real, [pues] una cosa es la historia de los derechos del hombre, de derechos siempre nuevos y siempre más extensos, y justificarlos con argumentos persuasivos, y otra es asegurarles una protección efectiva*”⁵⁶.

La protección efectiva y general de los derechos fundamentales es imposible mientras no se reconozca que hay calidades o situaciones que imponen a ciertos actores, con respaldo en la historia, restricciones para su ejercicio, bien sean sociales o simbólicas pero en todo caso verificables en las dinámicas de la sociedad⁵⁷. Su invisibilidad implica privilegiar un concepto ideal de ser humano,

⁵¹ BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Editorial Sistema. Madrid, 1991. P. 110.

⁵² HOBSBAWN, Eric. Naciones y nacionalismos desde 1780. Crítica. Barcelona, 1992. PP. 42 y 197.

⁵³ BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Editorial Sistema. Madrid, 1991.

⁵⁴ Ídem. PP. 40 a 45

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Ídem. P. 111

⁵⁷ En relación con las personas en condición de discapacidad y de su valoración social, ver PUGA, Dolores. *La dependencia de las personas con discapacidad: entre lo sanitario y lo social, entre lo privado y lo público*. Revista Española de Salud Pública, 2005, vol. 79, No 3, p. 327-330. “*Entendemos por discapacidad la dificultad para desempeñar papeles y desarrollar actividades socialmente aceptadas, habituales para las personas de*

en sacrificio de su dimensión real y otorga, en pro de la igualdad formal, un trato discriminatorio a sujetos en condición de vulnerabilidad. Desconocer lo que nos hace diferentes convalida las ventajas sociales, sobre la población más vulnerable y a favor del resto de la sociedad, y propaga escenarios de desigualdad.

25. La igualdad, como principio constitucional “*es un mandato complejo*”⁵⁸ pues implica la garantía de la aplicación general de las normas y de su carácter abstracto, por lo que está prohibido hacer distinciones con motivos discriminatorios, excluyentes e irrazonables, que son contrarios a la Constitución. También impulsa “*la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales*”⁵⁹, con lo que rehúye la idea de una “*equiparación matemática (...) que exigiría absoluta homogeneidad, sino que [impone] tratos iguales entre iguales, tratos diferentes entre supuestos disímiles e, incluso, medidas distintas en beneficios (sic.) de grupos que aunque desde una perspectiva son iguales desde otra requieren mejor tratamiento por parte del Estado*”⁶⁰.

Ese principio constitucional conlleva entonces “*la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados*”⁶¹, que supone un doble encargo para el Estado: uno de **abstención –negativo-**, según el cual debe evitar generar o permitir la discriminación, directa⁶² o indirecta⁶³, en contra de ellos, y otro de **intervención –positivo-**, conforme el cual, ha de diseñar mecanismos de política pública destinados a superar o aminorar los efectos de la desigualdad material que enfrentan esos grupos, respecto del resto de la sociedad.⁶⁴

Ese último mandato se consolida en relación con las personas que “*debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva*”⁶⁵. Estas personas han sido reconocidas como *sujetos de especial protección constitucional*⁶⁶, por ser individuos que, aunque formalmente tienen los mismos derechos y garantías

similar edad y condición, es decir, la discapacidad es la dificultad o la imposibilidad para llevar a cabo una función o un papel en un contexto social y en un entorno determinado. La discapacidad es la expresión de una limitación funcional, emocional o cognitiva en un contexto determinado. Es la brecha existente entre las capacidades de la persona (condicionadas en parte por su salud) y las demandas del medio (físico, social, laboral). Se vincula más a la función social que a la función orgánica (a la que se asocian patología y deficiencia)”.

⁵⁸ Sentencia C-178 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ Sentencia C-862 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶¹ Sentencia T-629 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁶² Sentencia T-629 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. “*por las cuales se coarta o excluye a una persona o grupo de personas del ejercicio de un derecho o del acceso a un determinado beneficio*”.

⁶³ Sentencia T-291 de 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez. “*aplicación de normas aparentemente neutras, pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado o discriminado*”.

⁶⁴ Sentencia T-629 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

⁶⁵ Sentencia T-167 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

⁶⁶ Sentencias T-719 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-789 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-456 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-700 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1088 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-953 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-707 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-708 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

que los demás miembros de la sociedad, para efectos prácticos, enfrentan situaciones concretas y materiales que, sin intervención positiva estatal, obstaculizarían el goce integral y pacífico de aquellos.

26. Es el caso de las **personas en condición de discapacidad**, física o mental, a quienes la Constitución y la jurisprudencia ha reconocido el estatus de sujeto de especial protección constitucional⁶⁷ y la obligación estatal de brindar en su favor una protección reforzada a sus derechos, con el ánimo de fomentar condiciones igualitarias de participación en la sociedad, y goce de los bienes y servicios que ofrece⁶⁸.

La protección de la población en condición de discapacidad y las obligaciones del Estado para con ella, varían en concordancia con la visión de la discapacidad que se maneje, que responde a valores históricos de la sociedad. Las formas de asumir la discapacidad y las medidas para enfrentar las barreras relacionadas a ella han evolucionado y serán distintas si se concibe la discapacidad desde un enfoque *de prescindencia*⁶⁹, *médico rehabilitador*⁷⁰ o *social*.⁷¹ Algunas de estas perspectivas pugnan con los fines, principios y valores constitucionales, mientras otras como el enfoque médico y el social de la discapacidad responden armónicamente a la teleología igualitaria de la Carta Política de 1991⁷².

Sin embargo, es el enfoque social el de la discapacidad el que el Estado colombiano asumió como un derrotero a través de la Ley 1306 de 2009, aprobatoria de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad que consolida normativamente dicha noción de discapacidad.

27. Entender la discapacidad desde el **enfoque social** de la misma, implica

⁶⁷ Sentencia C-458 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶⁸ Sentencia C-804 de 2009. M.P. María Victoria Calle

⁶⁹ Bajo este esquema de comprensión de la discapacidad, ésta es la consecuencia de una acción sobrenatural. Por ende, el mecanismo para enfrentarla es la eliminación o el aislamiento de quien la padece. De tal modo los esquemas de acción son dos: la eugenesia o la marginación. Ver: TOBOSO MARTÍN, Mario; ARNAU RIPOLLÉS, M^a. La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. Araucaria. Revista iberoamericana de filosofía, política y humanidades, 2008, vol. 10, no 20. “(...) *las personas con discapacidad eran una carga para la sociedad, sin nada que aportar a la comunidad. Este modelo contiene dos submodelos (...) el submodelo eugenésico y el submodelo de marginación. La característica principal de este [último] submodelo es la exclusión, ya sea como consecuencia de subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas objeto de compasión, o como consecuencia del temor y el rechazo por considerarlas objeto de maleficios y advertencia de un peligro inminente. Es decir, ya sea por menosprecio, ya sea por miedo, la exclusión es la respuesta social hacia la discapacidad*” en este esquema de comprensión de la misma.

⁷⁰ Bajo este esquema de comprensión de la discapacidad, ésta es consecuencia de “*condiciones físicas, fisiológicas o psicológicas que alteran la normalidad orgánica*” (Sentencia C-458 de 2015). Por ende, el mecanismo para enfrentarla es la superación médica de esta condición, con el fin de que el individuo que la padece pueda insertarse en la sociedad y asumir un rol en ella. Se trata en suma de permitir que el sujeto en tal condición supere las barreras que, presentes en su propio cuerpo, le impiden desempeñarse en la sociedad como el resto de sus miembros. Ver: TOBOSO MARTÍN, Mario; ARNAU RIPOLLÉS, M^a. La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. Araucaria. Revista iberoamericana de filosofía, política y humanidades, 2008, vol. 10, no 20. “(...) *se alude a la discapacidad en términos de “enfermedad” o como “ausencia de salud” (...), se considera que las personas con discapacidad pueden tener algo que aportar a la comunidad, pero sólo en la medida en que sean rehabilitadas o normalizadas, y logren asimilarse a las demás personas (válidas y capaces) en la mayor medida posible.*”

⁷¹ Sentencia T-340 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷² Sentencia C-035 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

concebirla como un problema de la sociedad y no del individuo. Las limitaciones que padece, a primera vista, la persona en condición de discapacidad no tienen origen en su condición personal, física o mental, sino en la incapacidad de la sociedad para garantizar espacios y servicios para todas las personas en independencia de sus contingencias particulares⁷³.

A la luz de esta visión de la discapacidad, la inclusión de quienes la padecen en los ámbitos sociales implica un ejercicio democrático que reivindica la diferencia. No se propende por la inclusión de la persona para asegurar sus derechos sino para potenciar la diferencia y el pluralismo, como las capacidades diferenciales, desde cada una de las cuales los sujetos juegan un rol en la sociedad⁷⁴. Así como la causa de la discapacidad, entendida como “*la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social*”⁷⁵, es netamente social y no individual, las medidas para conjurarla corresponde al conglomerado social y no únicamente a quien padece una “*deficiencia*” física o mental; “*si el modelo rehabilitador se centra en la normalización de las personas con discapacidad, el modelo social aboga por la normalización de la sociedad, de manera que ésta llegue a estar pensada y diseñada para atender las necesidades de todos*”⁷⁶.

En ese contexto, surgen los ajustes razonables, como un mecanismo de acondicionamiento de los escenarios y posibilidades social, en respuesta a las capacidades diferenciales que circulan en la vida social.

28. Bajo este enfoque los retos de la educación para población en condición de discapacidad no solo aluden al acceso de las personas al sistema educativo, sino que dada la potencia del sistema educativo para el fomento de la democracia y de la vida en sociedad a partir del reconocimiento y el respeto de la diferencia, implica la previsión de mecanismo que aseguren las cuatro dimensiones del derecho al educación para todos los estudiantes en forma diferencial y ajustada a las necesidades particulares. Éstas son retos sociales que, históricamente inadvertidos, ahora deben ser asumidos por la administración y las autoridades educativas, con el fin de crear desde el sistema social una sociedad inclusiva y plural, que se beneficie de los aportes de todos sus ciudadanos sin privilegiar algún tipo de capacidad en relación con otras.

La visión de la educación como una garantía *ius fundamental*, implica asegurar su universalidad. Bajo esa idea, ninguna circunstancia particular en la que se encuentre un menor de edad, bajo ningún supuesto, puede impedir el ejercicio pleno de ese derecho⁷⁷, cargarlo con imposiciones desproporcionadas para

⁷³ PALACIOS, Agustina. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cermi. Madrid, 2008. P. 122

⁷⁴ TOBOSO MARTÍN, Mario; ARNAU RIPOLLÉS, M^a. La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. Araucaria. Revista iberoamericana de filosofía, política y humanidades, 2008, vol. 10, no 20.

⁷⁵ Op. Cit. PALACIOS. El modelo social de discapacidad... P. 123.

⁷⁶ Op. Cit. TOBOSO. La discapacidad dentro del enfoque de capacidades... P. 69.

⁷⁷ Sentencia T-963 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

acceder y comparecer a las aulas, o excluirlo de los procesos educativos que precisa su proceso de formación.

En el marco del enfoque social de la discapacidad, surge la necesidad de crear esquemas de educación inclusiva.

29. Tal como lo resaltó el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación general número 4 sobre el derecho a la educación inclusiva, entender este modelo educativo implica distinguir cuatro fenómenos que se han presentado en escenarios de formación para personas en condición de discapacidad, mismos que están atados a las concepciones sobre ella⁷⁸: la exclusión, la segregación, la integración y la inclusión.

*“La **exclusión** se produce cuando se impide o se deniega directa o indirectamente el acceso de los alumnos a todo tipo de educación. La **segregación** tiene lugar cuando la educación de los alumnos con discapacidad se imparte en entornos separados diseñados o utilizados para responder a una deficiencia concreta o a varias deficiencias, apartándolos de los alumnos sin discapacidad. La **integración** es el proceso por el que las personas con discapacidad asisten a las instituciones de educación general, con el convencimiento de que pueden adaptarse a los requisitos normalizados de esas instituciones. La **inclusión** implica un proceso de reforma sistémica que conlleva cambios y modificaciones en el contenido, los métodos de enseñanza, los enfoques, las estructuras y las estrategias de la educación para superar los obstáculos con la visión de que todos los alumnos de los grupos de edad pertinentes tengan una experiencia de aprendizaje equitativa y participativa y el entorno que mejor corresponda a sus necesidades y preferencias”.*

El Comité señaló en el mismo documento la importancia de la promoción de la inclusión en la educación, como un mecanismo para reconocer la existencia y el valor que tienen en la sociedad las distintas capacidades para aprender, a las que el sistema educativo debe responder, de modo que *“todos los alumnos deben sentirse valorados, respetados, incluidos y escuchados”*.

30. La **educación inclusiva** entonces es un modelo que busca que concurren en el aula estudiantes con capacidades diferentes para aprender y acceder al conocimiento. Parte de la idea de que los educandos no pueden ser apartados de los demás en razón de sus características personales, muchas de las cuales tradicionalmente han sido catalogadas y percibidas como limitaciones individuales. Hacerlo, implica segregar a una parte de la población, sin justificación válida más allá de la diferenciación entre normalidad y

⁷⁸ Tal como fueron presentados en los fundamentos jurídicos 26 y 27 *Ut. Supra*.

anormalidad, como un criterio histórico y cambiante para juzgar y aislar a un grupo y restringirle desde el comienzo de la vida, sus derechos⁷⁹.

Este tipo de educación, se opone a los paradigmas según los cuales la existencia de distintas capacidades entre los estudiantes permite clasificarlos, e impartir la formación de aquellas que no se consideran normales en centros especiales para su enseñanza y en forma separada del aula regular. Rechaza la posibilidad de la *educación especial*, según la cual el aprendizaje se logra cuando los grupos están conformados por personas con las mismas condiciones, físicas y mentales⁸⁰.

La Convención Sobre Derechos para las Personas con Discapacidad reconoce, en el marco del modelo social de la discapacidad, la adopción de una educación inclusiva acompañada con él, que “*desafía la verdadera noción de normalidad en la educación —y en la sociedad— sosteniendo que la normalidad no existe, sino que es una construcción impuesta sobre una realidad donde solo existe la diferencia*”⁸¹.

Habida cuenta que la discapacidad no se concibe como una cuestión netamente religiosa o médica, sino por la forma en la que la sociedad -que es la que excluye y discrimina- la concibe y la trata, las transformaciones son una carga suya y no del individuo. El aula, como reflejo de la sociedad reproduce esquemas de exclusión, que deben abrir camino a la inclusión y a la convivencia armónica de todos los estudiantes; pues la condición de discapacidad no es una razón suficiente para alejar a una persona del sistema general de educación y para que derive los beneficios del mismo⁸², entre los que sin duda se encuentran elementos de la sociabilidad y de la vida en comunidad.

Si bien la educación especial brinda, a través del aislamiento en un espacio escolar independiente, elementos importantes para la formación y el desarrollo del estudiante que tiene limitaciones físicas o mentales para aprender en las mismas condiciones en que lo hace el resto de la población estudiantil, y es en algunos innegablemente valiosa por el nivel de dificultad que presentan los menores de edad, lo cierto es que al separar a los miembros de la sociedad en razón de sus competencias, priva a quienes quedan fuera del aula regular de la

⁷⁹ Sentencia T-523 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En cita la Sentencia T-429 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. “*Desde muy pequeños, los niños son ubicados –con todo lo que esto implica- en el centro mismo del paradigma normal-anormal, con una alta carga de discriminación implícita o explícita. Surge así, pues, una desigualdad que habrá de incidir negativamente en las oportunidades ofrecidas a los niños, según que se hallen ubicados en los terrenos de la normalidad o de la anormalidad, respectivamente*”.

⁸⁰ GARCÍA SOTELO, Gilda María. Tesis Doctoral: El camino hacia la educación inclusiva de las niñas y los niños con discapacidad en el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Disponible en: “http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22803/tesis_gm_garcia_sotelo_2016.pdf?sequence=1”

⁸¹ Op. Cit. PALACIOS. El modelo social de discapacidad...

⁸² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 24. “2. *Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;*” (Subrayado propio).

adquisición de habilidades de interacción social, diferenciales, que pueden servir para la comunicación y la convivencia de agentes diferentes entre sí. No solo lo hace en relación con el estudiante que queda fuera del sistema regular, sino que también con el resto de los estudiantes de la misma edad, con competencias ordinarias, a quienes impide conocer, vivir, tolerar y valorar la diferencia en sus dimensiones prácticas. Merma la capacidad de la sociedad para interactuar con la persona que tiene otra clase de capacidades y a ella, por esa vía, la deja sutilmente alejada en su vida extraescolar.

31. En los procesos de educación inclusiva es imprescindible que el Estado reconozca las limitaciones materiales que tiene para hacer efectivo el derecho a la igualdad y que haga los ajustes razonables del caso, para que *“cada persona, desde su individualidad diversa, esté en condiciones de igualdad real y efectiva frente a sus compañeros”*⁸³.

La Convención alude a la necesidad de los denominados *ajustes razonables*, como el conjunto de *“modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*⁸⁴.

En materia de educación, los ajustes razonables se deben estructurar a partir de la estimación profesional de las necesidades individuales de aprendizaje e interacción social, de forma que se garanticen apoyos personalizados o en grupos, como sea necesario para el proceso de formación. Los apoyos pedagógicos son ajustes razonables, pero no son la única modalidad de estos.

Todo lo anterior implica desafíos para el sistema escolar. Un reto para los docentes quienes deben responder pedagógicamente a los ritmos de aprendizaje diferencial presentes en el aula de clase⁸⁵. También son un reto para las familias, los niños y la sociedad. Sin embargo, son herramientas para iniciar un proceso social amplio de transformación en contra de prácticas discriminatorias en contra de la población en condición de discapacidad, que han adquirido en muchas ocasiones versiones asistencialistas y de cuidado, que difícilmente se predicarían excluyentes⁸⁶.

32. La educación inclusiva propicia escenarios de desarrollo social para los estudiantes con independencia de sus capacidades personales para el

⁸³ Sentencia T-523 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁸⁴ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 2.

⁸⁵ San Martín, C. (2011). ¿Dónde y cuándo proporcionar apoyos pedagógicos para facilitar los procesos de inclusión. Revista Latinoamericana de Inclusión Educativa, 5(2), P. 179.

⁸⁶ Sentencia T-523 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. *“En ocasiones la perpetuación de las diferencias no proviene de una intención de discriminar sino de cuidar, por ejemplo, como en el caso concreto, las familias, en ocasiones, prefieren que sus hijos con determinados diagnósticos clínicos deban ser atendidos en centros educativos especializados.”*

aprendizaje. La Corte Constitucional ha optado por aplicar predominantemente el modelo de educación inclusiva⁸⁷, al que ha dado prevalencia sobre otras formas de educación. Sin embargo, es un reto para el Estado, la sociedad y las familias, tal y como se reconoció en la **Sentencia T-523 de 2016**⁸⁸, que debe ser liderado por el Estado y construidos mediante escenarios participativos, informativos y de diálogo sobre las mejores formas de protección para los derechos de la población en condición de discapacidad.

Los esquemas educativos para personas en condición de discapacidad en Colombia⁸⁹

33. A nivel constitucional, el derecho a la educación para las personas en condición de discapacidad surge de la Carta Política y de la interpretación armónica de los artículos 67 superior, 13 y 44. Expresamente, el artículo 68 señala que la “*educación de personas con limitaciones físicas o mentales*” es una obligación especial del Estado.

El Estado, de conformidad con lo establecido en la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, está en el deber de asegurar que las personas con discapacidad (i) no queden excluidas del sistema general de educación, de la enseñanza primaria ni de la enseñanza secundaria, por motivos de discapacidad; (ii) puedan acceder a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan; (iii) vean asegurados ajustes razonables que respondan a su condición particular y los apoyos en su proceso de aprendizaje; y, (iv) lleven a cabo su proceso educativo en entornos que fomenten al máximo su desarrollo académico y social, que permita su plena inclusión en la sociedad.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2013, hizo énfasis en que el sistema educativo inclusivo debe garantizar condiciones de calidad educativa, misma que ha de medirse a través de mecanismos de evaluación con métodos también inclusivos⁹⁰.

34. El Legislador en la Ley 115 de 1994 reguló el servicio público de educación y fijó la necesidad de garantizar el derecho a la educación de las personas en situación de discapacidad y organizar “*directamente o mediante convenio, acciones pedagógicas y terapéuticas que permitan el proceso de integración académica y social de dichos educandos*”⁹¹. También dispuso que el Gobierno y

⁸⁷ Sentencia T-523 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁸⁸ “*El paradigma de homogeneidad es contrario a la Carta Política, por lo tanto, si bien esta idea ha predominado por años en las aulas donde se forman por años los niños y las niñas, es importante darle un giro para reconocer la diversidad y potenciar todas las capacidades, que trae beneficios tanto para los niños que han recibido educación especial, como para los que no.*”

⁸⁹ Apartado basado, en forma parcial, en las consideraciones de la Sentencia T-523 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹⁰ Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación. 18 de diciembre de 2013.

⁹¹ Ley 115 de 1994. Artículo 46.

las entidades territoriales incorporarán los apoyos pedagógicos necesarios para la atención educativa⁹².

La Ley 361 de 1997 señaló que era competencia del Gobierno Nacional diseñar e implementar planes educativos especiales para los menores de edad en situación de discapacidad, “*que garanticen el ambiente menos restrictivo para [su] formación integral*”. También dispuso que el Ministerio y el ICETEX debían adoptar medidas para la presentación del examen de Estado por las personas en situación de discapacidad severa y profunda, física y sensorial.

El Decreto 366 de 2009 reglamentó la prestación del servicio de apoyo pedagógico para estudiantes en situación de discapacidad o talentos excepcionales en la educación inclusiva. Se ocupó de adoptar medidas para poner en marcha una política de educación inclusiva, en la que determinó las responsabilidades de las autoridades y la prestación de los servicios educativos. Es de resaltar que su artículo 4º señala que los planteles que cuenten con alumnos en situación de discapacidad cognitiva, motora, síndrome de Asperger o autismo, deben “*organizar, flexibilizar y adaptar el currículo, el plan de estudios y los procesos de evaluación de acuerdo a las condiciones y estrategias establecidas en las orientaciones pedagógicas producidas por el Ministerio de Educación Nacional*”.

En 2015, el Presidente de la República expidió dos decretos en materia de educación. El primero, el Decreto 1075 de 2015 establece la estructura del sector, las responsabilidades de las autoridades a nivel nacional y territorial, los aspectos pedagógicos de los diferentes niveles académicos y las orientaciones curriculares. Además, tiene un capítulo sobre los servicios educativos especiales, específicamente, una sección de ese apartado establece parámetros para la protección del derecho de personas con “limitaciones” o con capacidades o talentos excepcionales.

El Capítulo 5 del decreto se ocupa de los servicios educativos especiales. Señala que las instituciones que atienden niños con “*limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales*” deben hacer las adecuaciones curriculares, organizativas y pedagógicas necesarias⁹³. La evaluación de su rendimiento escolar tendrá en cuenta las características de los educandos⁹⁴ y establece cláusulas para la contratación de los apoyos pedagógicos, planes para ampliación de la cobertura y organización de la oferta. También, establece los criterios de conformación del Banco de Oferentes para contratar con el Estado el servicio de educación⁹⁵.

35. Posteriormente, el Decreto 1851 de 2015 subrogó el Capítulo 3 del Decreto 1075 de 2015 y reglamentó la contratación del servicio educativo cuando las entidades territoriales demuestren insuficiencia de cupos en los establecimientos

⁹² Ley 115 de 1994. Artículo 47.

⁹³ Decreto 1075 de 2015. Artículo 2.3.3.5.1.2.1.

⁹⁴ Decreto 1075 de 2015. Artículo 2.3.3.5.1.2.3.

⁹⁵ Decreto 1075 de 2015. Artículo 2.3.1.3.3.5.

educativos oficiales. Según señala, para suscribir los contratos con instituciones privadas, se debe conformar un Banco de Oferentes con instituciones educativas de naturaleza privada que cumplan con requisitos de experiencia e idoneidad para la prestación del servicio educativo a cargo del Estado. Deben demostrar (i) cuando menos 5 años de experiencia en la prestación del servicio educativo; (ii) puntajes superiores al percentil 35 en las áreas de lenguaje y matemáticas en las pruebas SABER 3°, 5°, 9° y 11°, comparados con las instituciones de la misma entidad territorial⁹⁶.

En relación con la fijación de criterios diferenciales para ser parte del Banco de Oferentes, la Sentencia T-523 de 2016 le ordenó al Ministerio de Educación Nacional *“crear un método de evaluación de planteles educativos que se presentan en el Banco de Oferentes, que sea inclusivo y tenga en cuenta los logros de algunas instituciones frente al proceso de enseñanza de las personas en situación de discapacidad que asisten a sus aulas”*. Para ello otorgó un plazo de seis meses.

36. Específicamente sobre educación inclusiva el Ministerio de Educación ha emitido la Circular No. 066 de 2015 y el Decreto 1421 de 2017. En la primera explicó que *“si en una entidad territorial no se verifican supuestos de hecho para garantizar la inclusión, ésta contará con la capacidad de organizar la oferta educativa mediante la participación de organizaciones de reconocida trayectoria e idoneidad en la prestación o promoción del servicio de educación.(...) Las entidades territoriales podrán acudir a la contratación del servicio educativo para la población con necesidades educativas especiales, (...) siempre y cuando se haya determinado que la condición de discapacidad o capacidad o talento excepcional del estudiante lo requiera, mediante una evaluación psicopedagógica y una caracterización interdisciplinaria a cargo de la instancia o institución determinada por la entidad, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 2.3.3.5.1.1.4. del Decreto 1075 de 2015”*.

En el segundo, en el Decreto 1421 de 2017, se establecen los principios, las definiciones básicas y los lineamientos necesarios para la operación del modelo de educación inclusiva. Entre las definiciones que contempla, a la educación inclusiva la define como *“un proceso permanente que reconoce, valora y responde de manera pertinente a la diversidad de características, intereses, posibilidades y expectativas de los niñas, niños, adolescentes, jóvenes y adultos, cuyo objetivo es promover su desarrollo, aprendizaje y participación, con pares de su misma edad, en un ambiente de aprendizaje común, sin discriminación o exclusión alguna, y que garantiza, en el marco de los derechos humanos, los apoyos y los ajustes razonables requeridos en su proceso educativo, a través de prácticas, políticas y culturas que eliminan las barreras existentes en el entorno educativo.”*

⁹⁶ Decreto 1075 de 2015. Artículo 2.3.1.3.3.7.

Para llevar a cabo este modelo creó los Planes Individuales de apoyos y ajustes razonables (PIAR), herramienta que permite visibilizar: (i) el contexto general del estudiante dentro y fuera del establecimiento educativo; (ii) su valoración pedagógica; (iii) informes de profesionales de la salud que aportan a la definición de los ajustes; (iv) los objetivos y metas de aprendizaje; (v) ajustes curriculares, didácticos, evaluativos y metodológicos para el año electivo, si se requieren; (vi) recursos físicos, tecnológicos y didácticos, necesarios para el proceso de aprendizaje y la participación del estudiante y; (vii) proyectos específicos que se requieran realizar en la institución educativa, diferentes a los ya programados en el aula, que incluyan a todos los estudiantes; (viii) situaciones relevantes del estudiante para su proceso de aprendizaje ;y (ix) actividades en casa que darán continuidad a diferentes procesos en los tiempos de receso escolar. Esta herramienta hará parte de la historia escolar del estudiante en condición de discapacidad.

En materia de evaluación educativa, dicho decreto señala que la misma responde a varios escenarios. Uno internacional, de cara al cual el Estado debe promover la participación de los estudiantes en las pruebas que den cuenta de la calidad de la educación por aplicación de estándares internacionales; otro nacional, en el que el Ministerio Educación Nacional y el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (ICFES) realizarán pruebas para monitorear la calidad de la educación en los establecimientos educativos con fundamento en los estándares básicos. El ICFES tiene encomendada la adaptación de la prueba de población general, a través de (i) el diseño de formatos accesibles con ajustes razonables en los exámenes de Estado; (ii) la verificación con el estudiante de los medios de adaptación que requiere para la prueba; (iii) los ajustes razonables que se requieran para la inscripción y la presentación de los exámenes según el tipo de discapacidad reportada. Finalmente se encuentra el ámbito de evaluación institucional, que es aquella efectuada en cada establecimiento educativo en forma permanente y objetiva para valorar el desempeño de los estudiantes.

La concepción de la evaluación como uno de los elementos del proceso educativo de las personas en condición de discapacidad en el esquema de educación inclusiva, responde a la necesidad de verlo como una etapa o componente del proceso de formación en instituciones de educación formal. Su propósito es valorar los logros del proceso y determinar, por esa vía la calidad de la educación impartida.

37. No obstante lo anterior, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia, adoptadas durante el 16° periodo de sesiones del Comité llevado a cabo el del 15 de agosto al 2 de septiembre de 2016, resaltó con preocupación que en materia educativa existen *“bajos niveles de matriculación de personas con discapacidad en todos los niveles educativos y el predominio de ‘aulas especializadas’ con financiamiento público (...). El Comité expresa su preocupación (sic.) que la discriminación por motivo de discapacidad sea una de las principales causas del rechazo de personas con discapacidad en las escuelas regulares,*

particularmente a nivel de alcaldías y autoridades locales y que este rechazo repercute en el acceso de las familias a programas de reducción de pobreza condicionados. También le preocupa la falta de materiales de lectura y pedagógicos en formatos y modos de comunicación accesibles”.

38. Cabe destacar que en lo que atañe a la calidad de la educación para personas en condición de discapacidad, esta Corporación ha señalado que la atención psicológica que reciben los menores de edad en relación con su diagnóstico médico no reemplaza la educación formal.⁹⁷ Así, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la educación inclusiva es la regla general y no implica renunciar a los estándares básicos de la educación en Colombia, pues *“la educación formal no puede ser reemplazada por las terapias psicológicas y psicosociales únicamente, pues este es un apoyo, pero no brinda contenido académico”*⁹⁸.

39. La jurisprudencia ha enfatizado en que subsisten barreras para las personas en situación de discapacidad en el entorno y el sistema educativo, a pesar de haberse adoptado un modelo inclusivo de educación. En varias oportunidades se ha concluido que aquellas están relacionadas con el proceso de evaluación.

En la **sentencia T-598 de 2013**⁹⁹, la Corte analizó la acción de tutela presentada por el padre de un menor de edad contra el ICFES porque después de que el acudiente informó a la entidad que su hijo tenía una condición de salud visual y que por ello requería una adecuación de los textos o un apoyo para presentar la prueba de Estado, la entidad le entregó un kit para invidentes, aun cuando ya había indicado que ese no era el tipo de apoyo que su hijo precisaba. Al resolver la controversia, la Corte adujo que *“lo que se pretende no es que se varíen las condiciones técnicas estandarizadas de evaluación en los exámenes, sino que se tengan en cuenta las excepcionalidades de las personas a examinar, con el fin de que se les brinden ayudas adecuadas, de acuerdo con los parámetros generales fijados por el Ministerio de Educación Nacional”*. Por lo tanto, solicitó al Ministerio que desarrolle políticas que tengan en cuenta todas las necesidades de las poblaciones al momento de

⁹⁷ En la **sentencia T-139 de 2013**⁹⁷, la Corte estudió la acción de tutela presentada por la madre de una menor de edad con discapacidad porque Acción Social le dejó de pagar el subsidio al que consideraba que tenía derecho porque su hija no estaba inscrita en los programas de educación formal. La accionante sostuvo que su hija acudía al Centro de Rehabilitación Madre de Dios de Monserrat, por lo que, en su criterio, sí cumplía con el requisito de educación. Sobre este asunto, la Corte consideró que la atención que recibía la niña no configuraba un programa de educación regular, al que debía asistir para acceder a todos los contenidos pedagógicos que reciben todos los niños y las niñas. El apoyo pedagógico que le prestaba el Centro era un aporte importante para el desarrollo integral de la menor de edad, pero no tenía las características para cumplir con el requisito de recibir la educación formal. Máxime, porque los médicos no han indicado que la niña no pueda estar inserta en una institución educativa regular. En consecuencia, se ordenó a la Secretaría de Educación municipal que la niña *“sea inscrita en una institución educativa formal de preferencia inclusiva”*. Finalmente, en relación con la entrega del subsidio, sostuvo que la entidad no debió retener la entrega del apoyo económico, sin antes explicar a la madre de la accionante la forma en la que se debía cumplir el requisito de escolarización.

⁹⁸ Sentencia T-523 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹⁹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

aplicar las pruebas de Estado, de forma que los apoyos se brinden según el tipo de discapacidad.

La **sentencia T-119 de 2014**¹⁰⁰ estudió el caso de un joven con autismo que adquirió una deuda con el ICETEX para cursar sus estudios de música en la Universidad de los Andes y obtuvo uno de los mejores promedios de egresados. El Gobierno Nacional anunció que condonaría la deuda a los estudiantes sobresalientes, sin embargo el ICETEX se negó a hacerlo en el caso porque no había obtenido uno de los mejores puntajes en las pruebas SABER. El padre del estudiante presentó acción de tutela contra la entidad por no condonar la deuda de su hijo, sin tener en cuenta que el joven padece de autismo y, por ello, tiene problemas de aprendizaje y no puede ser evaluado de igual forma que las demás personas.

Al respecto la Corte concluyó que las entidades accionadas desconocieron el derecho a la igualdad del estudiante. Sin embargo, precisó que *“no resulta procedente que la Corte emita una orden de modificar la estructura y los contenidos de las pruebas Saber Pro. Es posible que en algunos asuntos, (...), esas pruebas no contengan todos los elementos evaluativos que sean deseables, pero si bien ello conduce a que, en sede de tutela, se adopten los correctivos para la cuestión analizada, no necesariamente ello se traduce en una modificación de la prueba, la cual, por su carácter general, no siempre podrá cubrir las situaciones que enfrenten todos y cada uno de los estudiantes”*.

La **sentencia T-523 de 2016**¹⁰¹ analizó el caso de un menor de edad que había sido retirado de una institución de educación especial, en la medida en que la misma no cumplía los requisitos para hacer parte del Banco de Oferentes. Concretamente no cumplió con los resultados mínimos en las pruebas saber, respecto de las demás instituciones educativas de la entidad territorial en la que estaba localizada.

Para resolver precisó que las pruebas SABER son una herramienta importante para la medición de la educación, sin embargo, pueden no responder a las capacidades diferenciales que existen en las aulas de clase. Cuando al centro educativo se le evalúa según los puntajes obtenidos por sus estudiantes, el resultado de las pruebas SABER puede no mostrar la calidad de los procesos educativos, pues su diseño solo refiere un tipo de capacidad por evaluar. La repercusión de este desajuste consiste en que si los municipios requieren contratar instituciones de educación inclusiva, aunque la institución cuente con excelentes ajustes razonables, es posible que esto no se vea reflejado a través del parámetro de evaluación diseñado para la mayoría de la población.

40. La Sala estima que de acuerdo con las decisiones referenciadas, las autoridades deben tener en cuenta que las personas que convergen al escenario

¹⁰⁰ M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁰¹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

de evaluación son diferentes y las autoridades deben atender a esa diversidad de capacidades y necesidades en el proceso educativo de evaluación, pues solo así pueden asegurar por completo la dimensión de aceptabilidad del derecho a la educación. Tal y como se destacó en otras oportunidades, *“la inclusión no debe ocurrir solo en el aula de clase, debe permear toda la política pública de educación. La idea de inclusión no es un método para incorporar a una o dos personas a un salón de clases, es un enfoque más amplio de reconocimiento de capacidades diversas que concurren en un sitio de enseñanza para potenciar sus habilidades y que involucra el mismo concepto de los centros educativos. Por lo tanto, no basta con asegurar una igualdad de condiciones dentro del salón y luego, medir con un estándar excluyente”*¹⁰².

Análisis del caso concreto

41. La accionante puso en conocimiento del juez de tutela dos hechos que convergieron en la amenaza de los derechos de los 103 niños y niñas agenciados por ella.

42. En primer lugar, destacó el riesgo al que se encontraban sometidos por la decisión de la SED de Cartagena de no aprobar la contratación de servicios educativos especiales en su favor y de dejar de costearlos, lo que implicaba la interrupción de su proceso de formación en ese establecimiento privado. Respecto de esta acusación, la Alcaldía Distrital de Cartagena informó que los estudiantes agenciados en 2016 fueron vinculados nuevamente a dicho establecimiento educativo, en donde la mayor parte de ellos lleva un proceso de formación en lo que va corrido del año 2017.

Sobre el particular la Sala destaca que, en principio, y dada la evolución de los procesos de inclusión en el Distrito de Cartagena, que alega la insuficiencia de cupos para atender a los agenciados, el derecho a la educación desde el punto de vista de la accesibilidad, se encuentra satisfecho. Sin embargo, es importante resaltar que no basta con que la Secretaría de Educación accionada haya adjudicado un cupo escolar a estos 103 niños y niñas en una institución de educación especial, pues ello representa desde el punto de vista de los enfoques actuales de la discapacidad, un retroceso hacia el aislamiento que resta posibilidades de diálogo entre agentes con capacidades diferentes entre sí.

De las manifestaciones hechas por la accionante y las pruebas recogidas en la etapa de revisión, se concluye que la Corporación de Educación Especial y Formal Mente Activa es una institución dedicada a la educación especial. La totalidad de sus estudiantes se encuentran en condición de discapacidad, sin que pueda ofrecer, como lo manifestó el Ministerio de Educación un esquema inclusivo de aula y actividades escolares.

La relatora de Naciones Unidas para el derecho a la educación, Katarina

¹⁰² Sentencia T-523 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Tomasevsky¹⁰³, ha señalado que los modelos educativos estatales a traviesan por varias etapas antes de lograr el ejercicio pleno del derecho a la educación de la población en condición de discapacidad.

La primera es el reconocimiento del derecho a la educación de esta población, por contraste con la exclusión del sistema educativo de la que son víctimas, junto con miembros de otros grupos tradicionalmente discriminados. En esta primera etapa la opción para su formación es la segregación en escuelas o programas especiales. El reconocimiento del derecho a la educación de la población en condición de discapacidad genera, en un primer momento, la necesidad de separación entre los modelos de educación regular y los especiales¹⁰⁴.

La segunda es la inclusión en escuelas regulares, que exige de las personas en condición de discapacidad adaptarse a las dinámicas escolares. Finalmente, *“la tercera etapa exige la adaptación de la enseñanza a la diversidad de necesidades educativas del alumnado (...) Esta es la aspiración del movimiento de la inclusión”*¹⁰⁵.

Tal y como se especificó en relación con las distintas perspectivas históricas de la discapacidad, la educación especial es un modelo educativo que asocia el éxito del proceso educativo a la homogeneidad entre los educandos. Para las personas en condición de discapacidad se destinan aulas especiales en las que son atendidos conforme sus necesidades, sin tener contacto con los demás estudiantes de su misma edad que tienen otro tipo de capacidades, distintas a las suyas. Restringe el potencial que tiene la interacción entre distintos actores sociales, a través de sus visiones y formas de percibir y concebir el mundo que les es común.

En esa medida, proteger el derecho a la educación en el marco del modelo social de discapacidad, que ha sido aceptado en la actualidad como una perspectiva compatible con la dignidad humana y como una meta del conjunto de la sociedad, recogida en la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, implica concretar los deberes estatales de vigilancia y control del sistema educativo para que progresivamente se acerque a esos objetivos. Actualmente, reconocer las deficiencias de los demás esquemas de comprensión de la discapacidad que propugnan por la protección de la persona en condición de discapacidad, a través de su aislamiento de la dinámica social y en ella del ámbito educativo general, no puede conllevar únicamente una exposición de las ventajas y la evolución de los paradigmas, sino que debe concretarse en la reestructuración de los deberes estatales en la materia.

¹⁰³ KATARINA, Tomasevski. Contenido y vigencia del derecho a la educación. Cuadernos pedagógicos, 2002.

¹⁰⁴ VAN STEENLANDT, Danielle. La integración de niños discapacitados a la educación común. UNESCO/OREALC, 1991. P.14. *“Surgen dos tipos de educación, regular y especial: dos sistemas separados, cada uno con su propia administración, su propio presupuesto, sus propios supervisores, maestros y alumnos (...). ‘La historia de los programas educativos para discapacitados es una historia de segregación’”*

¹⁰⁵ BLANCO, G., et al. La equidad y la inclusión social: uno de los desafíos de la educación y la escuela hoy. REICE. Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación, 2006, vol. 4, no 3. P.

De tal suerte, la acción de otorgar un cupo educativo en una institución que no responde a los derroteros y los desafíos actuales de la educación para personas en condición de discapacidad, si bien otorga acceso al sistema, no observa todas las dimensiones del derecho a la educación, pues entre ellas se encuentra la aceptabilidad, que depende del contexto histórico y de las metas sociales fijadas para la escuela. Ello sin perjuicio del reconocimiento de que la adopción de modelos más acordes con la dignidad humana, precisan procesos de transición y no pueden alcanzarse a través de medidas de choque.

En atención de estas consideraciones sobre el caso concreto, y sobre la forma en que se intentó resguardar el derecho a la educación de los menores de edad agenciados, la Sala ordenará que las demandadas, previo consentimiento informado de los niños y niñas y de sus padres o cuidadores, valoren su condición de discapacidad y determinen cuáles de esos estudiantes ameritan un modelo de educación especial fuera del aula regular, y les den el trato previsto en el Decreto 1421 de 2017. A aquellos que puedan ser vinculados a esquemas de educación inclusiva, se les garantizará progresivamente ese derecho, previa determinación de los ajustes necesarios que requieren.

Adicionalmente, la entidad territorial deberá (i) actualizar el Banco de Oferentes para que la inclusión sea un factor a tener en cuenta en su conformación; (ii) iniciar un proceso de modificación de la oferta educativa en el Distrito, de modo que sea verdaderamente inclusiva y, gradualmente, abandone el esquema de educación especial, cuando ello sea posible de conformidad con las condiciones de cada estudiante.

43. En segundo lugar, la actora precisó que si bien la decisión de no aprobar el contrato para la prestación de los servicios educativos en favor de los 103 niños y niñas agenciados se fundamentó en el hecho de que la Corporación de Educación Especial y Formalmente Activa había sido excluida del Banco de Oferentes para el periodo 2016-2018 por falta de requisitos para ello, lo que revelaba dicha exclusión era, en últimas, la aplicación discriminatoria de las pruebas SABER. Éstas tienen un carácter estandarizado, por lo que no permiten la medición del aprendizaje y del proceso educativo de las personas en condición de discapacidad. Así las instituciones que atienden las necesidades educativas de esta población, en gran número, como esa Corporación no pueden esperar un lugar en el Banco de Oferentes, pues sus estudiantes con capacidades cognitivas distintas, no responden a los patrones de medición generalizados en los que se basan esas pruebas.

En relación con ello la Sala le formuló un cuestionario al Ministerio de Educación Nacional. Al responderlo manifestó que en la presentación de las pruebas SABER, que son necesariamente sustentadas en criterios universales con el fin de lograr hacer mediciones comparativas, la noticia de la inscripción de personas en condición de discapacidad genera, los apoyos pedagógicos y físicos necesarios para la presentación del examen, y la necesidad

de que las pruebas presentadas por los estudiantes en condición de discapacidad cognitiva se excluyan de los resultados globales. Recogidas las pruebas se llevan a un informe paralelo que no incide en la evaluación institucional o regional.

44. Para la Sala es claro que la evaluación de la educación, como uno de los componentes del proceso de formación que coincide con una de las dimensiones del derecho a la educación, como lo es la aceptabilidad, responde a un deber estatal de control de vigilancia sobre la calidad del sistema educativo formal. Esta se concreta a través de las pruebas de Estado, mediante las cuales la administración puede monitorear el desarrollo de los programas y sus resultados en cada uno de los estudiantes, instituciones y regiones.

El hecho de que las personas en condición de discapacidad cognitiva, no obstante presentan las pruebas SABER, no sean tenidas en cuenta como los demás estudiantes, mediante sus resultados, para coadyuvar a la evaluación de la calidad de la educación del país, es un acto discriminatorio en su contra que no es compatible con la Constitución de 1991.

No solo lo es porque excluye sin ninguna justificación su esfuerzo durante el proceso de formación y durante el momento de presentación de la prueba misma, sino porque la verificación de las condiciones de calidad del servicio educativo se efectúa en relación con la población mayoritaria, pero no en relación con ellos. En su caso se dejan de constatar los niveles de calidad individuales, institucionales y regionales, con lo que en últimas descuida el deber de vigilancia de los procesos educativos en relación con la población en condición de discapacidad.

El argumento según el cual los criterios en los que se basan las pruebas SABER son y deben ser universales para efecto de poder comparar realidades y resultados, parece insuficiente si se tiene en cuenta que tal ejercicio no estaría jamás completo sin poder valorar los procesos educativos de toda la población estudiantil, mediante mecanismos diferenciales que den cuenta de las distintas capacidades que tienen los educandos en el país. Adicionalmente, incluso cuando el Ministerio admitió la aplicación de test distintos para la población en condición de discapacidad, resulta irrazonable que los mismos no se orienten a la consolidación de un concepto sobre la calidad de los servicios educativos que se les prestan, en forma nacional, regional e institucional. Ello impide procesos de mejora y replanteamiento de las condiciones de prestación del servicio, que parecen por ahora no ser de interés para la administración.

Si bien el Ministerio expidió el Decreto 1421 de 2017, que regula la educación inclusiva y la evaluación en este modelo, incluso en él, no subsana las falencias en cuanto a las pruebas de estado presentadas por la población en situación de discapacidad. Se limita a regular todo aquello que atañe a la presentación de las pruebas y a los apoyos que ello demanda. En relación con ello cabe preguntarse para qué regular o propiciar la presentación de los exámenes, que incluso puede llegar a ser tan desgastante para algunas personas con menguas en su capacidad,

si los mismos en últimas serán ignorados para la consolidación de resultados y no se tendrán en cuenta para retroalimentar y reorientar los procesos.

La potestad de vigilancia y control de la prestación del servicio educativo, no puede perder de vista la diferencia en el aula y en el sistema educativo, como una realidad palpable. No es admisible que la calidad educativa de los procesos que adelantan las personas con capacidades ordinarias o habituales, si sea verificada y analizada, mientras la de quienes son sujetos de reforzada protección constitucional, como lo son los niños y niñas en condición de discapacidad sea descuidado, en la medida en que no pueden responder a criterios universales de evaluación. Esa no es razón para perder de vista la calidad de la formación de este tipo de estudiante y no releva a la administración de cumplir con sus obligaciones de constatar la aceptabilidad de todos los programas educativos que se imparten en el territorio nacional.

Para la Sala, la conducta del Ministerio de Educación Nacional, al respecto es reprochable y genera no solo efectos en materia de igualdad entre los educandos, sino además entre las instituciones que mayor número de población en condición de discapacidad albergan. En esa medida, le ordenará que en el término de un año contado a partir de la notificación de esta decisión, establezca mediante las pruebas SABER esquemas diferenciales de evaluación de los procesos de formación de las personas en condición de discapacidad, para efecto de valorar institucional, regional y nacionalmente su desempeño, y la efectividad de los modelos pedagógicos a los que son sometidos. Al cabo de ese tiempo deberá presentar un informe al juez de primera instancia para que valore el cumplimiento de esta decisión.

45. Con fundamento en todo lo considerado hasta este punto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional revocará la decisión de la segunda instancia para, en su lugar, conceder el amparo por las razones expuestas en esta sentencia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo proferido el 24 de agosto de 2016 por el Juzgado Segundo (2°) Penal del Circuito de Cartagena, que declaró improcedente esta acción de tutela y revocó la decisión de conceder el amparo, asumida el 6 de julio de 2016 por el Juzgado Sexto (6°) Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cartagena, para en su lugar, **AMPARAR** los derechos a

la educación y a la igualdad de los agenciados, no por las razones ni en la línea de esa última providencia, sino por las consignadas en esta sentencia.

Segundo. ORDENAR a la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena que, con el acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional, dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de esta decisión, previo consentimiento informado de los niños y niñas y de sus padres o cuidadores, valoren la condición de discapacidad de los 103 menores de edad agenciados en la presente acción de tutela, para determinar si existe necesidad invariable de prestarles servicios de educación especial. La educación de los estudiantes con este tipo de necesidades, certificadas por profesionales idóneos para ello conforme la normativa vigente, que precisen un modelo pedagógico fuera de la institución educativa regular, se realizará mediante la coordinación con el sector salud o con las autoridades que corresponda, de conformidad con el Decreto 1421 de 2017.

Aquellos estudiantes que, entre los 103 agenciados, puedan ser vinculados en esquemas educativos de inclusión en el aula regular, lo serán en forma progresiva, dentro del plazo máximo de los seis (6) meses siguientes a la notificación de esta decisión. Para ese efecto, la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena deberá proveer, a cada uno de ellos, un cupo de inclusión en una institución regular, con los ajustes razonables a los que haya lugar, previa aplicación de los Planes Individuales de Apoyos y Ajustes Razonables (PIAR) y concertación con el menor de edad y con su familia. Identificada la totalidad de niños y niñas agenciados por incluir en aulas regulares, el Ministerio de Educación Nacional se reunirá con sus padres y cuidadores, con el objetivo de socializar con ellos los beneficios y retos que implica el modelo de educación inclusiva, y de resolver sus dudas al respecto.

Tercero. ORDENAR a la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena que en el término de un (1) año, a partir de la notificación de esta sentencia, adelante las acciones tendientes a actualizar el Banco de Oferentes de instituciones privadas para la prestación del servicio educativo de personas en situación de discapacidad, con el fin que dichas instituciones se ajusten a los parámetros de la educación inclusiva y progresivamente integren en el proceso educativo a las personas con y sin discapacidad. Ello conforme a la parte motiva de esta sentencia. Al término del plazo conferido deberá presentar un informe al juez de primera instancia para éste que valore el cumplimiento de esta orden.

Cuarto. ORDENAR al Ministerio de Educación Nacional, a través de su representante legal, que en el término de un (1) año siguiente a la notificación de esta decisión, introduzca en las pruebas SABER esquemas diferenciales de evaluación de los procesos educativos de las personas en condición de discapacidad (física y cognitiva), para efecto de valorar, vigilar y controlar institucional, regional y nacionalmente su desempeño, y la efectividad de los modelos pedagógicos a los que son sometidos. Al término del plazo conferido

deberá presentar un informe al juez de primera instancia para éste valore el cumplimiento de esta orden.

Quinto. ADVERTIR a la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cartagena que, en lo sucesivo, deberá abstenerse de eludir el reparto de acciones de tutela por (i) factores de reparto y no de competencia, en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación y (ii) bajo argumentos y consideraciones sobre el fondo de la acción de tutela, que transformen la solicitud de amparo y alteren el extremo pasivo de la demanda. Para efectos de lo anterior suminístresele copia de esta decisión.

Sexto. Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIÁN
Secretaria General (e.)