

**PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y
RESPONSABILIDAD ESTATAL POR FALLA EN EL SERVICIO
DE LA EDUCACIÓN**

JOSÉ IGNACIO MANRIQUE NIÑO

**Tesis de grado para optar al título de
Magíster en Derecho Administrativo**

Director de la tesis: Dr. Manuel Restrepo Medina

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ**

2009

AGRADECIMIENTOS

A nuestra Alma Máter, la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, cuna de hombres y mujeres ilustres, que unidos de profundo humanismo y excelencia profesional, a lo largo de su rica y fecunda historia, han contribuido al engrandecimiento de nuestra patria.

Al doctor Manuel Restrepo, director de la presente tesis, que con sus acertadas orientaciones supo guiar este esfuerzo hasta concretarse en el texto que hoy tiene usted entre sus manos.

Al doctor Joaquín González Ibáñez por sus ilustrativas orientaciones y sugerencias para la versión final de este trabajo.

A Lucía, Karen Lorena, Edwin Giovanni, Christian Yesid y demás familiares, por el ánimo y el apoyo constante para alcanzar esta nueva meta en mi carrera profesional.

A los amigos y compañeros de maestría, por todos los momentos vividos y compartidos.

CONTENIDO

CONTENIDO.....	3
INTRODUCCIÓN.....	7
1. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO, SERVICIO PÚBLICO Y POLÍTICA PÚBLICA.....	13
1.1. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO DE LAS PERSONAS.....	15
1.1.1. El derecho a la educación en el texto constitucional	16
1.1.2. La educación como derecho subjetivo	21
1.1.3. Núcleo esencial del derecho a la educación	24
1.1.4. Mecanismos de protección del derecho a la educación.....	29
1.1.5. La educación como derecho – deber	31
1.2. LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO.....	36
1.3. LA EDUCACIÓN COMO POLÍTICA PÚBLICA.....	46
1.4. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA EDUCATIVA.....	52
1.4.1. La tesis de la subsidiariedad.....	52
1.4.2. La tesis de las cuatro “A”	54
1.4.3. Obligaciones en virtud de Convenios Internacionales ratificados por Colombia.....	60
1.5. ESTADO ACTUAL DE LA EDUCACIÓN EN COLOMBIA	67
2. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.....	78
2.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD.....	78
2.1.1. La irresponsabilidad del Estado	79
2.1.2. La responsabilidad del Estado.....	82
2.1.2.1. La responsabilidad indirecta del Estado	84
2.1.2.2. Responsabilidad directa del Estado	86
2.2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991.....	89

2.3.	JURISPRUDENCIA NACIONAL RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991	91
2.3.1.	Evolución jurisprudencial del Consejo de Estado	93
2.3.2.	Evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional	98
2.4.	ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD	103
2.4.1.	El daño	103
	2.4.1.1. Requisitos del daño	105
	2.4.1.2. Clasificación de los daños	109
2.4.2.	La actuación de la administración	112
	2.4.2.1. La responsabilidad por falla del servicio	114
	2.4.2.2. La apreciación de la falta o mal funcionamiento del servicio.....	118
	2.4.2.3. Las presunciones de falta	122
	2.4.2.4. La responsabilidad sin culpa	124
2.4.3.	El nexo causal	126
	2.4.3.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones	127
	2.4.3.2. Teoría de la causalidad adecuada	130
	2.4.3.3. La causalidad en las omisiones	134
	2.4.3.4. Ruptura del nexo causal	135
3.	MANIFESTACIONES DEL INCUMPLIMIENTO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN.....	140
3.1.	VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN POR APLICACIÓN DE UNA POLÍTICA PÚBLICA.....	141
3.2.	IRREGULARIDAD EN EL SERVICIO POR DESVIAR RECURSOS FISCALES DESTINADOS A LA EDUCACIÓN O POR NO EJECUTARLOS	144
3.3.	IRREGULARIDAD POR NO OFRECER INSTALACIONES EDUCATIVAS EN CONDICIONES DE SEGURIDAD Y SALUBRIDAD ADECUADAS.....	149
3.4.	IRREGULARIDAD POR LA FALTA TRANSITORIA DE DOCENTES	152
3.5.	IRREGULARIDAD POR NEGAR EL INGRESO DE NIÑOS DESPLAZADOS A UN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO POR	

	HABER SUPERADO LA EDAD DEL GRADO ESCOLAR AL QUE ASPIRAN	155
3.6.	IRREGULARIDAD EN EL SERVICIO POR FALTA DE ESCUELAS Y POR AUSENTISMO DOCENTE EN ZONAS RURALES	158
3.7.	IRREGULARIDAD EN EL SERVICIO DE EDUCACIÓN POR FALTA DE PAGO A LOS DOCENTES	160
3.8.	VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN POR NO CONTINUAR OTORGANDO EL SUBSIDIO CONCEDIDO A UN ADULTO DISCAPACITADO.....	164
3.9.	IRREGULARIDAD EN EL SERVICIO POR NEGAR EL ACCESO AL SISTEMA EDUCATIVO A LOS MENORES DISCAPACITADOS EN IGUALDAD DE OPORTUNIDADES	166
3.10.	IRREGULARIDAD POR NO PROTEGER EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS MENORES CON CAPACIDADES EXCEPCIONALES.....	168
3.11.	IRREGULARIDAD EN EL SERVICIO DE EDUCACIÓN CUANDO LA REVISIÓN DE NOTAS NO TERMINA CON UNA DECISIÓN MOTIVADA POR PARTE DEL PROFESOR	170
3.12.	VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN POR FALLA EN EL SERVICIO EDUCATIVO	173
3.13.	IRREGULARIDAD EN EL SERVICIO POR LA MALA CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO	179
4.	EL DAÑO ANTIJURÍDICO EN LA PRESTACIÓN DEL.....	188
	SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN	188
4.1.	DETERMINACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO	188
4.1.1.	Procedimiento para determinar el daño antijurídico	188
4.1.2.	El daño como quebrantamiento al interés legítimo.....	192
4.1.3.	El interés legítimo en la educación	198

4.1.4.	El daño antijurídico en la prestación del servicio público de la educación	203
4.2.	LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN	221
4.3.	INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR LA IRREGULARIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO	233
4.4.	PRINCIPIOS QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA PARA REPARAR EL DAÑO.....	240
4.4.1.	Principio de daño a la persona	242
4.4.2.	Principio de reparación integral	245
4.4.3.	Principio de la equidad	246
4.4.4.	Principio de la dignidad humana.....	249
	CONCLUSIONES.....	253
	BIBLIOGRAFÍA.....	267

INTRODUCCIÓN

¿Y ahora qué sigue? Es la pregunta que surge después de evidenciar que la Corte Constitucional ha amparado mediante acción de tutela el derecho a la educación al comprobar que ha habido algún tipo de vulneración por parte de la administración.

Normalmente se dice que un fallo de tutela que ampara un derecho fundamental es la puerta de entrada para iniciar un proceso de responsabilidad contra el Estado. Ese es el terreno que hemos querido explorar, para evidenciar si es así, pues, tratándose del derecho a la educación, el cual está contemplado en nuestra Carta Fundamental también como servicio público, en principio no resulta tan claro.

En efecto, el presente trabajo tiene como propósito averiguar, mediante la metodología de estudio de caso, si tanto en las oportunidades en que ha sido amparado a través de acción de tutela y ante muchas otras situaciones que evidencian la vulneración del derecho a la educación por parte de la administración, cabe la posibilidad de determinar un daño antijurídico que le sea atribuible por irregularidades en la prestación del servicio público

educativo, a efectos de endilgarle responsabilidad y reclamar una posible indemnización.

Para ese efecto, de trascendental ayuda ha sido todo el aporte que la doctrina y la jurisprudencia administrativa y constitucional hacen para interpretar la realidad objeto de estudio. Por eso, se hizo un esfuerzo importante para presentar una síntesis de cómo ha sido la evolución hasta nuestros días de la responsabilidad del Estado.

De llegarse a predicar la responsabilidad de la administración por falencias en la prestación del servicio, se deben analizar y explorar las variadas formas en que podría satisfacerse una posible indemnización. Pero en el fondo de cada una de las alternativas que se adopten para ordenar la reparación está el principio fundante de nuestro Estado social de derecho, que es la dignidad humana.

La presente investigación tiene como punto de partida algunos fallos de tutela de la Corte Constitucional que, de manera selectiva, se han considerado significativos en la medida que en la vulneración del derecho a

la educación por parte de la administración, se predica igualmente una irregularidad en la prestación del servicio.

Pero además, en el presente estudio, a partir de informes donde se muestra el estado actual de la educación en el país y de su adopción como política pública, se verifica que no basta establecer en un programa de gobierno que la educación es un asunto de alta importancia, si no se tiene la voluntad de implementar tal programa. Esto empieza con una sensibilización para cambiar la mentalidad de todos los funcionarios que tienen que ver con este tema tan álgido, hasta llegar a verificar que la educación impartida por docentes altamente cualificados, responde efectivamente a unos estándares de cobertura y calidad, previamente establecidos. Igualmente se requiere establecer parámetros ciertos y medibles para asegurar que año a año se avance hasta asegurar al máximo la gratuidad del servicio.

Se hace necesario que la educación se establezca como “política de Estado”, de manera que ajena a los vaivenes de la política partidista que cambia con cada gobernante, para así definir el país que queremos, y de esa forma señalar los contenidos educativos que se han de impartir para formar, en

valores humanos y las calidades profesionales, a quienes van a hacer realidad el país anhelado.

Por eso, se reivindica igualmente la responsabilidad que tiene la sociedad respecto de la educación. Se la invita a jugar el papel protagónico que tiene para exigir del Estado que garantice la prestación del servicio, según los principios de universalidad, accesibilidad, permanencia, calidad y gratuidad.

En realidad, desde la óptica de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio público de educación es poca la bibliografía que se encuentra. Por eso, creemos que este es un aporte significativo para contribuir al debate y la reflexión sobre este tema capital para el país, y que nos compete a todos.

Para desarrollar esta propuesta investigativa, se ha recorrido el siguiente itinerario: En primer lugar se hace un breve estudio acerca de la educación como derecho fundamental para los niños(as) y otros sujetos de protección especial, y como derecho social para las demás personas, precisando cuál es el núcleo esencial del derecho y los mecanismos judiciales para hacerlo efectivo; igualmente se reitera que la educación es un derecho-deber tanto

para los educandos como para la familia y la sociedad. En la misma línea se precisa el concepto de educación como servicio público para evidenciar las obligaciones propias del Estado respecto del tema educativo. Finaliza la primera parte destacando la educación como política pública, a fin de entender las implicaciones que tiene definir este sector como de alta importancia para el país.

En segundo lugar, se hace una breve síntesis sobre la manera como a lo largo de la historia se ha manejado el tema de la responsabilidad del Estado con ocasión de los daños que cause a los particulares, destacando algunos aspectos puntuales que se consideran importantes hoy en día.

En tercer lugar, con el propósito de contrastar la responsabilidad de la administración, se presentan, a manera de ejemplo, algunos casos puntuales de vulneración al derecho a la educación en los que ha se ha visto envuelta la administración.

En cuarto lugar, se hace un análisis puntual sobre los casos citados, para determinar si a partir del amparo que mediante tutela hizo la Corte Constitucional del derecho a la educación, se puede predicar un daño

antijurídico a los particulares por la irregularidad en la prestación de este servicio público. En este sentido se examina en qué consistió el daño antijurídico y cuál sería el título jurídico de imputación que se invocaría, a efectos de examinar la procedencia para iniciar la reclamación mediante proceso judicial. Igualmente se examina cómo sería la forma de reparación por parte de la administración por el daño causado. Termina el estudio señalando cuáles serían los principios que el juzgador debe tener en cuenta al momento de ponderar y ordenar la reparación.

En la parte conclusiva se señalan los mecanismos judiciales y no judiciales adecuados que se podrían utilizar para buscar la reparación por los perjuicios causados por las irregularidades en la prestación del servicio público de la educación. Finalmente, se propondrán alternativas no judiciales de reparación que se deben realizar en forma concertada entre la administración y las comunidades afectadas.

Queda, pues, para su consideración este esfuerzo académico. No tiene otra pretensión distinta que la de suscitar la reflexión y la crítica constructiva.

1. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO, SERVICIO PÚBLICO Y POLÍTICA PÚBLICA

La educación es un tema demasiado serio como para dejarlo exclusivamente en manos de los políticos, que no se ocuparán de él si no les representa votos¹. Pero tampoco se debe dejar sólo en manos de los particulares, pues se corre el riesgo de mercantizarla al capricho de intereses meramente privados. La educación es un asunto público que debe interesar a todos, dada la alta trascendencia que tiene tanto para el individuo como para la sociedad y el Estado en general.

Y en la tarea educativa “la principal asignatura que se enseñan los hombres unos a otros es en qué consiste ser hombre”². Es decir, qué tipo de persona se quiere ser, con qué valores y, consecuentemente, qué tipo de sociedad se quiere construir. Esto necesariamente lleva a plantearse la vida personal y social de manera prospectiva. Por eso, “educar es el supremo acto

¹ SAVATER, Fernando. *El valor de educar*. Editorial Ariel,. Barcelona, 1991, p 10.

² *Ibíd*em, p. 33.

humanizador”³, porque en la interacción con los demás nos dejamos contagiar de su humanidad.

Estas razones hacen que la educación sea tema prioritario y centro del interés público. De manera particular el Estado, como director y orientador, debe velar porque se destinen y se inviertan los recursos, y se brinde la adecuada atención institucional, de modo que la educación sea lo que está llamada a ser: el eje central que dirija la formación de auténticas personas-ciudadanos y el progreso social equitativo.

Por tales razones, en este primer capítulo abordamos la educación bajo tres aspectos: como derecho de las personas, como servicio público y como política pública. Pretendemos con ello establecer que, además de la doble naturaleza de la educación como derecho-servicio, es tal su importancia tanto para el Estado como para la sociedad y el individuo, que por eso se le ha dado el carácter de política pública⁴.

³ *Ibíd*em, p. 32.

⁴ Para efectos de la presente investigación, cuando aquí hablamos de política pública educativa nos referimos a la educación como política de Estado; es decir, que es tal su importancia que no está al vaivén de los gustos y caprichos del gobierno de turno, sino que se considera como todo un proyecto a realizar y medir su impacto en el mediano y largo plazo, con el cual se pretende formar a los nuevos ciudadanos para construir la Colombia que entre todos queremos construir.

Entendida así la educación, implica para el Estado unas obligaciones precisas a su cargo y a favor de los educandos, tal como se señalan no sólo en la Constitución sino también en los convenios internacionales sobre derechos humanos; tales obligaciones en manera alguna el Estado puede soslayar, so pena de faltar a sus deberes constitucionales y a sus compromisos internacionales.

Así, en el último acápite del capítulo hacemos un breve diagnóstico del estado actual de la educación en Colombia, donde se demuestra que no basta declarar que la educación es política pública, sino que se requiere voluntad política para llevar a la realidad lo que se proclama con las palabras.

1.1. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO DE LAS PERSONAS

Al referirnos a la educación como derecho de las personas, veamos cómo está reconocido en el texto constitucional, para luego analizarlo como derecho subjetivo, cuál es su núcleo esencial, mediante qué mecanismos judiciales se protege y la comprensión de la educación como derecho-deber.

1.1.1. El derecho a la educación en el texto constitucional

Un principio es una pauta o norma general fundamental que orienta con fuerza vinculante el desarrollo de la Constitución. Por eso, la educación, como principio, está ubicada en el Preámbulo de la Carta Fundamental a través del “conocimiento” como medio para garantizar un orden político, económico y social justo. Pero además, tal principio se concreta a lo largo del texto constitucional, ocupando un lugar preponderante. Resalta el hecho de que el tema educativo esté presente tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica de la Constitución⁵, ya como derecho ya como servicio público con función social. Por tanto, la educación está llamada a ser dinamizadora y orientadora de todo el accionar del Estado para la realización de los fines estatales.

⁵ Bien es sabido que estructuralmente la Constitución consta dos partes importantes, precedidas por el Preámbulo, que tiene fuerza vinculante. 1) El preámbulo, anuncia el contenido fundamental y lo que ha de ser la Constitución; y al mismo tiempo señala los valores y principios que han de guiar la labor interpretativa de la misma. 2) La parte dogmática, define el marco filosófico político a partir del cual se edifica el tipo de Estado que se quiere construir, y establece los derechos y deberes de los individuos y la forma como el Estado debe garantizarlos. 3) La parte orgánica, se refiere a la forma como se estructura; o mejor, a la estrategia organizativa e institucional que adopta el Estado para el cumplimiento de los fines establecidos en la parte dogmática de la Constitución. En una reforma constitucional se puede modificar la parte orgánica pero no la parte dogmática, pues de hacerlo se sustituye la Constitución, así lo ha manifestado la Corte Constitucional. Sentencia C-1040 del 19 de octubre de 2005. M.P. Manuel José Cepeda et al.

Para destacar la importancia y el papel clave que cumple la educación tanto en la vida de cada individuo, como en la sociedad y el Estado, la Constitución Política de 1991 al elevarla a rango constitucional, ha establecido que tiene un doble carácter o naturaleza: como derecho de la persona y como servicio público a cargo del Estado. Esto se evidencia de manera especial al señalar que “la educación es un derecho de la persona y un servicio público con función social...” (Artículo 67 Constitución Política). Este artículo es el eje central que señala los parámetros que se deben tener en cuenta para asegurar el cometido que la educación debe alcanzar tanto para el bien de la persona como del país. Por eso indica los objetivos y fines que se persiguen con la educación, los responsables de ella, la gratuidad del servicio y a quién le corresponde su inspección y vigilancia.

Consideremos de modo particular, la forma como la Carta Fundamental trata la educación como derecho de las personas y como servicio a cargo del Estado.

En forma prolija, el texto constitucional, explícita o implícitamente, en muchos lugares hace referencia a la educación. Veamos:

El Preámbulo señala que la Constitución se decreta, sanciona y promulga “con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida,... el conocimiento”.

El artículo 2, al hablar de los fines esenciales del Estado señala que debe “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación”, y ello sólo es posible si el pueblo se educa para tal fin.

Entre tanto el artículo 10 establece que el castellano es el idioma oficial de Colombia, y la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.

El artículo 13 que establece la igualdad de las personas, señala que el Estado protegerá especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Quiere decir que para el caso se hace una “discriminación positiva” a efecto de lograr la igualdad material y no meramente formal.

En el artículo 16 se resalta de manera particular la importancia de la educación, porque con base en ella todas las personas pueden alcanzar el libre desarrollo de su personalidad.

El artículo 27 señala las garantías que el Estado debe ofrecer para asegurar una adecuada educación, como son las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra.

El artículo 44 reviste una importancia particular, porque a diferencia de otros artículos donde se habla de los derechos fundamentales de las personas sin determinar cuáles son, éste, por el contrario, expresamente dice cuáles son los derechos fundamentales de los niños, entre los que se destacan la vida, la educación y la cultura.

El artículo 67, como se ha indicado, constituye el eje central alrededor del cual gira la tarea educativa a cargo del Estado.

El artículo 68 continúa el desarrollo del artículo 67, en la medida en que señala: a) los requisitos que deben cumplir las personas que se dedican a la práctica docente, los cuales son idoneidad ética y pedagógica; b) el derecho

de los padres a escoger el tipo de educación que quieren para sus hijos; c) la obligación especial que tiene el Estado de erradicar el analfabetismo y atender la educación de personas con limitaciones físicas o mentales o con capacidades excepcionales, y d) el derecho que tienen los particulares para fundar establecimientos educativos.

En el artículo 69 se establece la principal garantía para que la práctica académica cumpla con la función social que se le otorga a la educación, la autonomía universitaria. La autonomía académica es clave porque en la medida en que haya tal independencia, es decir, en la medida en que la educación pública no esté vinculada obligatoriamente a ningún tipo de dogmatismo (político, filosófico o religioso) se asegura el avance de la ciencia y del conocimiento. Y por ello, de acuerdo con el derecho de libertad de conciencia, nadie es penalizado por expresar sus ideas o pensamientos, siempre que se respeten los límites constitucionales y legales.

Finalmente, el artículo 70 establece que el Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura en igualdad de oportunidades a través de la educación.

La referencia expresa al articulado constitucional reseñado que trata de la educación, hace ver la coherencia del constituyente entre lo que se propuso y lo que finalmente estableció en el texto constitucional. Desde el Preámbulo señaló el conocimiento como uno de los valores y principios que se han de promover, para que dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, se garantice un orden económico y social justo. Y lo concretó dándole a la educación la doble categoría de derecho y de servicio público, de modo que no resulte ser una entelequia, con lo cual se frustrarían las esperanzas de las personas y las comunidades de ver en la educación el medio para alcanzar su progreso social, cultural y económico.

1.1.2. La educación como derecho subjetivo

La educación como derecho subjetivo, faculta a toda persona para exigirle al Estado el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales en esta materia. Pero a la vez, la educación como derecho subjetivo reviste dos modalidades: derecho fundamental para los menores (art. 44 C.P.) y otros sujetos de protección especial, y derecho social para los demás. Tal distinción es importante hacerla por cuanto la educación como derecho genérico (no fundamental) está ubicada en el texto constitucional dentro de la categoría de

los derechos de segunda generación, es decir, los derechos económicos, sociales y culturales, denominados derechos de prestación.

En desarrollo de estos mandatos constitucionales, la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que la educación es un derecho fundamental, inherente, inalienable, esencial a la persona humana, que realiza el valor y principio material de la igualdad consagrado en el Preámbulo y en los artículos 5 y 13 de la Constitución⁶.

La educación es derecho fundamental porque es de la esencia del ser humano, ya que realza su dignidad y porque está expresamente reconocido por la Carta Política y los Tratados Internacionales suscritos por Colombia⁷. También es fundamental porque la educación es muy relevante en los primeros años de vida del ser humano, ya que se trata de la etapa de formación del individuo, de su acercamiento a la sociedad y a sí mismo como

⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539 del 23 de septiembre de 1992. M.P. Simón Rodríguez.

⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-202 del 28 de febrero de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

ser esencialmente racional; por ello, su ejercicio debe ser plenamente garantizado⁸.

Así también lo ha entendido y lo exige la Unesco, como máximo ente rector de la educación a nivel mundial, cuando señala que

The Right to Education is a fundamental human right. It occupies a central place in Human Rights and is essential and indispensable for the exercise of all other human rights and for development. "As an empowerment right, education is the primary vehicle by which economically and socially marginalized adults and children can lift themselves out of poverty, and obtain the means to participate fully in their communities." None of the civil, political, economic and social rights can be exercised by individuals unless they have received a certain minimum education⁹.

⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 35 del 6 de febrero de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz.

⁹UNESCO. Right to education. http://portal.unesco.org/education/es/ev.php-URL_ID=9019&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. Consulta realizada el 10 de marzo de 2009.

Igualmente la educación es derecho social porque integra el elenco de los derechos económicos, sociales y culturales, tal como lo prevé la Carta Fundamental¹⁰, y porque para garantizar adecuadamente este tipo de derechos hay que tener en cuenta las condiciones económicas del país. Para los mayores, la educación es un derecho progresivo (programático) que se realiza a medida que se van ejecutando las políticas públicas de acuerdo con los planes y programas educativos.

1.1.3. Núcleo esencial del derecho a la educación

Ha sostenido la Corte Constitucional que un derecho puede ser limitado en su ejercicio, siempre que se respete su contenido o núcleo esencial. Así, el derecho a la educación, sin desconocer su esencia bajo ninguna situación, para su adecuado ejercicio, ha sido limitado mediante regulación para viabilizar el cumplimiento de los deberes que la Constitución les impone a todos sus titulares en beneficio de la colectividad o al servicio del Estado¹¹.

¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1093 del 20 de noviembre de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-297 del 28 de julio de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

La misma Corporación define el contenido del núcleo esencial como “aquello que identifica un derecho en cuanto tal, el que expresa su naturaleza distintiva respecto de los demás. La esencia, en efecto, es el constitutivo de un ente que hace que éste sea una cosa y no otra. ¿Cuál es el contenido esencial del derecho a la educación? Es la facultad de formarse intelectual y culturalmente de acuerdo con los fines racionales de la especie humana”¹².

También define el núcleo esencial como aquel “ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o las formas en que se manifieste. El núcleo esencial de un derecho fundamental, entonces, no está sometido a la dinámica de coyunturas políticas. En el caso del derecho a la educación, no es posible negar injustificadamente el acceso y la permanencia en el sistema educativo a una persona”¹³.

¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 425 del 6 de octubre 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-944 del 24 de julio de 2000. MP Alejandro Martínez Caballero.

Identificado el núcleo esencial de la educación como la facultad de formarse intelectual y culturalmente acorde con los fines racionales de la especie humana, el cual no puede estar sometido a coyunturas políticas, es apenas lógico pensar que tal contenido sólo se puede materializar a través de los derechos que lo conforman.

En efecto, la Defensoría del Pueblo¹⁴, con base en la jurisprudencia constitucional, ha sistematizado muy bien los derechos que conforman el núcleo esencial del derecho a la educación, que son: disponibilidad, accesibilidad, permanencia y calidad.

El derecho de disponibilidad, implica la exigencia de que exista un sistema educativo público, con escuelas suficientes y la planta de docentes mínima para atender las necesidades del servicio. Este derecho también implica la posibilidad de que los particulares puedan fundar establecimientos educativos, siempre que tengan profesores idóneos y suficientes y sus

¹⁴COLOMBIA. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá, Editorial Imprenta Nacional, 2003, p. 37.

programas académicos coincidan con los fines constitucionales y legales de la educación¹⁵.

El derecho al acceso consiste en el derecho que tiene todo menor de acceder a la educación pública básica obligatoria gratuita, la cual va hasta los 15 años. Pero este derecho lo amplió la Corte Constitucional, hasta que se supere la minoría de edad, de modo que si un menor de 18 años exige acceder a este tipo de educación, se le debe garantizar su derecho de acceso, el cual es de aplicación inmediata¹⁶. Además, el derecho de acceso implica accesibilidad material y económica.

El derecho a la permanencia consiste en el derecho que tiene todo menor que ha accedido al sistema educativo a permanecer en él, siempre que su rendimiento académico sea adecuado y su comportamiento disciplinario se ajuste a los reglamentos. Aquí se pone de relieve el derecho-deber que tiene la educación para el menor. Por su parte, el derecho a la permanencia le exige al Estado la obligación de adaptar el sistema educativo a las necesidades del educando para garantizar su permanencia en la institución.

¹⁵ *Ibidem*, p. 37.

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-323 del 14 de julio de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La razón de ello es que el estudiante es el centro del proceso enseñanza-aprendizaje¹⁷.

El derecho a la calidad de la educación se traduce en la posibilidad de que “el educando pueda alcanzar los objetivos y fines consagrados en la Constitución y en las leyes, independientemente de sus condiciones socioeconómicas y culturales, y a desarrollar las capacidades necesarias para producir conocimiento”¹⁸. Para que tal cometido sea realidad, la calidad de la educación abarca la excelencia tanto en los procesos como en los resultados educativos.

Los anteriores derechos que conforman el núcleo esencial del derecho a la educación son de aplicación directa y de tal magnitud que no dependen de las decisiones de las mayorías políticas. Y en cuanto a la obligación del Estado de satisfacerlos, sólo se libera en la medida que demuestre que, pese a esfuerzos razonables, no puede satisfacerlos porque ello significaría poner en peligro de desprotección otros bienes o derechos de idéntico valor¹⁹.

¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 641 del 5 de noviembre de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁸ COLOMBIA. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Opus cit., p. 38.

¹⁹ *Ibidem*, p 38.

1.1.4. Mecanismos de protección del derecho a la educación

Respecto de los derechos fundamentales expresamente ha establecido la Carta Fundamental que éstos son de aplicación inmediata (artículo 85), los cuales pueden ser amparados mediante acción de tutela, como medio judicial de protección.

Entre tanto, la jurisprudencia constitucional reiteradamente ha señalado que los derechos fundamentales establecidos en la Constitución no son taxativos²⁰ sino apenas meramente enunciativos. Por eso, en cada caso el juez debe establecer si está ante un derecho fundamental o no. Y por esta vía en muchas oportunidades la Corte ha señalado que un derecho prestacional por conexidad se puede convertir en derecho fundamental, dado que su protección es necesaria para vivir una vida digna²¹.

Esta regla jurisprudencial se evidencia en casos en los que la Corte tuteló el derecho a la educación de los adultos por estar en conexidad con otros

²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-002 del 5 de mayo de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-801 del 16 de diciembre de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

derechos de rango fundamental, como el derecho a la igualdad. Así que en esos eventos de no proteger el derecho a la educación se generaba una violación al derecho a la igualdad por un trato discriminatorio en relación con su derecho de acceder al sistema educativo o permanecer en él²². Igualmente la Corte ha tutelado el derecho a la educación de los adultos cuando se afecta alguno de los derechos de su núcleo esencial, por ejemplo, el acceso o la permanencia en el sistema educativo; tales derecho revisten el carácter de fundamental y, por tanto, para su protección procede la tutela²³.

En concreto, podemos señalar que existen mecanismos judiciales de carácter constitucional y legal para reclamar la protección del derecho a la educación o la correcta prestación del servicio público educativo. Entre los mecanismos constitucionales, están: 1) La acción de tutela, que procede para los menores y para los adultos cuando el derecho (que es prestacional para ellos) está en conexidad con otro derecho de carácter fundamental o se afecta algún derecho de los que conforman su núcleo esencial. 2) El derecho de petición, que tiene toda persona para pedir información de la administración en interés particular o en interés general. 3) La acción de

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 798 del 14 de diciembre de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 441 del 16 de septiembre de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

cumplimiento, cuando la vulneración del derecho sea consecuencia de la inejecución de una norma con fuerza de ley o de un acto administrativo. 4) Las acciones populares o de grupo, cuando se vean afectados los derechos e intereses colectivos de la educación, considerada en este caso como servicio público.

Y entre los mecanismos judiciales legales para reclamar ante la jurisdicción contencioso-administrativa por las irregularidades en la prestación del servicio público educativo, con las cuales se vulnera el derecho a la educación, están: la acción de simple nulidad, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción de reparación directa y la acción contractual. Estas acciones son procedentes cuando el servicio se vea afectado por decisiones o actuaciones de la administración pública.

1.1.5. La educación como derecho – deber

Señala la jurisprudencia constitucional que “de la tesis de la función social de la educación surge entonces la educación como ‘derecho-deber’, que afecta

a todos los que participan en esa órbita cultural”²⁴. En efecto, la función social de la educación va en la línea de exigir de quienes ejercitan el derecho que sean individuos más solidarios, más respetuosos de los derechos humanos, más comprometidos con la protección del medio ambiente, más democráticos y que aporten al progreso científico y tecnológico del país.

Pero quien en primer lugar tiene a su cargo la responsabilidad de ejercitar el derecho-deber de la educación es la familia²⁵. Es ella la que de acuerdo con sus propias convicciones, pero sobre todo en consideración al principio del interés superior del niño, la que debe decidir el tipo de educación que mejor convenga. Y para asegurar el ejercicio de este derecho y en cumplimiento de esta responsabilidad tiene la facultad de exigir del Estado y de la sociedad las garantías necesarias que correspondan.

Sin embargo, hay que señalar que hoy en día muchos padres de familia aún no tienen plena conciencia de su deber de procurar la educación necesaria para sus hijos, quizás escudados en el pretexto de que los menores deben

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 092 del 3 de marzo de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-435 del 30 de mayo de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

colaborar para el sostenimiento de la familia porque sus condiciones económicas son muy precarias. Pero tal pretexto se resuelve, justamente en atención al interés superior del niño, exigiendo del Estado y la sociedad el apoyo necesario para que sus hijos puedan estudiar. Además, para ello el texto constitucional expresamente establece que “la educación será gratuita en las instituciones del Estado” (artículo 67).

Igualmente para el educando, la educación comporta el doble aspecto de derecho y deber. Derecho subjetivo, que para los menores es fundamental y para los demás es social. Es un deber que se materializa en la responsabilidad de cumplir con las obligaciones impuestas por la institución educativa. “Dichas obligaciones abarcan tanto el campo de la disciplina como el rendimiento académico. Por eso, el incumplimiento de las condiciones para el ejercicio del derecho, como sería el no responder a las obligaciones académicas y al comportamiento exigido por los reglamentos, puede dar lugar a la sanción establecida en el ordenamiento jurídico”²⁶.

Pero además, en sentido teleológico, el estudiante tiene el deber de dar cuenta de lo que la familia, el Estado y la sociedad han invertido en su

²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-092 de 1994. Opus cit.

formación. Y ello se materializa en el tipo de persona que se ha formado y en el aporte positivo que haga a su medio social. Es decir, el educando, en virtud del nivel de educación recibida, debe tener un alto grado de responsabilidad social. Sin embargo, como sostiene PECES BARBA Gregorio, “no se trata que frente al derecho del titular otra persona tenga un deber frente a ese derecho, sino que el mismo titular del derecho soporta la exigencia de un deber. Se trata de derechos valorados de una manera tan importante por la comunidad y por su Ordenamiento jurídico que no se pueden abandonar a la autonomía de la voluntad sino que el Estado establece deberes para todos, al mismo tiempo que les otorga facultades sobre ellos”²⁷.

Ahora, en lo que toca a las obligaciones estatales en materia educativa, según interpretación que hace el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y como concluye la Defensoría del Pueblo, refiriéndose a la Observación general, párrafo 48 de dicho comité, “el Estado es el obligado principal en la realización del derecho a la educación de los niños y niñas, sólo que esta obligación se modula de acuerdo al nivel educativo en que el

²⁷ PECES-BARBA, Gregorio. Escritos sobre derechos fundamentales. Madrid, Eudema Universidad, 1988. p. 209. En Sentencia T-002 del 5 de mayo de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

menor de edad se encuentre; así, la obligación se incrementa en el nivel de enseñanza primaria, y se reduce progresivamente en los niveles siguientes”²⁸.

No obstante, cabe señalar que hay que armonizar la tesis de la Corte Constitucional con la del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto de los principales obligados de la educación. Ambos, padres de familia y Estado, son obligados principales de manera concurrente, sólo que cada uno desde su ámbito propio. En efecto, “el Estado no es obligado subsidiario en relación con el derecho a la educación de los niños y de las niñas; por el contrario, desde el primer nivel del derecho, el Estado debe satisfacer el derecho de manera concurrente con los demás obligados (los padres, tutores e instituciones educativas)”²⁹. Por tanto, “las obligaciones correlativas constituyen entonces condiciones indispensables para el goce efectivo del derecho a la educación”³⁰.

²⁸ COLOMBIA. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Opus cit., p. 43.

²⁹ *Ibidem*. p. 43.

³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. T-491 del 6 de junio de 2003. M.P. Clara Inés Vargas.

Igualmente la sociedad es destinataria de obligaciones respecto de la educación. Y ello obedece a la solidaridad como principio fundante del Estado social de derecho³¹. La sociedad hace presencia en la educación de diversas formas, por ejemplo, a través de la educación privada, en la conformación de los consejos directivos de las instituciones educativas y en la discusión de los planes y programas educativos.

En definitiva, la sociedad en general, respecto de la educación, tiene el deber de estar atenta para exigir que los obligados principales, familia y Estado, cumplan con la responsabilidad de procurar la mejor educación posible, dado que entre más ciudadanos bien formados haya, mejorarán sustancialmente las condiciones sociales y económicas del país. Así, que la sociedad tiene interés legítimo en que se garantice cabalmente el derecho a la educación.

1.2. LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO

Hemos señalado, de acuerdo con el texto de la Carta Fundamental y la jurisprudencia constitucional, que la educación tiene la doble naturaleza de ser derecho subjetivo (fundamental para los menores y otros sujetos de

³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SU -624 del 25 de agosto de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

protección especial, y social para los demás) y servicio público con función social a cargo del Estado.

El profesor GONZÁLEZ IBÁÑEZ Joaquín nos ayuda a dimensionar la importancia de la educación como servicio público al afirmar que “la educación como factor público es un servicio esencial de la comunidad y se ha transformado desde el período ilustrado, en una referencia institucional que garantiza la posibilidad de acceder a la participación política y a la libertad de optar y decidir el propio futuro”³².

Según esto y complementando lo establecido en el articulado constitucional al que hemos hecho referencia anteriormente sobre la educación, el capítulo V del Título XII de la Constitución, al hablar de la finalidad social del Estado y de los servicios públicos, establece los criterios que se deben tener en cuenta en la prestación de los servicios públicos.

Así, el artículo 365 indica que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado y, por tanto, se debe asegurar su prestación a todos los

³² GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín. Derecho a la educación y ciudadanía democrática. El derecho a la educación como desarrollo constitucional del pensamiento Republicano Cívico. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2007. p. 29.

habitantes del territorio nacional en forma eficiente. Para ello, tales servicios podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Pero en todo caso, al Estado le están reservadas las facultades de regulación, control y vigilancia de dichos servicios.

Entre tanto, el artículo 366 señala que el objetivo fundamental de la actividad estatal es la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable. Para tal efecto, en los planes y presupuestos de la nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Por su parte, la Corte Constitucional ha afirmado que la prestación del derecho a la educación como un servicio público, debe ser una actividad organizada con la que se pretenda satisfacer en forma continua, permanente y en términos de igualdad las necesidades educativas de la sociedad, de manera directa por el Estado o con el concurso de los particulares, con su vigilancia y control. Luego la prestación del servicio público de la educación se erige en fin esencial del Estado³³.

³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-078 del 28 de febrero de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Conforme con lo anterior, la educación como servicio público tiene las siguientes características: 1) Su prestación está orientada por los principios que gobiernan los servicios públicos, como son la universalidad, la continuidad, la eficiencia y la calidad. 2) Debe ser prestado en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos. 3) Debe satisfacer el interés general. 4) Como servicio público esencial, se prohíbe la huelga. 5) Su presupuesto está incluido dentro del gasto público social, que tiene prioridad sobre cualquier otro gasto porque la educación es objetivo fundamental del Estado.

Igualmente como servicio público, conforme lo prevé la Ley 472 de 1978, la educación puede ser objeto de acción popular con el fin de evitar un daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio de los derechos e intereses colectivos (artículo 2), siempre que se refiera al acceso o la prestación eficiente y oportuna del servicio (artículo 4, literal j).

Además de lo anterior, respecto de la educación como servicio público con función social también procede la acción de grupo, prevista en la mencionada ley 472/98, a través de la cual se puede reclamar el reconocimiento y pago de perjuicios que haya sufrido un número plural de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de la misma causa

siempre que les haya generado perjuicios individuales a dichas personas, como sería la falla en la prestación del servicio público de la educación.

Así, pues, son varios los mecanismos judiciales para exigir del Estado la protección de la educación, bien se invoque como derecho o bien como servicio público. Lo clave es entender que la educación para que logre su cometido como objetivo fundamental del Estado requiere el compromiso concertado del Estado, la familia y la sociedad.

Con todo, como lo señala la Corte Constitucional³⁴, el Estado representado por el Gobierno, ya sea nacional o territorial, tiene importantes responsabilidades en materia de prestación de servicios públicos, dentro de los cuales la salud y la educación juegan un papel primordial. Y concretamente para su prestación deben tenerse en cuenta tres aspectos importantes: el tema territorial, el régimen económico y el respeto de los derechos fundamentales.

Respecto del tema territorial, establece la Constitución en el artículo 311 que al Municipio, como entidad fundamental de la organización político-

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-983, del 26 de septiembre de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

administrativa, le corresponde prestar los servicios públicos, entre los que se encuentra el servicio de educación. En atención a ello se expidió primero la Ley 60 de 1993, y luego, la Ley 715 de 2001, como fruto del Acto Legislativo 01 del mismo año, que reformó el artículo 356 de la Constitución. Este artículo constitucional, al hablar de la asignación de recursos y de las competencias entre la Nación y las Entidades Territoriales, establece que los recursos del Sistema General de Participaciones atribuidos a los Departamentos y Municipios serán destinados a la financiación de los servicios a su cargo, entre los que se encuentran la salud y la educación, y deberá dársele prioridad a la educación preescolar, secundaria y media, de modo que se garantice la prestación y la ampliación de su cobertura.

Como se ve, tanto la Nación como las Entidades Territoriales tienen la obligación directa de prestar, en el caso concreto, el servicio de educación, el cual debe ser realizado atendiendo a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, como lo señala el artículo 288 de la Carta Fundamental.

Lo anterior exige buscar un sano equilibrio entre la obligación del Estado de prestar los servicios básicos y la distribución de competencias, en el contexto

de la descentralización administrativa. Esto por cuanto respecto del tema económico no resulta del todo fácil lograr tal equilibrio, dado que en aplicación del principio de subsidiariedad se ve una tendencia por parte del ente central a des-regular y a incumplir las metas sociales. Y esto es fundamental advertirlo para corregir tal situación, pues tanto el servicio público de salud como el de educación tienen una importancia capital para el desarrollo del país y para asegurar la calidad de vida de todos los habitantes del territorio nacional. Luego no puede esquivarse en manera alguna la responsabilidad del Estado en estos asuntos tan importantes.

Urge, entonces, lograr un equilibrio y organizar las cosas para que en forma coordinada, sector central y entidades territoriales, aseguren la prestación de los servicios, particularmente la educación, de manera eficiente y eficaz, garantizando en forma creciente su cobertura y calidad. Claro que al aplicarle el criterio de eficiencia a la educación, dada su peculiar naturaleza y finalidad, deben estrecharse sus límites, pues si se entiende la eficiencia como el producir más con menos recursos, trae consecuencias perversas en la medida en que se acentúa aún más la brecha de la desigualdad social. No obstante, con esto no se quiere decir que no se maximicen los recursos financieros destinados a la educación.

Los límites al criterio de eficiencia para el servicio público de educación, es preciso advertirlos por cuanto el Estado a las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios les garantizó el lucro (Ley 142 de 1993); luego no hay gratuidad en este tipo de servicios. Y si se aplicara a la educación el criterio de eficiencia, en términos de lucro, iría en contra de la misma Constitución que garantiza su gratuidad; aunque la tendencia hoy día es cobrar el servicio educativo con la “democratización de la educación”³⁵.

En definitiva, particularmente en torno al tema de la educación deben realizarse en su máxima expresión los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad entre el sector central y los entes territoriales, en especial el Municipio. El de coordinación, porque hay asuntos muy importantes que convergen, como son la cobertura, el acceso, la eficacia y la calidad del servicio. El de concurrencia, porque la Nación en manera alguna puede dejar de estar pendiente de la suerte de las Entidades Territoriales y de apoyar a aquellas que lo necesitan. Y el de subsidiariedad, porque la

³⁵ La “democratización de la educación” fue propuesta por el Presidente Álvaro Uribe en la primera etapa de su mandato, significando con tal expresión que en realidad no todos tienen la posibilidad de acceder o ascender en la educación, mucho más si hay limitantes económicas. Ante lo cual el Estado no haría mayores esfuerzos por ayudar a las personas menos favorecidas. Con esto se confirma la idea de que la educación, unida a la desventaja económica que muchas personas padecen, constituye un elemento más de inequidad y desigualdad social.

Nación debe colaborar con las Entidades Territoriales cuando éstas no puedan cumplir con sus obligaciones y competencias³⁶.

Así, en el caso de que por descuido, ya por acción u omisión, se vulneren derechos fundamentales de las personas, pueden éstas acudir al juez constitucional, mediante el recurso de amparo, para que les proteja sus derechos vulnerados.

Por tanto, para lograr sus obligaciones constitucionales, el Estado mantendrá en forma permanente la inspección, vigilancia y control sobre la manera como se presten los servicios públicos, en particular el de educación, ya éste sea prestado en forma directa por el propio Estado o indirectamente, por particulares.

Son muchas las tareas que tiene el Estado para garantizar que la educación como derecho sea prestada como servicio público. Pero dentro de esas tareas cabe resaltar la de garantizar el acceso al sistema educativo; de ahí lo importante que se haya establecido la educación como política pública, pues con ello se asume el compromiso de remover las barreras de toda índole que

³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-983, del 26 de septiembre de 2005. Opus cit.

impiden a las personas beneficiarse de las bondades que ofrece la educación.

Toda la sociedad debe estar atenta para que el acceso al sistema educativo sea real y el servicio sea prestado con criterios de calidad. La educación no es un asunto que interese y beneficie únicamente a la persona sino que repercute directamente en la sociedad y en el Estado. Como afirma MELO SALCEDO Ileana Marlitt, hay que

educar, pero no sólo para hacer mejores hombres y mujeres, sino para edificar mejores ciudadanos que sean actores de la democracia. Habrá que educar para la democracia. En consecuencia, sólo con la educación habrá ciudadanía. Con la ciudadanía habrá participación y con ésta habrá democracia. Por lo tanto, la educación es y será presupuesto efectivo para la participación ciudadana y con ella la construcción de la democracia, pero para que sea efectiva se requiere que la familia, la sociedad y el Estado le garanticen a los niños y

niñas, a los jóvenes y a los adultos, el acceso real y efectivo a la educación³⁷.

He aquí las razones por las cuales la educación debe ser tratada con sumo cuidado y responsabilidad. Y lo que se decida acerca de ella, debe hacerse en forma concertada por todos los actores sociales y el Estado.

1.3. LA EDUCACIÓN COMO POLÍTICA PÚBLICA

La educación, si bien en un principio pareció ser un asunto de mero interés particular, con el tiempo el Estado se ha venido interesando en ella, dado el grado de trascendencia que tiene para la colectividad. En efecto, ha decidido que la educación, elevada a canon constitucional, en armonía con el carácter de derecho y de servicio público, sea manejada como tema de interés público y para ello la definió como política pública.

Al respecto, el profesor BETANCUR Luis Ignacio nos enseña qué se debe entender por política pública: “una política pública consiste en definir si al

³⁷ MELO SALCEDO, Ileana Marlitt. *Reconocimiento jurídico y concepto del derecho a la educación en la Constitución Política de Colombia*. En GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín. Opus cit. p. 321.

aparato estatal le interesa un determinado sector; si le interesa, de qué manera se desea que se comporte y, por último, cómo actuará el Estado para alcanzar el objetivo”³⁸.

Pues bien, el Estado se ha interesado en la educación señalándole un lugar prioritario dentro de todas sus actividades porque este es un tema álgido y muy importante para el país. La educación que se imparte hoy en día en las instituciones educativas aún no llega a toda la población ni es de calidad, y por ello no aporta significativamente al progreso personal y social. Por tanto, requiere revisar los contenidos que se enseñan, los medios financieros, didácticos y pedagógicos que se emplean, las condiciones físicas (infraestructura) en las que se imparte la enseñanza y, sobre todo, la idoneidad de los docentes.

El mismo profesor BETANCUR acertadamente señala que en Colombia

... hay una Política Pública sobre educación porque se dan tres elementos: la Sociedad colombiana decidió escogerla como objeto de

³⁸ BETANCUR, Luis Ignacio. *Política pública y regulación en algunos servicios públicos*. En LIZARAZO RODRÍGUEZ, Liliana y ANZOLA GIL, Marcela. *La regulación económica: tendencias y desafíos*. Bogotá, 2004, p 191.

la atención del Estado; los propósitos buscados son los de que toda la población reciba enseñanza por lo menos básica, que tal enseñanza sea útil a los educandos y que no se restrinja la libertad en materia de creencias; los instrumentos para lograr tales objetivos incluyen la financiación con gasto público, la oferta en centros oficiales de educación y la regulación para los centros educativos de los particulares³⁹.

Quiere decir que la educación en adelante es considerada como una decisión pública bien pensada y adecuadamente planeada, teniendo en cuenta al ciudadano como protagonista principal. En efecto, “la educación entendida como actividad de decisión pública requiere entender al ciudadano como sujeto actor”⁴⁰ de su propio destino y del de la sociedad en general. Por eso la ciudadanía debe participar en el debate sobre el tipo de educación que más conviene para el tipo de persona que se quiere formar y el tipo de país que se quiere construir.

³⁹ *Ibidem*, p. 193.

⁴⁰ GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín. *Educación y pensamiento republicano cívico. La búsqueda de la renovación de la ciudadanía democrática*. Valencia, Editorial Germania S.L., 2005, p. 46.

Hacia este fin el Estado dirige todos sus esfuerzos, tanto humanos como técnicos y financieros, para lograr en un tiempo determinado lo que la educación debe ser: medio de progreso personal, económico y social, porque “si se decide tener una política pública es porque se pretende maximizar el bienestar colectivo”⁴¹.

Para tal efecto, se ha reiterado que dicho servicio público sea prestado tanto por el Estado en forma directa, como por los particulares, en forma indirecta, con lo cual renueva la confianza que tiene en los particulares que a lo largo de la historia han manejado el tema con seriedad. Obviamente, el Estado se ha reservado la dirección, inspección, vigilancia y control de la educación, que realiza a través del Ministerio de Educación Nacional, para lo cual fija como criterios de prestación la cobertura (universalidad), los contenidos de la formación, la gratuidad del servicio y la calidad del mismo.

La política pública educativa se convierte entonces en la herramienta empleada por el Estado para favorecer y garantizar el cumplimiento del

⁴¹ BETANCUR, Luis Ignacio. Opus cit., p. 191.

derecho a la educación, considerado como un bien público fundamental⁴² y de interés general.

Pero como sostiene ROTH André⁴³, hablando de la política pública de derechos humanos en Colombia, la mera proclamación de la educación y su incorporación en el texto constitucional como derecho de las personas y como servicio público a cargo del Estado, la adopción de una legislación nacional y la formulación de una política pública al respecto son elementos necesarios pero no suficientes para garantizar el respeto adecuado y creciente de este derecho.

Sin embargo, recientemente, los últimos gobiernos han mostrado interés para que la educación sea en verdad política pública. La razón de ello está en que se ha demostrado que si bien se han destinado más recursos económicos, la educación aún sigue estando de espaldas a la realidad del país. Muchos estudiantes no saben para qué les sirve lo que aprenden, o si lo que aprenden es en realidad lo que se necesita para construir un nuevo país.

⁴² ROTH D, André-Noël. *Discurso sin compromiso. La política pública de derechos humanos en Colombia*. Ediciones Aurora. Bogotá, 2006, p. 60.

⁴³ *Ibidem*, p. 63.

Como forma de corregir tal situación, últimamente se ha planteado el tema educativo por decenios⁴⁴, donde se invita a la sociedad en general a debatir sobre lo que debe ser la educación y los contenidos que se deben enseñar. Hay que señalar que esto ya es un avance significativo por cuanto los contenidos no vienen impuestos a la brava desde arriba, del gobierno, sino que la comunidad con su participación ayuda a definir el tipo de educación que se debe impartir para el tipo de persona que se quiere formar y el nuevo país que se aspira a construir.

En atención, pues, a la importancia de la política pública educativa, esto es de interés público, la sociedad en general debe revisar el grado de cumplimiento que el Estado tiene con este cometido, para que, en el caso de que no se estén logrando las metas previstas, se estudie la posibilidad de determinar la responsabilidad de la administración por este hecho.

⁴⁴ El plan decenal de educación “es un **ejercicio de planeación** en el que la sociedad determina las grandes líneas que deben **orientar el sentido de la educación** para los próximos diez años. En ese orden de ideas, es el conjunto de propuestas, acciones y metas que expresan la voluntad del país en materia educativa. Su objetivo es generar un **acuerdo nacional** que comprometa al gobierno, los diferentes sectores de la sociedad y la ciudadanía en general para avanzar en las transformaciones que la educación necesita”. <http://www.plandecenal.edu.co/html/1726/article-158430.html>. Consulta hecha el 20 de agosto de 2008.

1.4. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA EDUCATIVA

No es posible hablar de responsabilidad a cargo del Estado en materia educativa si no se precisa con claridad cuáles son sus obligaciones. Vamos, pues, a precisar cuáles son las obligaciones del Estado respecto del servicio público educativo.

Al respecto se han planteado dos tesis: una, la de la subsidiariedad y, otra, la de las cuatro “A”.

1.4.1. La tesis de la subsidiariedad

Está basada en la dogmática de los Derechos Económicos Sociales y Culturales⁴⁵ (DESC), y señala que respecto de la realización del derecho a la educación hay una cadena de obligados que deben actuar precediéndose el uno al otro. Así, es posible identificar tres tipos de obligaciones:

Obligaciones de respeto o de no hacer: Se refiere a que el Estado está obligado a no adoptar medidas que interfieran u obstaculicen la esfera de

⁴⁵ Ver Observación General 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales, párrafos 46 y ss.

libertad de acción del individuo, para que, haciendo uso de sus propios recursos, pueda disfrutar del derecho a la educación.

Obligaciones de protección: Imponen al Estado el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar que terceros obstaculicen o restrinjan el acceso a la educación.

Obligaciones de cumplimiento: Imponen al Estado la obligación de facilitar medidas positivas para permitir el derecho a la educación; pero también incluye la obligación de proveer directamente servicios educativos a las personas y comunidades que no los pueden satisfacer por sus propios medios.

Acercas de esta tesis hay que señalar que el Estado es el principal responsable de la educación. Esto significa que debe velar y garantizar que todos los individuos puedan acceder al sistema educativo, ya sea en las instituciones públicas en que directamente presta el servicio o en las privadas en que, de acuerdo con la facultad que tienen los padres de escoger el tipo de educación que mejor quieran para sus hijos, contraten el

servicio con los particulares autorizados para ello. Así que la tarea del Estado no es subsidiaria sino principal.

En efecto, la Constitución Política, respecto de la educación, establece que, si bien son varios los responsables de ella (padres, sociedad, Estado), como lo indica el artículo 67, el Estado ocupa el principal lugar en su realización, porque dada la enorme desigualdad social de nuestro país, el grueso de la población no tiene los medios necesarios para costearse una educación de calidad; y de no ser así, iría en contra del postulado de la educación como política pública para lograr el desarrollo y progreso del país. Además, porque, parodiando a SAVATER⁴⁶ diríamos que la educación es algo tan serio como para dejarla exclusivamente en manos de los particulares.

1.4.2. La tesis de las cuatro “A”

Esta tesis es propuesta por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación⁴⁷, donde señala que el conjunto de obligaciones a

⁴⁶ SAVATER, Fernando. Opus cit. p .10.

⁴⁷ TOMASEVSKI, Katarina. Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación: *Informe preliminar de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación*, presentado de conformidad con la Resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos, 13 de enero de 1999. E/CN.4/1999/49. Párrafo 42.

cargo del Estado en esta materia se desprenden de las características de la educación como derecho: accesibilidad, adaptabilidad, aceptabilidad y asequibilidad.

1) Obligaciones de Asequibilidad

Las obligaciones de asequibilidad se refieren a la necesidad de ofrecer la disponibilidad del servicio educativo. Esto se logra por dos vías: la oferta pública y la protección a la oferta Privada.

En cuanto a la oferta pública, le impone al Estado la obligación de ofrecer la disponibilidad del sistema educativo y establecer y financiar instituciones educativas para prestar el servicio. En efecto, “todo menor de edad tiene derecho fundamental a la existencia de un sistema educativo público que garantice la planta de docentes mínima para atender las necesidades del servicio y las escuelas suficientes en el ámbito nacional para los niveles de enseñanza básica”⁴⁸. Quiere decir que se debe garantizar que las escuelas primarias estén al alcance de las comunidades rurales dispersas y con número suficiente de cupos equivalente al número de niños en edad escolar;

⁴⁸ COLOMBIA. DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Opus cit.*, p. 59.

igualmente se debe garantizar la inversión en la infraestructura para la adecuada prestación del servicio, con docentes suficientes.

La obligación de asequibilidad o disponibilidad también implica proteger el derecho que tienen los particulares para fundar establecimientos educativos, siempre que tales centros estén provistos de la infraestructura necesaria, sus programas coincidan con los fines constitucionales y legales de la educación y cuenten con el personal docente idóneo y suficiente⁴⁹.

2) Obligaciones de accesibilidad

Estas son obligaciones que buscan garantizar el acceso a las escuelas públicas en condiciones de igualdad (de oportunidades y sin discriminación). Claro que la accesibilidad depende al nivel de educación al que se aspira ingresar, pues mientras que para la educación básica hay obligación de la gratuidad de la educación, en la media vocacional, universitaria y postgradual la matrícula puede incluir un costo.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 59.

3) Obligaciones de adaptabilidad

El Estado tiene la obligación de, que en los establecimientos educativos tanto públicos como privados, se brinde la educación que mejor se adapte a las condiciones de los educandos, para asegurar la permanencia y la continuidad en el sistema educativo.

Como lo señala la Relatora Especial, esta obligación implica revisar el contenido del proceso de aprendizaje, los programas y los textos de estudio, y tener en cuenta los intereses de los niños y niñas. Todo ello fundado en el respeto a la diversidad cultural, a la democracia y los derechos fundamentales.

4) Obligaciones de aceptabilidad

Estas obligaciones se refieren a procurar el aseguramiento de la calidad de la educación. Para ello el Estado debe velar por el cumplimiento de las normas mínimas por parte de los establecimientos educativos y establecer pautas claras para asegurar la idoneidad profesional de los docentes.

Para una mejor comprensión de las obligaciones del Estado en materia de educación, se transcribe el siguiente cuadro propuesto por la Defensoría del Pueblo⁵⁰.

ASEQUIBILIDAD	Establecimientos educativos	<ul style="list-style-type: none"> - Apertura o cierre de colegios - Libertad para fundar establecimientos educativos - Fondos para establecimientos educativos públicos - Fondos para establecimientos educativos privados.
	Cuerpo docente	<ul style="list-style-type: none"> - Criterios para su incorporación - Salud para enseñanza - Derechos laborales - Libertad sindical - Responsabilidades profesionales - Libertad de enseñanza
ACCESIBILIDAD	Educación pública básica para niños	<ul style="list-style-type: none"> - Cubrimiento total - Gratuidad - Seguridad asistencial - Reconocimiento de la culminación de una etapa educativa
	Educación para adultos	<ul style="list-style-type: none"> - Prohibición de actos discriminatorios - Acceso preferencial a sujetos de protección especial - Criterios para admisión - Reconocimiento de diplomas extranjeros

⁵⁰ Ibídem. p. 48.

ADAPTABILIDAD	Necesidades especiales de educación	de	<ul style="list-style-type: none"> - Niños en situación de discapacidad - Niños trabajadores - Niños en situaciones de desplazamiento forzado - Niños privados de su libertad.
ACEPTABILIDAD	Regulación y supervisión	y	<ul style="list-style-type: none"> - Normas mínimas - Respeto de la diversidad - Idioma de instrucción - Orientación y contenido - Disciplina en la escuela - Derechos de los estudiantes

Este cuadro sintetiza magistralmente las principales obligaciones que tiene el Estado con respecto a la educación. Es de anotar que algunas de ellas son obligaciones de cumplimiento inmediato y otras hay que ir las implementando en la medida de las condiciones económicas del país. Esta precisión vale a la hora de analizar el posible incumplimiento en algunas de estas obligaciones educativas como fuente de responsabilidad estatal.

De otra parte, se señala que para asegurar la realización del derecho-servicio de educación en cuanto a asequibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y calidad, el Estado tiene a su cargo las obligaciones de inspección, vigilancia y control.

Con todo, vale decir que respecto de las obligaciones del Estado en materia educativa, las tesis de la subsidiariedad y de las cuatro “A”, en vez de oponerse se complementan, pues el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en la libertad de elegir el tipo de educación que se quiere, ni limitarse a proteger a los individuos para que otras personas interfieran o dificulten el proceso educativo, sino que tiene obligaciones concretas respecto de realizar acciones positivas tendientes a proveer directamente servicios educativos a las personas y comunidades que no los pueden satisfacer por sus propios medios.

1.4.3. Obligaciones en virtud de Convenios Internacionales ratificados por Colombia

Hoy en día existe consenso mundial en torno al reconocimiento internacional del derecho a la educación, lo cual obliga a los Estados a garantizar su protección y ejercicio.

El proceso de reconocimiento internacional del derecho a la educación comienza con la Declaración de los Derechos Humanos⁵¹, en 1948, al

⁵¹ NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos humanos, artículo 26. En <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>. Consulta realizada el 20 de julio de 2008.

consagrarla como derecho fundamental. Tal reconocimiento estuvo precedido por la profunda convicción de que la educación es instrumento de paz y la vía eficaz para lograr el respeto por las libertades y los derechos humanos, y dejar atrás los lastres perversos de la guerra. A hacer realidad este propósito se comprometieron los Estados firmantes (y los que en adelante adhieran), para lo cual se obligaron a adoptar las medidas progresivas necesarias para garantizar el acceso a la educación.

Posteriormente al reconocimiento internacional del derecho a la educación que hizo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, para desarrollarlo, se han promulgado otras normas y tratados internacionales⁵² de carácter legal y vinculante, entre los que están el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Declaración y Convención sobre los Derechos del Niño (1959 y 1989), la Convención sobre la Lucha contra la Discriminación en la esfera de la Enseñanza (1960), y la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

⁵²Todas las convenciones y tratados internacionales se encuentran en la página Web de las Naciones Unidas, en la siguiente dirección electrónica: http://www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst_sp.htm.

contra la mujer (1967 y 1979). Junto a estas normas, existen otras de menor jerarquía pero igualmente importantes, por cuanto enfatizan la importancia de la educación, como la Recomendación sobre la Educación para la Comprensión, la Cooperación y la Paz Internacional y la Educación relativa a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1974), y la Declaración sobre el derecho al desarrollo (1986).

A nivel regional, en América, para reforzar el reconocimiento internacional de la educación, se han firmado, igualmente con carácter legal y vinculante, los siguientes tratados multilaterales⁵³: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988).

Nuestra Carta Fundamental expresamente establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, sobre derechos humanos que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. En <http://www.corteidh.or.cr/sistemas.cfm?id=2>. Consulta realizada el 15 de septiembre de 2008.

en el orden interno (art. 93 C.P.). Además, la Corte Constitucional expresamente ha señalado que tales convenios forman parte del bloque de constitucionalidad⁵⁴; es decir, forman parte de la normatividad interna.

Esto significa que frente al tema de derechos humanos, Colombia se encuentra obligada a cumplir los compromisos asumidos en virtud de los Convenios, que en sí mismos tienen fuerza vinculante, y de la propia Constitución que expresamente así lo ha reconocido. Y como es apenas lógico pensar, tales disposiciones no pueden quedar en letra muerta.

De otra parte, hoy en día, dado el alto índice de violación de los derechos humanos por diferentes Estados, la comunidad internacional se ha sensibilizado enormemente frente a esta situación y ha creado mecanismos importantes para invitar - y de alguna manera presionar - a los gobiernos infractores para que adopten las medidas pertinentes que garanticen su protección.

⁵⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-067 del 4 de febrero de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. “La Corporación definió el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu”.

Particularmente respecto del de derecho a la educación se ha creado la figura del Relator Especial, que es enviado por un tiempo determinado al Estado que presenta signos de vulneración de este derecho, con el fin de analizar de primera mano la situación y, después de oír a los diferentes estamentos de la sociedad, presenta un informe final. Así, para Colombia fue enviada como Relatora Especial Katarina Tomasevski⁵⁵, quien presentó un informe especial, en el que hizo recomendaciones precisas al gobierno colombiano para que garantice plenamente el derecho a la educación.

La Relatora señala que en Colombia, no obstante haber ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1968, 38 años después, la educación no es aún ni gratuita ni universalizada. En efecto, “Colombia remains an exception in the region because the government is not committed to free and compulsory education for all”⁵⁶.

⁵⁵ NACIONES UNIDAS. Consejo Económico y Social. Informe de la Relatora Especial, Katarina Tomaševski. Misión a Colombia, del 1 al 10 de octubre de 2003. En www.aspuacol.org/15-vii-congreso/15-eje1/InfoenviadooporKATARINA.doc. Consulta realizada el 15 de septiembre de 2008.

⁵⁶ TOMASEVSKI, Katarina. The State of the Right to Education Worldwide. Free or Fee: 2006 Global Report. Copenhagen, August 2006. p. xxii. http://www.katarinatomasevski.com/images/Global_Report.pdf. Consulta realizada el 10 de marzo de 2009.

Por eso, exhorta a que “Colombia adopte una estrategia educativa basada en los derechos humanos y haga una evaluación de impacto de la revolución educativa sobre el derecho a la educación y un compromiso con el fortalecimiento de la tutela en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales”⁵⁷.

Para comprometer aún más a los Estados, las Naciones Unidas, dentro de los Objetivos del Milenio⁵⁸ que se deben alcanzar en el 2015, han ubicado la educación en el segundo lugar, después del compromiso internacional en la lucha por la erradicación de la pobreza. Esto demuestra su preocupación porque la educación sea en verdad instrumento de desarrollo y de paz, como fue el propósito desde la creación de las Naciones Unidas.

Tales objetivos, con metas claras para alcanzar en el mediano plazo, han sido propuestos como una tarea concreta a los Estados, porque no obstante estar los derechos humanos reconocidos hace mucho tiempo, es poco lo que muchos países han hecho para garantizar su protección debido a su falta de

⁵⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁵⁸ NACIONES UNIDAS. Objetivos del Milenio. Portal de la labor de las Naciones Unidas sobre los objetivos de desarrollo del Milenio. En <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/education.shtml>. Consulta realizada el 10 de septiembre de 2008.

compromiso. Así que es preciso corregir tal situación de vulneración porque con la globalización económica, el problema tiende a empeorar.

Como acertadamente señala el profesor GONZÁLEZ IBÁÑEZ Joaquín, “el proceso de globalización incorpora libertades con un neto cariz económico cuyos sujetos no son los ciudadanos de a pie; la globalización ha olvidado - lo que ciertamente provoca una falta de cohesión y legitimidad social evidente – *el acceso a los derechos más básicos* constituyendo una situación de injusticia social en el siglo XXI sin precedente”⁵⁹. Es, pues, tarea insoslayable del Estado actuar para corregir tal situación de injusticia, máxime cuando existe la tendencia creciente de mercantilizar la educación.

De acuerdo con lo anterior, es imperativo que el Estado actúe con celeridad para hacer realidad el derecho de garantizar que los individuos puedan acceder a una educación gratuita y de calidad. Para ello se requiere de “actos normativos y decisiones políticas internas que atribuyan efectivamente la posibilidad del ejercicio material del Derecho a la educación, creando unos

⁵⁹ GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín. Opus cit. p. 483.

derechos a favor de las personas, y unas obligaciones que el Estado debe prestar para el efectivo disfrute de los derechos⁶⁰.

1.5. ESTADO ACTUAL DE LA EDUCACIÓN EN COLOMBIA

La educación como servicio a cargo del Estado no es una actividad neutra. Siempre tiene que estar direccionada hacia un fin, debe ser impartida con un propósito definido. En efecto, cada Estado imparte la educación que necesita para el tipo de país que quiere construir. Y como quiera en Colombia se busca construir un país con una sólida cultura democrática, participativo, respetuoso de los derechos humanos, que asegure el progreso económico y social, hacia ese cometido deben estar dirigidos los esfuerzos educativos, a partir de una política pública educativa.

Por eso es importante revisar el estado actual de la educación en Colombia, para saber cómo estamos, cómo nos ven y cómo nos vemos. Así, entonces, para contextualizar el objeto de nuestro estudio, es pertinente mostrar con datos estadísticos objetivos el grado de cumplimiento o de realización de la

⁶⁰ *Ibidem*, p. 485.

educación como derecho subjetivo, como servicio público y como política pública.

Dos tipos de fuentes, unas externas y otras internas, proporcionan datos estadísticos al respecto. Entre las fuentes externas se destacan los datos proporcionados por el Banco Mundial, la Unesco y el PNUD; y entre las internas tenemos los datos que proporciona el estudio realizado por la Procuraduría General de la Nación⁶¹ y el análisis que hace SARMIENTO PALACIO.

De acuerdo con las estadísticas del Banco Mundial⁶² sobre educación, hasta el año 2007 el gasto público en educación en Colombia era del 4.8% del PIB, distribuido así: 51% para Primaria, 36% para Secundaria y 13 para Terciaria (universidad)⁶³.

⁶¹ COLOMBIA. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Alarmante situación en materia de género revela el estudio de la Procuraduría. http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2005/noticias_394.htm. Consulta realizada el 15 de abril de 2009.

⁶² Education at a glance: Colombia. <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTEDUCATION/EXTDATASTATISTICS/EXTEDSTATS/0,,contentMDK:21605891~menuPK:3409559~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:3232764,00.html>. Consulta realizada el 15 de abril de 2007.

⁶³ PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano 2007-2008. hdr.undp.org/en/media/HDR_20072008_SP_Complete.pdf. Consulta realizada el 15 de abril de 2009.

Esto significa que en Colombia el gasto social en educación ha venido creciendo significativamente y se ubica por encima del promedio de lo que invierten los demás países de la región en educación⁶⁴.

Igualmente, en cuanto a la universalización de la educación, Colombia ha avanzado en la cobertura, pues el alfabetismo alcanzó el 93% entre la población mayor de 15 años de edad, superando en un 3% el promedio de América Latina y del Caribe, que para esa época tenía un 90%⁶⁵.

Tomando como referencia los años 2000 a 2006⁶⁶, la escolarización de la población en los tres niveles fundamentales, estaba distribuida así: en primaria, la tasa neta de matriculados para el año 2000 era del 90,2% y para el 2006 era del 88.5%. En secundaria, la tasa neta de matriculados para el año 2000 era del 56.1% y para el año 2006 era del 64.9%. Y en la educación terciaria, la tasa neta de matriculados en el 2000 era del 23.1% y para el año 2006, era del 30.8%

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Education at a glance. Opus cit.

⁶⁶ Gender disagregated Colombia. Opus cit.

Hay que anotar, además, que dentro de la población matriculada, ha habido un ligero avance en la escolaridad de las mujeres, que ha aumentado en 0.1% respecto de los hombres para el 2006⁶⁷.

De lo anterior, se corrobora que en los últimos años el gobierno, en consonancia con lo ordenado por la Constitución Política (art. 365), para financiar la educación ha venido aumentando el presupuesto, con lo que se ha ampliado la cobertura o universalización de la educación, principalmente en la primaria. Pero ello no indica *per se* que la calidad de la educación sea óptima y que todos los estudiantes matriculados terminen el período escolar al cual se matriculan. Por ejemplo, según datos del PNUD, de los estudiantes matriculados en el primer año de primaria, sólo el 81% de ellos llega al quinto año, lo que indica que hay deficiencias que ameritan revisión y corrección para asegurar la permanencia en el sistema escolar⁶⁸.

Punto importante digno de resaltar es que la población femenina ha aumentado su escolaridad, incluso por encima de los hombres. Eso indica que paulatinamente han venido cambiando los paradigmas respecto de la

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ PNUD. *Opus cit.*

necesidad de la educación, pues en un tiempo atrás, dado el machismo imperante sobre todo en algunas regiones de nuestro país, se pensaba que quienes principalmente debían educarse eran los hombres; a las mujeres les bastaba aprender lo necesario para ser amas de casa u ocupar cargos secundarios. Pero eso hoy en día, empieza a ser cosa del pasado.

En el informe que presentó la Procuraduría General de la Nación en mayo de 2006, se hace un balance sobre el estado de la educación en Colombia en los últimos 10 años, y los resultados son preocupantes. En igual sentido, SARMIENTO PALACIO hace un balance con datos estadísticos muy reveladores. Llama la atención que:

- A pesar de que en los últimos 10 años la escolaridad aumentó, hoy en día 2.5 millones de niños están fuera de las escuelas.
- En cuanto a la calidad de la educación, los exámenes del ICFES revelan que el 80% de los estudiantes obtiene menos de 2.25 sobre 5 en matemáticas y física, con deterioro en el desempeño en el período 2000-2004, pues “en los exámenes internacionales del mismo tipo, Colombia obtuvo el puesto 44 entre 45 países”⁶⁹.

- En la educación superior la tendencia es similar, pues en los ECAES los futuros profesionales de 5 preguntas responden menos de 2 correctamente⁷⁰.
- “La escolaridad del 10% más rico es tres veces mayor que la del 10% más pobre y las diferencias de calidad son abismales, toda vez que en las pruebas del ICFES y de los ECAES, la calidad resulta más concentrada que el ingreso”⁷¹.
- El Banco Mundial señala que Colombia está entre los países con niveles más altos de gasto en educación de la región: 4.5% del PIB. En efecto, “los recursos en educación aumentaron cuatro veces más que la asistencia escolar y más de las dos terceras partes de la población estudiantil está fuera del sistema o recibe educación de mala calidad”⁷².
- El incentivo para asignar recursos se basa en una política disociadora, pues a las regiones más avanzadas se le asignan más recursos por estudiante, basados en la política de favorecer a los que dan mejores

⁶⁹ SARMIENTO PALACIO, Eduardo. “*El estado de la educación*”. El Espectador. Sección Economía, 3C, Bogotá, semana del 21 al 27 de mayo de 2006.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² BANCO MUNDIAL citado por SARMIENTO PALACIO, *Ibidem*.

resultados en materia financiera y académica⁷³. De seguir así, nunca los sectores marginados podrán abrigar la esperanza de mejorar su situación.

Los anteriores indicadores, para su cabal comprensión, hay que encuadrarlos dentro del fenómeno de la globalización, pues es innegable el sinnúmero de cambios que ésta, con el principio de libre mercado, le ha traído a los Estados y en particular a la educación.

En efecto, la globalización ha implicado hacer importantes transformaciones tanto en el campo económico como en el político, pues como sostiene el profesor SÁNCHEZ Carlos Ariel⁷⁴, “la globalización está sustentada en un fuerte componente político que generalmente tiende a ser ignorado y que, se ha mantenido gracias al acuerdo tácito entre las democracias”, pero que en definitiva ha cambiado la configuración del régimen político.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ SÁNCHEZ, Carlos Ariel. “*El impacto de la globalización. Aspectos económicos y políticos en América latina*”, en *Globalización, integración económica y derechos humanos*. Serie Escuela de Derecho, Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá 2005, p. 202.

Así, pues, debido a la globalización se ha pasado de un Estado de bienestar, donde el Estado se ocupaba de manera preponderante a la prestación directa de los servicios públicos, procurando con ello ser motor de desarrollo, a un Estado garante, donde más bien facilita su infraestructura para que los particulares se encarguen de prestar tales servicios. Significa esto que su posición de garante consiste en que, ateniéndose a las reglas de juego del libre mercado, se llegue a la distribución equitativa de los bienes y servicios a todos los asociados. Cosa que en la realidad no sucede así, por lo menos ni en lo económico ni en lo educativo.

Respecto del servicio público de educación, la administración, apoyada en la Constitución (art. 67) y siguiendo las políticas de la globalización, ha propiciado que los particulares presten en un alto porcentaje el servicio, lo que ha llevado a un alto grado de privatización de la educación. Esto ha traído a la vez ventajas y desventajas. Ventajas por cuanto algunas entidades privadas con buen sentido de responsabilidad social han propiciado un servicio educativo eficiente con altos estándares de calidad; pero también es cierto que muchos otros establecimientos educativos privados han visto la educación como una buena oportunidad de negocio y en aras de su mero interés económico y por falta de una adecuada

inspección y vigilancia por parte del Estado, han brindado un servicio muy deficiente⁷⁵ donde evidentemente los primeros perjudicados son los estudiantes, luego los padres de familia y en definitiva el país.

De otra parte, como hay regiones de la geografía nacional muy apartadas, donde siguiendo las reglas del mercado, los particulares no están interesados en prestar el servicio educativo porque no les representa el lucro que desean, le toca al Estado ahí sí prestar de manera directa el servicio de educación. El agravante de esta situación es que en varias de dichas regiones aún no se presta el servicio y donde se presta, los profesores no están lo suficientemente preparados (ni al Estado le ha interesado prepararlos) y es obvio que los resultados no son los mejores. Se evidencian así fallas en la cobertura, continuidad y calidad del servicio.

Tenemos, entonces, que respecto de la educación se prestan dos tipos de servicio: una educación urbana, privada y costosa para ricos; y una educación rural, pública y de mala calidad para pobres. No obstante, es preciso señalar que hay educación pública, sobre todo del nivel superior, de

⁷⁵ Para comprobar la deficiente prestación del servicio educativo por parte de algunos particulares basta ver cuántos establecimientos educativos, especialmente de educación superior, hay de “garaje”, como comúnmente se conocen, que incluso han ofrecido programas sin la aprobación del ICFES.

excelente calidad, como lo revelan las pruebas del Ecaes⁷⁶, donde algunas universidades públicas han ocupado los primeros puestos. Pero igualmente aquí hay que hacer otra precisión. Muchos de los que ingresan a las universidades públicas son estudiantes que han recibido una formación básica y media de óptima calidad en instituciones privadas; lo que quiere decir que con ello se sigue ahondando aún más el problema, pues en este caso los beneficiarios de una educación pública superior subsidiada y de calidad son los más pudientes que han recibido una buena formación básica y secundaria en colegios privados, en tanto que los pobres que recibieron una formación básica deficiente en instituciones públicas, no pueden acceder a ella. Sigue repitiéndose el esquema de que la educación que se imparte actualmente en Colombia es fuente de inequidad social, un factor de profundización de las desigualdades, pues “la escolaridad del 10% más rico es tres veces mayor que la del 10% más pobre y las diferencias de calidad son abismales, toda vez que en las pruebas del Icfes y de los Ecaes, la calidad resulta más concentrada que el ingreso”⁷⁷.

⁷⁶ ECAES: Examen de Calidad de la Educación Superior. Este es un examen que se aplica a todos los estudiantes que están cursando los dos últimos semestres de su carrera profesional.

⁷⁷ SARMIENTO PALACIO, Eduardo. Opus cit, p. 3C.

Pero como lo anota SARMIENTO PALACIO Eduardo, el problema de este descalabro educativo no está en la asignación de recursos, sino en el manejo que se le da para asegurar la cobertura (universalidad), la gratuidad, el acceso, y la calidad. Hace falta, entonces, por parte del Estado mayor inspección, vigilancia y control para asegurar a todos una educación de óptima calidad y acorde con las necesidades del país.

Así, pues, no obstante la importancia que tiene la educación para la construcción de un nuevo país, a partir de la formación de mejores seres humanos, y de estar elevada a canon constitucional como derecho del individuo y obligación del Estado, aún hay fallas protuberantes en cuanto a cobertura, acceso y calidad de la educación.

Toda esta situación evidencia fallas que deben ser corregidas para asegurar efectivamente la educación como derecho subjetivo, como servicio público y como política pública, de lo cual indudablemente debe dar razón la administración pública, en cuantos a sus aciertos y errores.

2. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Como quiera que este estudio tiene como finalidad analizar la eventual responsabilidad de la administración respecto de la prestación del servicio público de educación, en el presente capítulo nos vamos a referir a la manera como el Estado a lo largo del tiempo ha venido aceptando su responsabilidad por los daños causados a los particulares, a efectos de ver hasta donde se le puede aplicar dicha teoría por el hecho del servicio educativo. Por tanto, haremos una breve síntesis de la evolución de la teoría de la responsabilidad del Estado para ver cuál es la tendencia dominante de la doctrina y la jurisprudencia al respecto.

2.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad surge del principio que reza que “quien causa un daño debe repararlo”. Fundados en este principio y gracias a la doctrina y la jurisprudencia, después de un largo proceso de decantación, hoy en día se acepta la responsabilidad del Estado por el daño que con su acción u omisión cause a los particulares.

Pero dicha responsabilidad presenta varias especies; entre ellas están, la responsabilidad por el hecho de las leyes, la responsabilidad por razón de la administración de justicia y la responsabilidad de la administración pública como expresión del ejecutivo. Dentro de esta última especie se ubican la responsabilidad contractual y la extracontractual de la administración.

Para el objeto de nuestro estudio nos referiremos a la evolución histórica de la responsabilidad extracontractual de la administración, la cual presenta varios períodos⁷⁸:

2.1.1. La irresponsabilidad del Estado

En este primer período la actividad estatal se caracterizó por la irresponsabilidad. Es decir, el Estado no respondía por los daños y perjuicios que le causaba a los particulares. Varias fueron las razones históricas que se adujeron para sostener tal irresponsabilidad. En la antigüedad, por ejemplo, no cabía la posibilidad de plantearse la responsabilidad del Estado, por cuanto éste estaba por encima de la vida de los hombres y de todas las

⁷⁸ URUETA AYOLA, Manuel. *La responsabilidad Extracontractual del Estado*. En La protección jurídica de los administrados. Ediciones Rosaristas. Bogotá, 1980. p. 261. Si bien hay posiciones disidentes, ésta es la doctrina más aceptada en torno a la evolución de la responsabilidad extracontractual por parte del Estado.

actividades de la comunidad; además no existían derechos individuales oponibles al Estado, por lo que el gobernante podía realizar todo cuanto consideraba que era útil para el mismo⁷⁹. Posteriormente, en la Edad Media se siguió afirmando la irresponsabilidad estatal en la medida en que el gobierno estuvo fundado en la tesis del derecho divino de los reyes⁸⁰, que sostenía que el poder provenía de Dios, y el gobernante lo ejercía en su nombre.

Más adelante, en la fase final del feudalismo, cuando se dispersó el poder político como consecuencia de los enfrentamientos entre la Iglesia y el Estado y se dio paso a la formación del Estado-nación, para seguir sosteniendo la irresponsabilidad del Estado, se inventó la tesis de la soberanía, y se la definió como “el poder absoluto y perpetuo de una república”⁸¹. Con ello se sostenía que en realidad los conceptos de soberanía y responsabilidad eran antagónicos y excluyentes, y en la práctica siempre se imponía la soberanía. Tal antagonismo lo sostiene DUGUIT León cuando afirma: “las dos nociones de responsabilidad y de soberanía son antinómicas

⁷⁹ BUSTAMANTE, Álvaro. Derecho Administrativo colombiano. Segunda edición. Editorial Librería jurídica Sánchez, Medellín, 1997, p. 13.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 14.

⁸¹ BODINO, Jean. *Los seis libros de la República*. Barcelona, Ediciones Orbis S.A, 1973, p.79.

porque si el Estado se considera soberano, no puede admitirse que sea responsable y si se afirma que es responsable, no puede admitirse que sea soberano”⁸².

Tal idea de irresponsabilidad estatal pervivió por un buen tiempo también en el Estado moderno, no obstante establecerse el Estado de derecho. Así, a pesar de haber despojado al monarca de sus poderes absolutos, se adoptó la teoría de la tridivisión de poderes⁸³ y se acogió la tesis de la voluntad general⁸⁴, con lo cual siguió primando la soberanía sobre la responsabilidad. La razón de ello es que siendo los actos estatales expresión de la voluntad general dentro de la concepción contractualista del Estado, era ilógico pensar que los asociados se causaran a sí mismos daño alguno⁸⁵.

Pero esta concepción de la actividad estatal, dentro del marco del Estado de derecho y del liberalismo clásico, resulta paradójica, pues justamente el

⁸² DUGUIT, León. Citado por URUETA AYOLA, Manuel, opus cit, p. 262.

⁸³ MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Bogotá, Ediciones Universales, 1999, p. 24.

⁸⁴ ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El contrato social*. Bogotá, Ediciones Gráficas modernas, 2000, p. 19. Al adoptarse el concepto de la voluntad general se sostuvo que el gobernante no era representante de Dios y que su poder emanaba directamente del pueblo que era en realidad el soberano.

⁸⁵ URUETA AYOLA, Manuel. Opus cit, p. 261.

cambio hacia este modelo de Estado estuvo sustentado en el deseo de colocar al individuo y sus derechos en el centro de la vida política, económica y social, y en el hecho de querer someter al Estado y al gobernante a reglas de derecho objetivas para evitar que pudieran actuar de manera omnímoda⁸⁶. Por eso, se acrecienta aún más el descontento social, lo que da paso al siguiente período de responsabilidad estatal.

2.1.2. La responsabilidad del Estado

Debido al incremento de las desigualdades sociales, el Estado tuvo por fuerza que abandonar su actitud de irresponsabilidad para empezar a responder por los daños causados a los particulares.

Específicamente dos fuentes, una real y otra formal⁸⁷, llevaron al Estado a admitir su responsabilidad extracontractual frente a los ciudadanos. La fuente real viene dada por el intervencionismo estatal, en la medida en que a través de la prestación directa de los servicios públicos interviene para frenar el aumento de las desigualdades sociales. Tal intervencionismo hizo que

⁸⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. 5ª. edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid, editorial Trotta, 2003, p. 28.

⁸⁷ URUETA AYOLA. Manuel. Opus.cit. p. 263.

entrara en crisis la noción jurídica de actos de poder y actos de gestión para dar paso a la noción de actos de servicio público y actos ajenos al servicio público⁸⁸. Este cambio de perspectiva, y bajo el entendido de que a través de la intervención estatal y la prestación de los servicios públicos se lograba la realización de los fines estatales, implicó consecuentemente admitir la posibilidad de que en ejercicio de su actividad podía causar perjuicio a los particulares y, por lo mismo, debía resarcir dicho perjuicio.

La fuente formal⁸⁹ de la admisión de la responsabilidad estatal se encuentra en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁹⁰ donde se establece que la propiedad es un derecho inviolable y que sólo procede la expropiación por necesidad pública, previa indemnización. Pero lo clave de esta norma es que hace ceder el dogma de la soberanía ante el dogma de la propiedad, lo que conlleva aceptar gradualmente la responsabilidad del Estado en otras hipótesis distintas de las de la expropiación, siempre que se ocasionen perjuicios a los individuos.

⁸⁸ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*. Duodécima edición. Bogotá, Editorial Temis, 2000, p. 394.

⁸⁹ URUETA AYOLA. Manuel. *Opus cit.*, p. 264.

⁹⁰ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, artículo 17: “la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública legalmente constatada, lo exija evidentemente, y bajo la condición de una justa y previa indemnización”.

Admitida, pues, la responsabilidad del Estado por los perjuicios que cause a los particulares, dos etapas se evidencian para perfeccionar dicha teoría: la responsabilidad indirecta y la responsabilidad directa del Estado.

2.1.2.1. La responsabilidad indirecta del Estado

No bastó que teóricamente se aceptara la responsabilidad del Estado. Había que sortear el escollo de si en verdad el Estado como ente causaba perjuicios a los particulares. Se reconoció que efectivamente podía causar perjuicios con su actividad, pero de manera indirecta, a través de sus funcionarios. De ahí surge la tesis de la responsabilidad indirecta del Estado, la cual tiene dos momentos.

En el primer momento, la responsabilidad se le atribuía al funcionario. La razón de ello estaba en que si en el cumplimiento de sus funciones el funcionario se excedía fuera de los límites establecidos por la ley y con ello causaba perjuicio a los particulares, el perjudicado tenía acción para reclamar del agresor la correspondiente indemnización. Pero en realidad aquí no respondía el Estado, por cuanto al funcionario no se le facultaba para

realizar actos ilegales⁹¹. En síntesis, aquí tampoco respondía el Estado, sino que más bien seguía gozando de un enorme privilegio de inmunidad, en tanto que obligaba a sus funcionarios a responder por sus extralimitaciones en el cumplimiento de sus funciones.

En el segundo momento de la responsabilidad indirecta del Estado se establece la responsabilidad por el hecho de un tercero, fundado en el derecho privado. En el derecho francés el fundamento se encuentra en la responsabilidad del amo por los daños causados por sus criados o sirvientes (artículo 1384 del Código Civil). En tanto que en Colombia el fundamento del derecho privado se encuentra también en el Código Civil, que establece que toda persona, para efectos de indemnizar, debe responder no sólo por sus propias acciones, sino también de los hechos de quienes estuvieren a su cuidado (artículos 2347 y 2349). Lo que sustenta tal responsabilidad son las nociones de culpa in eligendo y culpa in vigilando⁹².

Así, entonces, trasladando tales conceptos al Estado, se tiene que éste, asimilado a un gran patrón, es responsable en forma indirecta por elegir mal

⁹¹ BUSTAMANTE, Álvaro. Opus cit. p. 15.

⁹² RODRIGUEZ, Libardo. Opus cit., p. 396.

a sus funcionarios, lo que sería la culpa in eligendo y/o por no vigilar bien el desempeño del funcionario, lo que sería culpa in vigilando⁹³. No obstante lo anterior, la administración podía exonerarse de los compromisos indemnizatorios demostrando que eligió y vigiló bien al funcionario. Por eso habría que dar paso a la tesis de la responsabilidad directa del Estado.

2.1.2.2. Responsabilidad directa del Estado

Comprobadas las limitaciones de la responsabilidad indirecta del Estado, por culpa in eligendo o in vigilando, cuyo fundamento jurídico eran las normas civiles, se da paso a la tesis de la responsabilidad directa, conforme a las normas de derecho público.

Antecedente importante de tal tipo de responsabilidad lo constituye el famoso FALLO BLANCO, pronunciado por el Tribunal de Conflictos de Francia (1873), en el que se señala que la responsabilidad que incumbe al Estado por los perjuicios causados a los particulares debe estar regida por normas especiales y no por las normas del Código Civil, esto por la necesidad de

⁹³ *Ibidem*, 9 396.

conciliar los intereses particular y colectivo⁹⁴. De esta forma se fundamenta la autonomía de la responsabilidad extracontractual del Estado, lo que hará que se expida una normatividad especial y particular al respecto⁹⁵, y se cree una jurisdicción propia, con jueces propios, para ventilar los asuntos que resulten entre el Estado y los particulares.

Ahora, dentro de la teoría de la responsabilidad directa del Estado se verifican dos expresiones: Una, la tesis organicista, que asimila al Estado con el ser humano y señala que así como el hombre debe responder por los daños que causen sus órganos, igualmente lo debe hacer aquél por los daños que causen sus agentes (órganos), directores, representantes; la otra, la tesis de la falla del servicio, que tiene origen en el derecho francés en fallos que datan de 1895 y 1903⁹⁶, consiste en que como es finalidad estatal prestar el servicio público, toda falla, por ausencia o deficiencia del servicio, que cause perjuicio a los particulares, implica responsabilidad directa del Estado y hay lugar a indemnizar, sin entrar a discutir si hubo culpa por parte del funcionario o no. Es decir, con la tesis de la falla del servicio nace la

⁹⁴ URUETA AYOLA, M. Opus cit, p.267.

⁹⁵ VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho administrativo*. Décima segunda edición. Bogotá, Ediciones Legis, 2004, p. 391.

⁹⁶ BUSTAMANTE, Álvaro. Opus cit. p. 17.

culpa de la administración que debe reparar los perjuicios causados a los administrados.

Sin embargo, a pesar de las bondades de la tesis de la culpa administrativa por falla en el servicio, quedaban por fuera algunas hipótesis de responsabilidad administrativa por el daño ocasionado que no cubría la tesis de la culpa, por lo que se hizo necesario estructurar otro tipo de responsabilidad que complementara la anterior donde el tema de la culpa o falla no entrara en juego; así se originó lo que se conoce como la responsabilidad objetiva del Estado⁹⁷, y que aplica para los casos de daño especial causados por el Estado, donde, para indemnizar no se discute la falla de la administración, sino demostrar el hecho y el perjuicio causado y la relación de causalidad. Son tipos de daño especial: responsabilidad por trabajos públicos, las expropiaciones en caso de guerra, la igualdad ante las cargas públicas.

⁹⁷ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Tercera reimpresión. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 370.

2.2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

A partir de la Constitución de 1991 se da un paso más en el tema de la aceptación de la responsabilidad estatal. Al ser elevada a rango constitucional, se la quita definitivamente al derecho privado, en la medida en que se establece el principio general de responsabilidad del Estado⁹⁸. Así, con el artículo 90 constitucional “se amplía el espectro de la responsabilidad del Estado superando el postulado inicial de la falla en el servicio para adentrarse en el daño antijurídico, entendido como el daño patrimonial o extrapatrimonial que se causa en forma lícita al ciudadano, sin que se encuentre en la obligación jurídica de soportarlo”⁹⁹.

Dos elementos importantes se destacan en esta norma constitucional. Uno, se establece el deber de reparar patrimonialmente por el daño antijurídico, entendido éste como el daño que el particular no está obligado a soportar, cuando la administración actúa ya por acción o por omisión. Y dos, se

⁹⁸ VIDAL PERDOMO, Jaime. Opus cit. p. 411.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 418.

establece el deber de repetir contra el funcionario cuando, por su conducta dolosa o gravemente culposa, ha originado el daño al particular y el Estado ha sido condenado patrimonialmente a pagar.

Nótese que en el artículo 90 constitucional se presentan dos planteamientos respecto del tema de la responsabilidad: Por un lado, se establece el deber de reparar el daño antijurídico causado al particular, lo que no significa que se haya establecido exclusivamente la responsabilidad objetiva del Estado; y, por otro, la responsabilidad subjetiva, basada en la culpa del funcionario que con su actuar doloso o gravemente culposo dio lugar al daño antijurídico, por lo cual el Estado es obligado a reparar patrimonialmente. Sólo en el evento de probarse la culpa del funcionario es cuando se puede repetir contra él, antes no. Pero definitivamente como garantía para el particular se establece la responsabilidad del Estado, sin importar si hubo falla o no del funcionario.

2.3. JURISPRUDENCIA NACIONAL RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Indiscutiblemente, a partir de la Constitución de 1991, con el tránsito del Estado de derecho al Estado social de derecho, empezó un nuevo período en la jurisprudencia nacional. Ello significó entender que ahora el centro del interés del Estado es la persona, el ciudadano, y no la ley, como antes ocurría.

En tal sentido habrá que orientar la interpretación del texto constitucional. Y para ello la Corte Constitucional, como guardiana de la Carta Fundamental, es la encargada de velar porque los principios y valores constitucionales se hagan realidad. Comienza así una interesante etapa en la jurisprudencia colombiana, lo que implicó cambiar el paradigma de interpretación de la Carta Política. Ya no se puede mirarla como un mero pacto político de carácter programático sino como lo que es, Ley Fundamental con carácter vinculante. Por eso, respecto de la protección de derechos constitucionales fundamentales tiene aplicación directa, tal como en reiterada y abundante jurisprudencia lo ha señalado la Corte Constitucional.

En efecto, la Corte Constitucional ha liderado el proceso interpretativo de la Constitución marcando verdaderos hitos con sus precedentes jurisprudenciales. Así, ha jalonado a las demás altas corporaciones de justicia para seguir el mismo proceso, lo cual no siempre ha sido visto con buenos ojos, hasta el punto de producirse lo que se ha denominado el “choque de trenes”.

De todas maneras, del “activismo judicial” iniciado por la Corte Constitucional han salido beneficiados los particulares, pues las demás altas corporaciones judiciales han venido interpretando en igual sentido el texto constitucional, colocando a los ciudadanos en el centro de atención del Estado.

Es importante señalar que, después del ímpetu inicial y del apasionado debate entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, ha venido la serenidad y la reflexión pausada respecto de la responsabilidad de la administración, con lo cual poco a poco se han ido decantando los verdaderos alcances de la responsabilidad estatal. Así, respecto del artículo 90 de la Constitución, hoy en día se entiende que tal principio constitucional de responsabilidad no consagró la responsabilidad objetiva del Estado, como inicialmente se entendió, sino que lo que estableció fue el deber del Estado

de reparar el daño antijurídico, sin importar del tipo de responsabilidad del cual provenga, si objetiva o subjetiva.

2.3.1. Evolución jurisprudencial del Consejo de Estado

Señala el doctor SAAVEDRA Ramiro que “el Consejo de Estado se anticipó a la promulgación de la nueva Carta Constitucional aplicando la tesis de la lesión en el fallo del 27 de junio de 1991, con ponencia del Consejero Julio César Uribe”¹⁰⁰, donde se condenó con base en la teoría del riesgo.

Empero, de acuerdo con el citado autor, a partir de la Constitución de 1991 la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido ondulante en torno al tema de la responsabilidad de la administración pública. Veamos:

- 1) En la sentencia del 31 de octubre de 1991¹⁰¹, apoyado en el tratadista LEGUINA, sostiene el Consejo de Estado que “del texto del artículo 90 se deduce una responsabilidad totalmente objetiva”¹⁰². Y esto

¹⁰⁰ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *Opus cit*, p. 159.

¹⁰¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 31 de octubre de 1991. Expediente No. 6515. C.P. Julio César Uribe.

¹⁰² SAAVEDRA BECERRA, *Opus cit*. p. 160.

significa, (a) que ya no se trata del perjuicio causado antijurídicamente, sino de un perjuicio antijurídico en sí mismo y (b) que el perjuicio se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la cual se deriva la lesión, para abarcar todos los supuestos de responsabilidad posibles¹⁰³.

- 2) En la sentencia del 30 de julio de 1992¹⁰⁴, reitera la jurisprudencia anterior e insiste que con base en el artículo 90 constitucional la responsabilidad estatal es directa y objetiva. Pero aclara que puede haber hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad desde la perspectiva del daño antijurídico.
- 3) Ya en la sentencia del 13 de julio de 1993¹⁰⁵, la Corporación matiza la posición inicial e indica que pese a la tendencia objetivizante que se aprecia en el artículo 90 de la Constitución Política la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado continúa siendo, por regla general, de naturaleza subjetiva. Sin embargo, tal norma constitucional constituye el tronco medular en el que se fundamenta la

¹⁰³ *Ibidem*. p. 160.

¹⁰⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 30 de julio de 1992. Expediente No. 6941. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁰⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 13 de julio de 1993. Expediente No. 8163. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

totalidad de la responsabilidad del Estado, sea ésta contractual o extracontractual.

- 4) Pero es en la sentencia del 5 de agosto de 1994, donde se evidencia el retorno a la tesis de la responsabilidad subjetiva, pues reitera que está vigente la responsabilidad por falla del servicio. Por eso “decir antijurídico no quiere significar que la noción de falta o falla en el servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó”, excepto que la falla se presume. “En síntesis, la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender”¹⁰⁶. Esta posición fue reiterada en la sentencia del 2 de febrero de 1995¹⁰⁷, con la que el Consejo de Estado decidió la responsabilidad del Estado sobre los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia, donde dijo expresamente que ello se debió a falla del servicio.

¹⁰⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 5 de agosto de 1994. Expediente No. 8485. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁰⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, 2 de febrero de 1995. Expediente No. 9273. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

- 5) En la sentencia del 8 de mayo de 1995¹⁰⁸, el Consejo de Estado precisa aún más el nuevo régimen de responsabilidad del Estado, señalando que jurisprudencialmente se ha determinado “la existencia de regímenes de responsabilidad diversos según su deducción esté o no condicionada por la presencia de la falla del servicio, y que su prueba sea o no carga del actor”, para lo cual se detallaron los elementos que deben concurrir para que la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado sea procedente. Empero, queda claro que en el artículo 90 constitucional se estableció la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, sea contractual o extracontractual; y para el efecto deben acreditarse dos condiciones: el daño antijurídico y la imputación de ese daño al Estado.
- 6) La jurisprudencia posterior ha mantenido en lo esencial lo aquí expuesto, pero precisando un poco más “el concepto de daño antijurídico, los límites de la responsabilidad objetiva y la naturaleza del mal funcionamiento o el riesgo como causales de imputación, igualmente la naturaleza de la relación de causalidad”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 8 de mayo de 1995. Expediente No. 8118. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Claro que, como señala el doctor SAAVEDRA Ramiro, para algunos críticos, este viraje que dio el Consejo de Estado dio al traste con lo preceptuado en la Constitución que, según ellos, sólo consagró la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado, teniendo como base el daño antijurídico. Pero en realidad, tal posición era insostenible, pues con ello lo único que se estaba creando era una especie de seguro a cargo del Estado contra todo riesgo. Tal situación la advirtió el tratadista TAMAYO JARAMILLO Javier¹¹⁰, criticando a GARCÍA DE ENTERRÍA¹¹¹ de quien la Constituyente colombiana bebió para consagrar como principio constitucional la cláusula general de responsabilidad patrimonial por daño antijurídico, y señaló que hay que tomar con beneficio de inventario lo que enseña la doctrina española, pues hay diferencias en los dos ordenamientos jurídicos, el colombiano y el español.

En efecto, el mismo GARCÍA DE ENTERRÍA¹¹², prologando el libro revisionista de ORIOL MIR PUIGPELAT, replantea su posición inicial, y

¹⁰⁹ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit. p. 166.

¹¹⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La responsabilidad del Estado, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. El daño antijurídico, Santafé de Bogotá, Editorial. Temis, 2000, p. 24.

¹¹¹ La cláusula general de responsabilidad establecida en el artículo 90 de la Constitución de 1991, tuvo como base lo preceptuado en el Artículo 106.2 de la Constitución española de 1978, artículo que a su vez estuvo ideado por GARCÍA DE ENTERRÍA.

¹¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Citado por SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit. p. 166-167.

señala que pretender mantener en forma escueta la cláusula general de responsabilidad ha dado lugar a excesos por parte de los particulares, pues en realidad con tal cláusula lo que se buscaba era (en el caso español) corregir la regla general de irresponsabilidad por parte del Estado que se estaba beneficiando injustamente. Por eso propone como solución que se mantenga la fórmula general de responsabilidad pero que se hagan algunas puntualizaciones para corregir los excesos.

Como se ve, lo planteado por el profesor español le da la razón tanto al Consejo de Estado como a TAMAYO JARAMILLO que señalan que con la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado que es objetiva y directa, en manera alguna deroga la teoría de responsabilidad subjetiva que se funda en la culpa, sino que la complementa.

2.3.2. Evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional

Son varias las oportunidades que ha tenido la Corte Constitucional para pronunciarse acerca de la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 constitucional.

En la Sentencia C- 333 de 1996¹¹³, señala que dicha Corporación coincide con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el sentido de que en el artículo 90 se consagró el principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto de naturaleza contractual como extracontractual. Pero ello no significa que se hayan unificado los regímenes de responsabilidad ni los títulos jurídicos de imputación, pues ellos no son idénticos en todos los casos ni en todas las situaciones, sólo que dichos regímenes quisieron ser englobados bajo la figura del daño antijurídico.

En lo referente al daño antijurídico, la Corporación expresa que es un concepto parcialmente indeterminado. Y para precisarlo, se remite a la doctrina de GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, quienes enseñan que “el daño antijurídico no es el que proviene de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”. Así, entonces, “la responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del autor del

¹¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 333 del 1 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre los particulares”¹¹⁴
(subrayado original).

Pero no basta que el daño sea antijurídico sino que debe ser imputable al Estado. En efecto, para imponerle al Estado la obligación de indemnizar un daño, se debe constatar la antijuridicidad del mismo y elaborar un juicio de imputabilidad que permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material; es decir, debe haber una imputatio iuris además de la imputatio facti. Sólo cuando se dan estos dos elementos, el daño antijurídico y el título de imputación, está obligado el Estado indemnizar, dado su deber de salvaguardar los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración¹¹⁵.

En la sentencia C-430 de 2000¹¹⁶, acorde con su jurisprudencia anterior, reafirma el concepto sobre la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, pero precisa que en el artículo 90 superior no se consagró una responsabilidad totalmente objetiva a cargo del Estado, como lo afirman

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-430 del 12 de abril de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

algunos doctrinantes. Y del daño antijurídico, su ilicitud no se predica de la conducta de los agentes estatales sino del daño en sí mismo.

En la sentencia C-892 de 2001¹¹⁷, en coincidencia doctrinal con el Consejo de Estado, reitera el régimen único de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado establecido en el artículo 90 constitucional, a manera de cláusula general, comprendiendo todos los daños antijurídicos causados a los particulares, indistintamente que éstos se den en el ámbito extracontractual, precontractual o contractual. Pero este régimen unificado de responsabilidad no borra las diferencias conceptuales que deben tenerse en cuenta en los distintos ámbitos de aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado. “En realidad, la pretensión constitucional se limita a subsumir bajo el concepto de daño antijurídico los distintos tipos de responsabilidad - extracontractual, precontractual y contractual-, dejando a salvo la manera como cada una se estructura, se configura y se materializa dentro del campo del derecho público”.

¹¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En la sentencia C-285 de 2002¹¹⁸, señala que el artículo 90 superior suministró un nuevo panorama a la responsabilidad patrimonial del Estado, porque reguló expresamente el tema y porque amplió el ámbito de responsabilidad estatal ubicándolo en el concepto de daño antijurídico, desbordando el límite de la falla del servicio. O sea que el punto de partida para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado ya no es la irregular actuación estatal, sino el daño antijurídico que el particular no está obligado a soportar.

Una vez revisados los planteamientos jurisprudenciales tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, pueden apreciarse los verdaderos alcances de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, establecida en el artículo 90 constitucional. Dicha cláusula general de responsabilidad se sintetiza en el concepto de daño antijurídico, lo que significa que en la producción de tal daño pueden concurrir las nociones de responsabilidad objetiva y/o subjetiva por parte del Estado. Así, entonces, queda claro que existe por parte del Estado el deber de reparar todo daño antijurídico causado a los particulares, independientemente de que el juez

¹¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-285 de 2002 del 23 de abril de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

para ordenar su reparación tenga que establecer si éste fue producto de la responsabilidad subjetiva u objetiva del Estado, por acción o por omisión.

2.4. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Aunque aún existen discrepancias en torno a los elementos que configuran la responsabilidad de la administración, en general hay consenso en que son tres: la actuación de la administración, la existencia de un daño y el nexo causal entre el daño y la actuación administrativa.

2.4.1. El daño

El daño es el primer elemento que hay que mirar para indagar por la responsabilidad, tanto que si éste no aparece, las actuaciones administrativas resultan inofensivas para los derechos de los particulares; es decir, carecen de relevancia jurídica porque no se traducen en perjuicios apreciables¹¹⁹.

¹¹⁹ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit. p. 593.

Normalmente se utilizan como sinónimos daño y perjuicio. Pero últimamente la doctrina ha insistido en su diferenciación, de modo que se hable jurídicamente en términos más técnicos. Así, BENOIT Jean Paul señala que

... el daño es un hecho; es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, de una situación; el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio, es al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada¹²⁰.

Esta distinción es importante en la medida en que ayuda a apreciar y calcular el monto de la indemnización, pero no en lo que se refiere a los elementos de la responsabilidad, como afirma SAAVEDRA Ramiro, por lo que para el presente estudio se usarán como sinónimos.

MARTÍNEZ RAVÉ Gilberto, sostiene que “el daño es la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés, protegido o no por las normas, como un

¹²⁰ BENOIT, Jean Paul. Citado por SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit. p. 594.

derecho real o subjetivo. Basta que sea un interés patrimonial del ofendido, el que se afecta para que exista daño”¹²¹. A lo anterior hay que agregar que el menoscabo al bien o al interés no sólo se refiere a lo patrimonial sino también a lo extrapatrimonial.

Por su parte, la doctrina española hace una distinción entre lesión y perjuicio. Por *lesión* entiende lo que para nosotros es el daño antijurídico, pues no deriva del hecho de que la conducta del autor sea contraria a derecho, sino de que quien sufra el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo. Mientras que el perjuicio es lo puramente económico, consistente en el menoscabo patrimonial, según lo afirma GARCIA DE ENTERRIA¹²².

2.4.1.1. Requisitos del daño

Doctrinalmente se acepta que para que el daño o perjuicio sea indemnizable debe reunir los siguientes requisitos:

¹²¹ MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto. *Responsabilidad civil extracontractual*. Décima edición. Bogotá, Editorial Temis, 1998, p. 160.

¹²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Buenos Aires, Ediciones La Ley, 2006, p. 378.

1) **Debe ser cierto o real:** que efectivamente haya lesionado un derecho del perjudicado; aunque no necesariamente tiene que ser actual sino que puede ser futuro. Se excluyen los daños eventuales, genéricos o hipotéticos. En lo referente al carácter cierto del daño HENAO Juan Carlos¹²³ distingue entre perjuicio consolidado y perjuicio no consolidado, entendiendo por aquél, el que ya se ha producido en el momento del pronunciamiento judicial, en tanto que éste es el que se refiere al perjuicio futuro que la víctima alega que se producirá.

2) **Debe ser personal:** debe reclamar la indemnización sólo la persona o personas que han sufrido el daño o perjuicio y no la generalidad de los miembros de una colectividad. Empero, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha evolucionado en cuanto al título o interés personal con que se puede recurrir para reclamar la indemnización: a) En un fallo de 1980¹²⁴, se reconoció el derecho a la indemnización a una mujer, no por el hecho de ser concubina, sino por su condición de madre, porque debe dedicarse a la defensa del niño. b) En 1991¹²⁵, se reconoció la indemnización de una mujer,

¹²³ HENAO, Juan Carlos. *El daño*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 132.

¹²⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 29 de abril de 1980. Expediente No. 2506. C.P. Jorge Valencia Arango

donde se dijo que si bien al Consejo de Estado no le corresponde calificar si se daba o no una supuesta unión marital de hecho para pronunciarse acerca de si era o no compañera permanente, se la resarcía porque no pudo realizarse económicamente debido a que dedicó su vida al cuidado de su compañero permanente y de sus hijos. c) En 1996¹²⁶, para indemnizar a otra mujer, se acudió al concepto de familia establecido en la Constitución de 1991, asimilando la situación de la compañera permanente a la de la cónyuge, en la medida que el canon constitucional señala que la familia se forma por la voluntad libre y responsable de formarla o por el vínculo del matrimonio. d) Para aclarar lo establecido en los artículos 85 y 86 del C.C.A., el Consejo de Estado señaló que “la acción para reclamar perjuicios por muerte pertenece a quien los sufra, sin consideración alguna al parentesco o a las reglas de sucesión”¹²⁷, lo que significa que una persona puede acudir al proceso para reclamar indemnización *iure proprio* y *iure hereditatis*.

3) Debe ser directo: este a su vez puede ser *directo* o *inmediato*: quiere decir que se indemniza a la víctima inicial, ya que sólo con ella resulta claro

¹²⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 29 de noviembre de 1991. Expediente 6487. C.P. Daniel Suárez Hernández.

¹²⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 26 de septiembre de 1996. Expediente No. 8785. C.P. Carlos Betancur

¹²⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 21 de febrero de 1985. Expediente 3253. C.P. Jorge Valencia Arango.

el nexo de causalidad. *Directo y mediato*: se da cuando existe un nexo de causalidad fuerte en el hecho y el perjudicado (lo que se conoce como 'víctima por rebote'), independientemente del daño inicial. Es el caso de los herederos de la víctima que sufrió el daño en su integridad personal¹²⁸.

4) Que se refiera a una situación jurídicamente protegida: pues si se refiere a una situación ilegal, no la cubre¹²⁹; aunque hoy día se discute el tema.

5) Debe ser antijurídico: es decir, que se trate de un daño que el administrado no está en la obligación de soportar. "Una antijuridicidad que a su vez es consecuencia 'de la no existencia en derecho de un título legítimo que justifique la irreversible carga impuesta al administrado... y al no ser así nos encontramos ante un daño injusto que, por la propia virtualidad de esta nota debe ser indemnizado-"¹³⁰

¹²⁸ MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto. Opus cit., p. 162.

¹²⁹ RODRIGUEZ, Libardo. Opus cit, p. 391.

¹³⁰ PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. Parte general. 16ª. Edición. Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007, p. 573.

2.4.1.2. Clasificación de los daños

Para el cometido de este estudio no es del caso realizar un estudio exhaustivo sobre la clasificación de los daños; baste enunciarlos con un breve comentario, apoyados en la obra del doctor SAAVEDRA Ramiro¹³¹ a la que nos hemos venido refiriendo.

1) Los daños patrimoniales. Se pueden causar a las cosas o al cuerpo humano. En ambos casos incluyen el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente se refiere al bien económico que salió o saldrá del patrimonio de la víctima; y no se refiere exclusivamente a la pérdida del bien en sí mismo, sino a todas aquellas erogaciones que vienen como consecuencia de su privación, porque si la destrucción de un bien implicó otro daño emergente hay que indemnizarlo. En tanto que el lucro cesante se refiere a la ganancia, utilidad o bien económico que debía ingresar al patrimonio de la víctima, pero que no ingresó ni ingresará como consecuencia del hecho dañoso¹³².

¹³¹ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit, pp. 616 y ss. Hay discusión en cuanto a la clasificación de los daños, en patrimoniales y extrapatrimoniales. HENAO Juan Carlos, prefiere llamarlos materiales e inmateriales.

¹³² GIL BOTERO, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*. Tercera edición. Bogotá. Legis, 2006, p. 86.

Es de anotar que en el caso de los daños corporales a las personas, la valoración del daño emergente y el lucro cesante es muy compleja, pues hay que atender a las calidades personales de cada individuo, la actividad o profesión que desempeñaba, el grado de afectación corporal, la demora en su recuperación o su muerte, la edad, el estatus social, entre otras¹³³.

2) Los daños extrapatrimoniales o no patrimoniales. Según SAAVEDRA Ramiro, se refieren a los daños “que afectan elementos o intereses de difícil estimación pecuniaria porque su contenido queda al margen de lo económico lo que implica que no puedan ser reparados sino de manera convencional a título de una compensación sustitutiva pero no equivalente”¹³⁴. La doctrina colombiana clasifica los daños inmateriales o no patrimoniales en: morales, daño a la vida de relación y perjuicio sucesoral.

Respecto del *daño moral* o *pretium doloris*, éste puede ser tanto un dolor físico, como consecuencia de la lesión en su integridad física que le causa

¹³³ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit, pp. 624 y ss.

¹³⁴ *Ibíd*em, p. 638.

malestar, como el daño moral en sí¹³⁵, y puede ser padecido por la propia víctima o por sus allegados.

No obstante, hoy día en cuanto se propende por la integridad personal, se ha ampliado la categoría de perjuicios, por lo cual se reclama una indemnización integral. Así han entrado conceptos como: perjuicio sexual, perjuicio juvenil, perjuicio estético¹³⁶.

En cuanto al *perjuicio a la vida de relación*¹³⁷, o perjuicio de placer, llamado impropriamente por la jurisprudencia nacional como perjuicio fisiológico, consiste en la pérdida de la posibilidad de disfrutar de ciertos placeres de la vida normal, en familia o en sociedad, que si bien no le representaban un ingreso económico, sí le hacían la vida agradable, y que por el daño causado ya no los podrá volver a disfrutar.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 638.

¹³⁶ GIL BOTERO, Enrique. *Opus cit*, pp. 112 y ss.

¹³⁷ Para el caso, ver entre otras las siguientes sentencias del Consejo Estado: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 2 de marzo de 2000. Expediente No. 11250. C.P. Ricardo Hoyos Duque; COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 13 de abril de 2000. Expediente No. 13342. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

El perjuicio sucesoral: quiere decir que el derecho a la indemnización se transmite a los herederos, cualquiera que sea el daño, si la víctima antes de morir no interpuso por sí misma la acción de reparación para que su derecho se incorporara a su patrimonio¹³⁸.

2.4.2. La actuación de la administración

Para efectos de considerar a una persona pública como responsable de algo debe ante todo atribuírsele o imputársele una actuación. Y la administración actúa por medio de *actos, hechos, operaciones, vías de hecho y omisiones*, las cuales son las fuentes de su responsabilidad.

Ahora, “no todos los daños producidos por esos mecanismos de actuación de la administración dan lugar a la responsabilidad. Para que surja la obligación de reparar el daño, se requiere, en principio, que la actuación pueda calificarse en alguna forma de *irregular*”¹³⁹, esto por cuanto hay actuaciones de la administración que causan un daño al particular pero que son legales, como el cierre de un establecimiento de comercio que no

¹³⁸ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *Opus cit.*, p.658.

¹³⁹ RODRÍGUEZ, Libardo. *Opus cit.* p. 389.

cumple con las normas legales para su funcionamiento, evento en el cual la administración no tiene por qué correr con las consecuencias del daño que produce dicho cierre.

Pero esto no sucede cuando la actuación de la administración es irregular, pues allí existe el deber de reparar el perjuicio causado por el daño. Ahora, la actuación irregular de la administración se concreta en lo que se conoce como culpa o falla del servicio¹⁴⁰, y que se presenta cuando el servicio público no ha funcionado, ha funcionado mal o ha funcionado tardíamente¹⁴¹. Sin embargo, hay que decir que la Constitución al consagrar en el artículo 90 la cláusula general de responsabilidad administrativa por daño antijurídico, admite la posibilidad de que la responsabilidad no esté necesariamente fundamentada en la irregularidad o culpabilidad o falla del servicio, sino en la antijuridicidad del daño que el particular no está en la obligación de soportar. Aunque la responsabilidad por culpa o falla del servicio “continúa siendo el principal ejemplo de la responsabilidad fundamentada en el concepto de

¹⁴⁰ Culpa o falla del servicio: figura de origen jurisprudencial francés que tanto en Francia como en Colombia, durante buen tiempo se consideró el fundamento de la responsabilidad administrativa.

¹⁴¹ DE LAUBADERE, André. Manual de Derecho Administrativo. Traducción de VILLAMIZAR HERRERA Jesús. Bogotá, Editorial Temis, 1984. p. 114.

daño que las personas no tienen el deber jurídico de soportar”¹⁴²; de ahí la razón de ser del presente estudio, que indaga la responsabilidad administrativa por falla en el servicio público de educación.

De acuerdo con lo anterior, dos son las hipótesis en las cuales se le puede imputar responsabilidad por los daños antijurídicos causados a los particulares, que a la vez constituyen los sistemas de responsabilidad del Estado: la responsabilidad con culpa o falla del servicio (responsabilidad subjetiva) y la responsabilidad sin culpa u objetiva.

2.4.2.1. La responsabilidad por falla del servicio

Como se ha visto, la noción de falla del servicio, no obstante lo preceptuado por el artículo 90 de la Carta Política, que consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado por daño antijurídico, sigue vigente. Ello se evidencia “tanto en las demandas de reparación directa como en las decisiones judiciales, bien sea que se la mencione como una de las “causales de imputación” de acuerdo con la teoría de la lesión-daño

¹⁴² RODRÍGUEZ, Libardo. Opus cit p. 390.

antijurídico, o bien como fundamento directo de responsabilidad administrativa”¹⁴³.

Hay que precisar que la teoría de la culpa o falla del servicio, no corresponde con la noción de culpa privada, sino que se trata de una culpa objetiva o anónima, o como lo expresa RODRÍGUEZ Libardo, una *culpa objetivizada*¹⁴⁴. Pero lo cierto es que “esa falta o culpa objetiva se debe medir de acuerdo con los estándares o niveles promedio de exigibilidad de los servicios públicos en función igualmente de las obligaciones de funcionamiento impuestas por la Constitución, las leyes y las normas particulares”¹⁴⁵.

Señala el doctor SAAVEDRA Ramiro que “con fundamento en la teoría del servicio público, la falta puede definirse *como un incumplimiento a las leyes del servicio, como un atentado contra la igualdad ante los servicios públicos, o como una violación del derecho al funcionamiento correcto del servicio público*”¹⁴⁶.

¹⁴³ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit. p. 232.

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ, Libardo. Opus cit, p. 401.

¹⁴⁵ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit, p. 233.

¹⁴⁶ *Ibíd*em, p. 240

La falta como incumplimiento a las leyes del servicio se presenta cuando hay un funcionamiento incorrecto del servicio, en la medida en que no se presta acorde con las leyes que lo gobiernan y que prescriben la manera como debe funcionar; ello sería porque ha funcionado mal, no funcionó o lo hizo tardíamente. Para determinar cuándo se está frente a este tipo de falta es menester establecer los estándares mínimos con que se ha de prestar el servicio en forma aceptable¹⁴⁷.

Por su parte, la falta como una violación del derecho al funcionamiento correcto del servicio, de acuerdo con MOREAU, consiste en el hecho de que “el servicio público no ha respondido a las expectativas legítimas de los particulares”¹⁴⁸, máxime que éstos tienen derecho subjetivo al funcionamiento normal de tal servicio.

En tanto que la falta como ruptura de la igualdad ante las cargas públicas se refiere al hecho de que a la víctima se le da un tratamiento desfavorable y diferenciado del que se le da a los demás particulares, lo que constituye desigualdad ante la ley y, en definitiva, desigualdad ante las cargas

¹⁴⁷ *Ibíd*em, pp. 240 -241.

¹⁴⁸ MOREAU. Citado por SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *Opus cit*, p. 241.

públicas¹⁴⁹. Ahora, con la carga pública se le exige al particular soportar un sacrificio en nombre del interés general, lo que no contradice el buen funcionamiento del Estado, pero que por ser desmedido y romper la igualdad ante las cargas públicas que deben soportar todos los ciudadanos, se le debe indemnizar. Pero aquí ya no se está ante una responsabilidad por falta sino ante una responsabilidad objetiva porque supone un perjuicio anormal, donde uno sólo tiene que sacrificarse en beneficio de todos¹⁵⁰.

Siguiendo con la teoría de la falla, el mal funcionamiento también se puede ver como una violación de las obligaciones de la administración, lo que se traduce en un problema de inactividad, que en palabras de GÓMEZ PUENTES Marcos, consiste en la “infracción por omisión de un deber legal de obrar, de contenido material o técnico que no sea materialmente imposible”¹⁵¹.

Pero para que sea posible endilgarle inactividad a la administración, SAAVEDRA Ramiro señala que hay que distinguir tres elementos: 1) la

¹⁴⁹ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit, p. 242.

¹⁵⁰ *Ibíd*em, p. 243.

¹⁵¹ GÓMEZ PUENTE, Marcos. Citado por SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *Ibíd*em. p. 248.

obligación legal de actuar: de acuerdo con el “principio funcional”¹⁵², significa que una vez que la administración emprende una actividad, queda ligada por las obligaciones que implica la gestión de la misma, con fundamento en la expectativa legítima que ha despertado en los administrados, pues se tiene confianza en que cumplirá las obligaciones que asume. 2) *La omisión de la actividad jurídica o material debida*: la omisión, absoluta o relativa, se da por la falta de cumplimiento de un deber legal de obrar, bien se trate de dictar un acto jurídico, o de desarrollar una determinada actividad de medios o de resultado. 3) *La actividad debida debe ser materialmente posible*: o efectivamente realizable, porque nadie está obligado a lo imposible. En este caso será el juez el que califique las distintas situaciones para decidir las consecuencias. Para ello habrá que precisar las obligaciones que pesan sobre la administración para sopesarlas con el accionar administrativo en el caso concreto.

2.4.2.2. La apreciación de la falta o mal funcionamiento del servicio

En la apreciación de la falta por mal funcionamiento del servicio, se destacan los siguientes elementos:

¹⁵² RICHER. Citado por SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *Ibidem*. p. 249.

1) el carácter anónimo de la falta, bien sea porque en verdad no se conoce al autor o porque este aspecto poco importa, pues al fin y al cabo la falta se le imputa es a la administración, lo que envuelve todo el personal que integra el servicio, convirtiéndose en un comportamiento colectivo¹⁵³. Y para efectos de reparar el daño, sólo se tiene en cuenta que sea antijurídico y que sea imputable al actuar de la administración. No obstante, para ésta es clave identificar al funcionario que originó la falta para determinar si actuó en forma dolosa o gravemente culposa para repetir contra él, como lo dispone el artículo 90 constitucional, y en definitiva para asegurar los estándares mínimos con que se debe prestar el servicio.

2) La apreciación de la falta de servicio en concreto: aquí se deben analizar las circunstancias de tiempo y lugar en que se produce el daño, pues no es lo mismo actuar en emergencia, normalidad o anormalidad. Igualmente se deben considerar los medios de que disponía el ente público para asegurar la prestación del servicio y evitar el daño, pues en la medida en que estos se precisen, se determina hasta dónde llegaba la obligación de la administración y por ende su responsabilidad¹⁵⁴.

¹⁵³ Ver COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente. 6367 del 7 de octubre de 1991. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁵⁴ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit, pp. 323-325.

Claro que si la administración alega la insuficiencia de medios para evitar la producción del daño, este argumento puede volverse en su contra, pues con mucha frecuencia se alega como excusa la carencia de recursos o medios para eludir la responsabilidad administrativa¹⁵⁵.

3) La previsibilidad del daño, es decir, que la administración, además de haber sido teóricamente capaz de evitar la ocurrencia del daño, haya tenido la posibilidad real de evitarlo en las circunstancias concretas del caso. Este aspecto es clave tenerlo en cuenta, porque ello amplía o disminuye su nivel de responsabilidad en cuanto a los efectos del daño¹⁵⁶.

Lo anterior lo corroboran dos hechos extremos que fueron objeto de decisión judicial. Uno fue la imprevisibilidad del estallido de un carro cargado con dinamita, fruto de un atentado terrorista; allí se declaró que la administración no tenía responsabilidad porque para la fecha de los hechos no había indicios de que esto ocurriera¹⁵⁷. El otro caso lo constituyó el asesinato de

¹⁵⁵ Ver las Sentencias: COLOMBIA CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, 22 de marzo de 1988. Expediente No. 3360 C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Y CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-981 del 13 de septiembre de 2001. M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁵⁶ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit, p. 326.

Jaime Pardo Leal, político de la Unión Patriótica. Aquí sí se declaró la responsabilidad de la administración porque era previsible que fueran a atentar contra la vida de este personaje, máxime que algunos miembros de su partido antes ya habían sido asesinados¹⁵⁸.

Los hechos descritos anteriormente ponen de presente que la apreciación de la falta de la administración tiene un carácter relativo. Es decir, no se puede garantizar en forma absoluta la prestación del servicio, pues ello correspondería a un Estado ideal, y aquí estamos es ante un Estado como limitación de recursos. Pero ello no quiere decir que se fomente un Estado en permanente “excepción de irresponsabilidad”, como señala PAILLET, sino tener presente que, dentro del contexto del Estado social de derecho, los derechos de los administrados están por encima¹⁵⁹, para lo cual debe asegurarse un nivel de gestión estatal mínimo que asegure la prestación del servicio.

¹⁵⁷ COLOMBIA CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, 3 noviembre de 1994, Expediente No. 7310. C.P. Juan de Dios Montes.

¹⁵⁸ COLOMBIA CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 30 de octubre de 1997, Expediente 10.958. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁵⁹ COLOMBIA CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Septiembre 5 de 1994. Expediente No. 950. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

2.4.2.3. Las presunciones de falta

Dentro del sistema de responsabilidad por falta o falla, existe una modalidad de ésta que es la falta o falla presunta. Como lo sugiere la expresión, se trata de eventos en los cuales se presume que hay falla en la actuación de la administración, como serían los casos de responsabilidad médica y el porte de armas de dotación oficial¹⁶⁰.

Sin embargo, para ubicar esta tesis en el sistema de responsabilidad del Estado no siempre hubo criterios uniformes. Inicialmente hubo confusión en el concepto, pues se tomó como sinónimo la falla presunta con la responsabilidad presunta. En otros momentos se consideró la falta presunta como un sistema intermedio entre la responsabilidad por falta y la responsabilidad sin falta, por cuanto se aproximaba a la responsabilidad objetiva y, por lo mismo se alejaba de la responsabilidad subjetiva. Pero hoy en día generalmente se acepta que lo que en realidad sugiere esta modalidad de responsabilidad es invertir la carga de la prueba¹⁶¹. Le basta al

¹⁶⁰ COLOMBIA CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Agosto 24 de 1992. Expediente No. 6754. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁶¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Agosto 30 de 1992. Expediente No. 7274. C.P. Daniel Suárez Hernández.

demandante probar el daño y la relación causal con la actuación de la administración, en tanto que a la demandada (la administración) se le permite probar su diligencia y cuidado, es decir, que no incurrió en falta¹⁶². Así, pues, la falta presunta pertenece sólo al sistema de responsabilidad por falta o culpa¹⁶³.

Tal precisión fue hecha por el Consejo de Estado, al afirmar que “cuando se habla de falla presunta se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falta o falla del servicio como en el evento de la falla en el servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque ésta se presume”¹⁶⁴.

No obstante precisar que la presunción de falta o falla presunta se ubica dentro del sistema subjetivo de responsabilidad, hay que evitar el equívoco en que con mucha frecuencia se incurre, y es el de confundir la presunción

¹⁶² SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit, p. 288.

¹⁶³ *Ibíd*em, p. 290.

¹⁶⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Agosto 24 de 1992. Expediente No. 6754. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

de falta con la presunción de responsabilidad, pues ésta corresponde a la responsabilidad objetiva en tanto que aquella corresponde a la subjetiva¹⁶⁵.

2.4.2.4. La responsabilidad sin culpa

Contrario a la falla presunta, donde el demandado tiene que demostrar su actuar diligente y cuidadoso y las diversas situaciones que configuran una causa extraña a efectos de exonerar su obligación de indemnizar, en la responsabilidad objetiva o presunción de responsabilidad, al demandado no le basta probar su diligencia y cuidado sino que debe demostrar que la causa del daño le es extraña. Esto porque, como sostiene el Consejo de Estado¹⁶⁶, respecto de los daños causados en desarrollo de ciertas actividades consideradas peligrosas, como ocurre con las armas de fuego, la energía eléctrica o la conducción de vehículos automotores, quien explota tales actividades tiene en su contra una presunción de responsabilidad fundada en el riesgo que crea, y por eso se le aplica el régimen de responsabilidad objetiva; responsabilidad de la que sólo se exonera si acredita la existencia de una causa extraña.

¹⁶⁵ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit, p. 289.

¹⁶⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Abril 18 de 2002. Radicación número: 23001-23-31-000-1996-6354-01(14076). C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Dentro del régimen de responsabilidad objetiva o sin falta se encuentran: responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o teoría del daño especial, responsabilidad por riesgo creado, responsabilidad por trabajos públicos y responsabilidad sin falta por ministerio de la ley¹⁶⁷.

En la responsabilidad objetiva no se discute si hubo falta o no, sino quién fue el causante del daño y si éste se debió a una causa extraña, originada en la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima. Aún más, “la responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad”¹⁶⁸, como sostiene ALESSANDRI Arturo.

Respecto de la culpa de la víctima, como causa exoneratoria de la responsabilidad de la administración, PARADA Ramón, comentando la jurisprudencia francesa sobre el tema, distingue “dos supuestos: a) cuando la

¹⁶⁷ SAAVEDRA, Ramiro. Opus cit, pp. 369 – 380.

¹⁶⁸ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile, Imprenta Universal, 1981, pág. 92.

falta de la víctima no incide en la producción del daño, responde únicamente la administración; b) si la falta de la víctima es causa exclusiva de la culpabilidad, la administración queda exonerada de responsabilidad”¹⁶⁹.

2.4.3. El nexa causal

El nexa causal o relación de causalidad es entendido como “el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado o vínculo material”¹⁷⁰. Pero además, para que se dé “esa relación de causalidad, el hecho o actuación debe ser actual o próximo, debe ser determinante del daño y debe ser apto o idóneo para causar dicho daño”¹⁷¹. Por tanto, para efectos de declarar la responsabilidad administrativa, debe existir una relación de causalidad entre la actuación imputable a la administración y el daño causado, lo que quiere decir que el daño debe ser el resultado de aquella actuación.

¹⁶⁹ PARADA, Ramón. Opus cit, p. 576.

¹⁷⁰ GOLDEMBERG, Isidoro H. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 1.

¹⁷¹ RODRÍGUEZ, Libardo. Opus Cit, p. 392.

Se precisa que el estudio de la relación de causalidad surgió en el derecho penal, y de allí pasó al derecho civil y administrativo. Con todo, el tema de la relación de causalidad busca dilucidar el complejo problema de las relaciones causa-efecto. Para ayudar a este cometido se han propuesto teorías como:

2.4.3.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones

Esta teoría, propuesta por GLASER¹⁷², señala que por regla general en la producción de uno o varios efectos participan varios antecedentes, y sólo excepcionalmente puede afirmarse que una consecuencia es el resultado de una única causa. VON BURI¹⁷³, complementando esta teoría, afirma que en realidad todas las condiciones tienen el mismo valor, es decir, son equivalentes en la producción del daño, de modo que si alguna de ellas hubiera faltado, el daño no se hubiera producido. Así que cualquier condición que intervenga en el resultado genera responsabilidad.

¹⁷² GLASER, citado por SAAVEDRA, Ramiro. Opus cit. p. 537.

¹⁷³ *Ibíd*em, p. 537.

No es difícil advertir las consecuencias funestas que se seguirían de aceptar esta teoría cuando se emplea sin ninguna restricción, pues amplía exageradamente hasta el infinito el espectro de la responsabilidad. Por eso, muchos doctrinantes la critican, y para mitigar su amplitud se propuso la fórmula de la *conditio sine qua non*, que busca encontrar aquella circunstancia o condición, que sin ella, el resultado no se hubiera producido.

Pero igualmente a esta fórmula de la *conditio sine qua non* se le hacen dos reparos u objeciones¹⁷⁴: 1) falla en los supuestos de causalidad alternativa y causalidad hipotética: hay causalidad alternativa cuando dos o más condiciones son capaces por sí solas de producir el resultado de la misma forma, de modo que suprimiendo alguna de las dos, de todas maneras el resultado se produce con las mismas características que si lo hubiera producido la otra causa. Luego esto lleva al absurdo de que ninguna de las dos causas produjo el resultado. Y lo mismo sucede en la causalidad hipotética que indica que junto a la condición primera que produce el resultado, subsiste una segunda en forma latente que lo produciría en caso de que no lo haya logrado la primera. Luego en este caso, la supresión mental de la causa primera no implica la desaparición del resultado, que de

¹⁷⁴ *Ibíd*em, p. 540-541.

todas formas se hubiera producido por la condición latente o de reserva. Así que aplicando la *conditio sine qua non*, sería absurdo concluir que ninguna de las dos condiciones produjo el resultado.

2) La segunda crítica que se le hace a la teoría de la *conditio sine qua non* es que en realidad no aporta nada útil a la averiguación de la verdadera causa del resultado, pues en vez de averiguarla, la presupone.

Finalmente, en aras de restringir la extensión de la equivalencia de las condiciones se optó por adoptar el criterio de las *teorías individualizadoras*,¹⁷⁵ que propenden por seleccionar en cada caso concreto el factor determinante que produjo el resultado, con lo que busca diferenciar entre verdaderas causas y meras circunstancias acompañantes de éstas.

En definitiva, en Colombia, la teoría de la equivalencia de las condiciones ha sido desechada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 542.

2.4.3.2. Teoría de la causalidad adecuada

Esta teoría, propuesta por VON KRIES¹⁷⁶ y desarrollada por VON BAR¹⁷⁷, parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, con lo cual para corregir la vasta extensión o amplitud de ésta propone que es necesario distinguir entre causas y condiciones, señalando que son causas aquellas que efectivamente producen el resultado, en tanto que las condiciones son apenas meras circunstancias que acompañan a las verdaderas causas.

Respecto de la teoría de la causalidad adecuada, TAMAYO JARAMILLO Javier¹⁷⁸ señala que para determinar la causa jurídica del perjuicio, no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia, sino solamente se considera aquel o aquellos que normalmente debieron haberlo producido.

Por eso hay que distinguir entre la teoría de la equivalencia de las condiciones y la de la equivalencia de las causas. Por la de la equivalencia

¹⁷⁶ VON KRIES, citado por SAAVEDRA, Ramiro. *Ibidem*, p. 542.

¹⁷⁷ VON BAR, citado por SAAVEDRA, Ramiro, *Ibidem*, p. 542.

¹⁷⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. Tomo 1. Bogotá, Editorial Temis, 1999, p 259.

de las condiciones se hace responsable a quien hubiera contribuido con una condición, pues todas las condiciones son iguales, tienen el mismo valor, y ello implicaría en el plano civil la solidaridad en la responsabilidad, en virtud del art. 2344 del Código Civil. En tanto en que la equivalencia de las causas, solo se hace responsable a aquel que efectivamente ha producido el resultado con alguna de las causas¹⁷⁹.

La teoría de la causalidad adecuada es la que está hoy vigente, y desde ella se busca establecer el nexo causal entre la culpa y el daño para solucionar los problemas de responsabilidad. Así, entonces, si hay concausalidad se origina la responsabilidad civil solidaria de quienes originaron el resultado; y si quien concurre en la concausalidad es la víctima, ese hecho disminuye, proporcionalmente, el monto de la indemnización¹⁸⁰.

Lo clave de la teoría de la causalidad adecuada es que deja intacta la causalidad natural, en la medida en que solo pretende limitar los efectos de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y entonces se erige

¹⁷⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Ibídem.* p. 260.

¹⁸⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Abril 18 de 2002. Radicación número: 23001-23-31-000-1996-6354-01(14076). C.P. Ricardo Hoyos Duque.

solamente como una teoría de la imputación, o mejor como uno de los criterios de imputación¹⁸¹.

En Colombia, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado la teoría de la causalidad adecuada¹⁸², al señalar que no puede aceptarse como única causa del daño la que corresponde al último suceso ocurrido en el tiempo, pues eso sería confundir la causalidad jurídica con la causalidad física, dado que hay hechos que sin ser los últimos en el tiempo, contribuyeron eficazmente en la producción del daño. Además, para determinar cuál es la causa adecuada, hay que analizar la regularidad con que se producen los fenómenos, pues sólo son causas jurídicas las que contribuyen a la producción del daño, las demás hay que desecharlas.

En el ámbito de la responsabilidad médica, si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que debe manejarse fundamentalmente a través de la falla presunta, tal posición se ha venido morigerando al aplicar el principio de las cargas probatorias dinámicas, en la medida en que

¹⁸¹ SAAVEDRA, Ramiro. Opus cit, p. 545.

¹⁸² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 6 de julio de 2005. Expediente No. 13949. C.P. Alier Eduardo Hernández.

cualquiera de las partes pueden demostrar los hechos relevantes de la actuación administrativa, probando lo alegado¹⁸³.

Pero es en mayo de 1999¹⁸⁴, donde, para explicar la relación de causalidad dentro del tema de la responsabilidad médica, aplica la teoría de la causalidad adecuada. En efecto señaló que para acreditar el elemento causal, se hace indispensable la demostración de que el médico tratante o el centro hospitalario a quien se le imputan las consecuencias dañinas, son la causa adecuada del desenlace producido en el paciente, dado que el mero contacto del médico con el paciente no es elemento probatorio suficiente para acreditar la causalidad exigida por el régimen de responsabilidad.

Sin embargo, aunque generalmente se ha aceptado la teoría de la causalidad adecuada, no se pueden soslayar los peligros que conlleva en materia de probar el nexo de causalidad. Pues, “si se parte de la descalificación de la teoría de la equivalencia de las condiciones para efectos de demostrar este elemento de responsabilidad, y de la adopción definitiva de la teoría de la causalidad adecuada, se concluye que considerar suficiente

¹⁸³ SAAVEDRA, Ramiro. Opus cit, p. 556.

¹⁸⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 11 de mayo de 1999. Expediente No. 11949. C.P. Daniel Suárez Hernández.

la demostración por parte del actor, de la simple intervención del médico en el acto que produjo el perjuicio reclamado, implica, en realidad, relevarlo de la carga de probar el nexo de causalidad existente entre el hecho o la omisión del demandado y el daño correspondiente”¹⁸⁵.

Finalmente cabe señalar que si bien la teoría de la causalidad adecuada es la que aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado, no ha hecho un estudio sistemático en orden a estructurar bien la teoría, sino que se ha limitado casuísticamente a emitir pronunciamientos según el caso a resolver. Esto hecho ha permitido que se vuelva a plantear la posibilidad del estudio de la teoría de la equivalencia de las condiciones que se creía superada.

2.4.3.3. La causalidad en las omisiones

Aquí se trata de establecer si existe o no relación causal cuando se está no ante una conducta activa, una acción, sino una omisión. El problema es que no es fácil establecer la relación de causalidad en las omisiones, pues mientras las acciones existen en el plano natural (óptico), las omisiones

¹⁸⁵ HERNÁNDEZ, Alier. Apuntes sobre la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano respecto de la prueba de la causalidad en casos de responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial. Conferencia 2001, pp. 7-10. Citado por SAAVEDRA, Ramiro. Opus cit. p. 563.

están en el plano valorativo. Sin embargo, desde el punto de vista óntico, quien omite, hace algo, y en ese sentido se establece la relación de causalidad entre la omisión y el resultado, aunque ésta esté en el plano valorativo. Además, las omisiones deben ser entendidas como el comportamiento distinto de aquel que era jurídicamente exigible¹⁸⁶.

En el caso de imputarle responsabilidad a la administración pública por su omisión, ésta siempre es una responsabilidad por inactividad, en cuanto deviene en una infracción al deber legal de actuar a favor de los administrados. Por eso debe reparar los daños causados porque tenía el deber de evitarlos, actuando. Esto significa entender que sólo hay responsabilidad administrativa por omisiones ilegales o constitutivas de funcionamiento anormal¹⁸⁷.

2.4.3.4. Ruptura del nexo causal

El nexo causal es el que permite unir la actuación con el resultado. Pero este vínculo puede romperse si interviene una “causa extraña”, lo cual impide

¹⁸⁶ SAAVEDRA, Ramiro. Opus cit, p. 547.

¹⁸⁷ GOMEZ PUENTES, Marcos. Comentado por SAAVEDRA, Ramiro. *Ibidem*, p. 549.

imputar o atribuir el resultado a la actuación. Claro que en este caso, la ocurrencia de esa causa extraña le corresponde demostrarla a la administración. Entre las causas extrañas o exteriores que rompen el nexo causal están:

- 1) La fuerza mayor (vis mayor o Acts of God): en el derecho administrativo se ha definido como “un hecho exterior a las partes, el cual es la vez imprevisible e irresistible”¹⁸⁸. Exterior, en cuanto irrumpe desde fuera en la producción del daño. Imprevisible, en cuanto no se pudo prever con los medios y conocimientos científicos que se tenían al momento de la producción del daño. Irresistible, en la medida en que si el hecho externo no se pudo prever, tampoco se pudo evitar su producción a pesar de las precauciones diligentes que se hayan tomado. Ejemplos de fuerza mayor están el terremoto del eje cafetero, la catástrofe de Armero y tantos otros. Particularmente en cuanto a la catástrofe de Armero, causada por la erupción del volcán del nevado del Ruiz, el Consejo de Estado exoneró de responsabilidad al Estado, señalando que allí el perjuicio no se debió a un hecho de la administración, sino que el hecho ocurrió superando todas las

¹⁸⁸ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit. p. 570.

precauciones que se tomaron, lo cual fue imposible de evitar o resistir¹⁸⁹.

- 2) El caso fortuito: a diferencia de los civilistas, que no distinguen entre fuerza mayor y caso fortuito, para los administrativistas sí hay distinción entre los dos, con una importante consecuencia: el caso fortuito exonera de responsabilidad sólo en los regímenes de responsabilidad basada en la culpa, mientras que si el régimen es el de responsabilidad presunta, el caso fortuito no exonera, en cuanto se entiende que la causa del caso fortuito está al interior de la propia administración¹⁹⁰. Así, entonces, el caso fortuito comparte con la fuerza mayor características comunes en cuanto a la imprevisibilidad y la irresistibilidad, pero se diferencia en que mientras la causa de la fuerza mayor está en el exterior, la del caso fortuito está al interior de la actividad o servicio de la administración.

¹⁸⁹ COLOMBIA CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 24 de junio de 1994. Expediente No. 6639. C.P. Julio César Uribe Acosta.

¹⁹⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 25 de febrero de 1994. Expediente No. 7970. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

3) El hecho de un tercero: se presenta cuando a varias personas, públicas o privadas, les es imputable el perjuicio, en cuanto de manera conjunta han contribuido a su realización. Esta circunstancia en el régimen de responsabilidad subjetiva o de culpa, puede exonerar en todo o en parte, pero en el régimen de responsabilidad objetiva, no exonera.

En Colombia, el hecho de un tercero exonera de responsabilidad a la Administración por ruptura del nexo causal, siempre que se demuestre que el tercero es completamente ajeno (no depende de) a la misma Administración, con lo que su actuación no vincula de ninguna manera al servicio. Tal planteamiento jurisprudencial se confirmó cuando la nación fue demandada con ocasión de los acontecimientos del Palacio de Justicia en 1985¹⁹¹. Claro que aseverar que el hecho del tercero exonera de responsabilidad porque se rompe el nexo causal, allí no se da propiamente una ruptura del nexo sino la inexistencia del mismo, porque como señala el doctor SAAVEDRA Ramiro, aquí en realidad “la extraña es la administración”¹⁹².

¹⁹¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 19 de agosto de 1994. Expediente No. 9276. C.P. Daniel Suárez Hernández.

4) La culpa de la víctima: se refiere al hecho de que si se demuestra que el resultado dañoso es culpa exclusivamente de la víctima, la administración se exonera de responsabilidad. O si hay concurrencia de culpas, entre la actuación de la administración y la culpa de la víctima, ésta debe soportar en parte la carga de la reparación del daño. Es decir, la culpa de la víctima se toma como atenuante de la responsabilidad de la administración¹⁹³. No obstante, se observa una tendencia a proteger más los derechos de los administrados que los de la administración, excepto que la responsabilidad de la víctima sea evidente y definitiva¹⁹⁴.

¹⁹² SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit. P. 591.

¹⁹³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 9 de noviembre de 1995. Expediente No. 10823. C.P. Jesús María Carrillo; COLOMBIA CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Noviembre 30 de 2000. Expediente No. 12642. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁹⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 11 de octubre de 1982. Expediente No. 3216. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Ver También COLOMBIA CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 25 de enero de 2001. Expediente No. 12101. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

3. MANIFESTACIONES DEL INCUMPLIMIENTO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN

A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el presente capítulo presentamos algunos casos significativos en los que se ha tutelado el derecho a la educación, justamente porque ha sido vulnerado, ya sea por acción o por omisión, o por falla del servicio.

Tales hechos ponen de presente lo sostenido por el Consejo de Estado, que al establecerse en el artículo 90 de la Constitución la cláusula general de responsabilidad del Estado, donde obliga a reparar el daño antijurídico, no se estableció de manera exclusiva la responsabilidad objetiva, sino que ésta junto a la responsabilidad subjetiva o por falla del servicio, coexisten como títulos de imputación, que en cada caso particular hay que establecer para efectos de reparar el daño antijurídico causado a los administrados.

Los casos que se citan a continuación a manera de ejemplo, ponen de presente que ha habido irregularidades por parte de la administración en la prestación del servicio público educativo. Tales irregularidades en el servicio

denotan desconocimiento de los principios fundamentales que les son propios a los servicios públicos, como la universalidad o cobertura, la continuidad o permanencia, la eficiencia y la calidad.

Y como las irregularidades en la prestación del servicio les han afectado principalmente a los menores, y excepcionalmente a los adultos, su derecho fundamental a la educación, han tenido que acudir a la acción de tutela para pedir se les proteja el derecho.

3.1. VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN POR APLICACIÓN DE UNA POLÍTICA PÚBLICA

El hecho que dio origen a este tipo de violación del derecho a la educación se debió a una decisión de una Secretaría de Educación, que ordenó fusionar en uno solo los dos colegios que funcionaban en el municipio, el cual funcionaría únicamente entre semana en jornada diurna, para los menores, y en jornada sabatina para los adultos. Con esta decisión resultó perjudicada una menor que no fue admitida en el nuevo colegio en la jornada sabatina por ser menor de 17 años, no obstante que el año anterior había cursado el grado décimo en la jornada nocturna, en uno de los colegios

fusionados. La estudiante mediante tutela solicitó el amparo de sus derechos fundamentales de igualdad y de educación, por no ser admitida en el nuevo colegio, pues ello le impedía continuar con sus estudios, dado que además de ser de escasos recursos económicos, también vivía en unión libre de cuya unión tenía una bebé recién nacida, y debía atender sus obligaciones de familia.

La Corte Constitucional amparó el derecho a la educación, con fundamento en el artículo 44 superior y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, señalando que “en materia del derecho a la educación de los menores, se debe entender por núcleo esencial, el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho. El núcleo esencial no está sometido a la dinámica de coyunturas políticas, por lo que no es posible negar injustificadamente el acceso y la permanencia en el sistema educativo a una persona”¹⁹⁵.

Es importante señalar que la Corte no cuestiona la validez de la decisión de fusionar los establecimientos educativos, dado que ello corresponde a la

¹⁹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 1017, del 9 de agosto de 2000. M.P. Alejandro Martínez.

esfera competencial de las autoridades territoriales. El reproche que se le hace es que no se dispusieron los mecanismos necesarios para garantizar el derecho de los estudiantes de la jornada nocturna y facilitarles el tránsito institucional que exigía la fusión de los dos colegios, tal como lo prevé el artículo 209 de la Constitución. Por ello, la Corte aplicó la excepción de inconstitucionalidad del decreto que ordenó la fusión de los colegios en mención.

Otro caso en el que se estableció que hubo vulneración del derecho a la educación por una política pública, fue en el que se vio involucrada una menor que era obligada a recibir educación en el sector donde residía. Ante esta situación la madre de la menor pidió el amparo constitucional, pues tal política pública vulneraba el derecho de escoger el tipo de educación que quería para su hija.

Al respecto, la Corte Constitucional, aunque no cuestiona la sectorización de los usuarios del servicio de educación, reitera que la educación es un derecho fundamental y un servicio público, y aunque su prestación puede estar condicionada por las limitaciones materiales y técnicas, sin embargo estas limitaciones deben apreciarse en función de la valoración de las

deficiencias en la prestación del servicio y como una interferencia indeseable que el Estado debe estar presto a superar y, por tanto, la obligación estatal de prestar el servicio de educación es impostergable. Por esa razón, se le ordenó a la Secretaría de Educación asegurar el cupo escolar de la niña ya fuera en el colegio donde reside o en otro sector¹⁹⁶.

3.2. IRREGULARIDAD EN EL SERVICIO POR DESVIAR RECURSOS FISCALES DESTINADOS A LA EDUCACIÓN O POR NO EJECUTARLOS

El caso se dio por una discusión entre dos entidades territoriales (el departamento del Magdalena y el Distrito de Santa Marta), donde cada una alegaba que el mantenimiento de un colegio le correspondía a la otra. El hecho es que por motivo de tal discusión mantenían en total abandono el colegio (deterioro de la planta física, falta de secretaría, aseadoras). Esta situación obligaba a los profesores y a los estudiantes a dedicar parte de las horas de la actividad escolar a hacerle aseo al colegio, porque era tal el desaseo que era imposible impartir educación. El colegio tenía mil estudiantes y una sola aseadora, que laboraba medio tiempo.

¹⁹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T- 236, del 17 de mayo de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

La Corte ampara el derecho a la educación impetrado por un padre de familia, y cita la sentencia C-151 de 1995 donde señala que de acuerdo con el artículo 356 de la Constitución Política "se establece una destinación específica del situado fiscal, para financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles que la ley señale, con especial atención a los niños; lo que resulta un desarrollo de derechos constitucionales de la persona, cuyo amparo estatal en servicios privilegia el propio constituyente (art. 1o., 27, 44, 49, 67, 68, 69, 70 de la C.P.)". Por tanto, no se puede alegar la falta de recursos para proveer esos cargos porque la ley sólo autoriza hacer gastos de inversión.

Además en la mencionada sentencia, la Corte sostiene que no se puede tomar como excusa una interpretación literal y exegética del artículo 357 de la Carta que habla solo de gastos de inversión y no de gastos de funcionamiento. Pues de ser así se tendría que concluir que un municipio puede invertir en obras de infraestructura educativa pero no pagar los profesores, lo cual es inaceptable por ser contrario a la Constitución, pues al fin y al cabo el objetivo de la inversión y del gasto social no es aumentar la producción de determinados bienes físicos (como si fueran fines en sí

mismos), sino en aumentar el bienestar general y satisfacer las necesidades de las personas, en especial de los sectores sociales discriminados.

Es más, señala la Corte, en determinadas circunstancias resulta mejor invertir en el bienestar de la población, gastando los recursos en el funcionamiento de escuelas y hospitales en vez de efectuar nuevas construcciones en este campo.

Por eso, continúa la Corte, no tiene presentación que la desidia para tramitar la descentralización educativa conlleve una situación de abandono del establecimiento educativo, expresada en una planta física deteriorada, en condiciones de insalubridad, máxime si esto se debe a trámites burocráticos o peleas interinstitucionales. No es correcto que en un colegio no haya suficiente personal para cubrir elementales necesidades como las de secretaría o las de aseo, o que un servidor público destinado para tal efecto no labore el tiempo reglamentario por el cual se le paga, sino que lo haga solo dos horas porque esa es la costumbre... Cuando se presentan estas circunstancias se colige que tanto los funcionarios administrativos como los educadores no están cumpliendo adecuadamente con su trabajo y que los

alumnos no han comprendido la real dimensión de la adquisición del conocimiento¹⁹⁷.

Igualmente no es aceptable que las entidades territoriales no se preocupen por asumir la competencia que les corresponde en materia educativa, habiendo fondos de destinación exclusiva para la educación. Tampoco es aceptable que los funcionarios administrativos tanto del departamento como del municipio y aún las directivas del colegio no salgan de la discusión sobre quién es el responsable, cuando lo lógico es que pongan todo lo que puedan de su parte para que la juventud acceda al conocimiento¹⁹⁸.

Ante situaciones como la planteada, tanto los educadores como los educandos están facultados para acudir al juez constitucional y mediante la acción de tutela exigir la no distracción de los fondos presupuestados destinados para la educación. Tal posibilidad se predica en la medida en que la educación como derecho-deber impone a quienes intervienen en la labor educativa un alto grado de colaboración para que haya eficacia y eficiencia en la utilización de todos los instrumentos para que los estudiantes tengan

¹⁹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-516, del 9 de octubre de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹⁸ *Ibíd.*

acceso real al conocimiento. Por eso, hay obligación de intervenir para que se empleen los rubros destinados para la educación en tal forma que la dignidad de los alumnos y de quienes laboran en un establecimiento educativo no se vean afectadas por la desidia de funcionarios administrativos o por absurdos y engorrosos trámites burocráticos¹⁹⁹.

De lo anterior, se sigue, por un lado, que como la educación ha sido incluida por precepto constitucional dentro del rubro de gasto público social y señalada como objetivo fundamental del Estado social de derecho, sería aberrante que se dijera que es un derecho fundamental, y que al mismo tiempo no se diera un apoyo económico del Estado para que se solucionara el problema educativo. Y por otro lado, como "la educación no solo consiste en dictar una clase sino en señalar pautas para la vida, el conocimiento se adquiere en la lección y en el permanente ejemplo que se da y se recibe; para que sea provechoso, deben existir condiciones que hagan que la enseñanza sea humanamente aceptable y no desagradable. Y si ocurre lo último, habrá que emplear los correctivos necesarios, en este sentido se puede afirmar que la educación debe ser digna"²⁰⁰

¹⁹⁹ *Ibíd.*

²⁰⁰ *Ibíd.*

3.3. IRREGULARIDAD POR NO OFRECER INSTALACIONES EDUCATIVAS EN CONDICIONES DE SEGURIDAD Y SALUBRIDAD ADECUADAS

Este tipo de irregularidades es muy frecuente. De entre los muchos casos que hay, tomemos el siguiente, para mostrar hasta dónde puede llegar la desidia y negligencia de la administración para prestar el servicio de educación en forma eficiente, permanente y de calidad.

Las organizaciones cívicas de la comunidad demandaron vía acción de tutela a la Sociedad Amor por Cartagena para pedir la protección del derecho de los niños matriculados en la escuela pública SAC que se encontraba en grave estado de deterioro. Lo particular está en que no obstante haberle planteado a dicha sociedad el estado de la escuela y solicitarle que adoptara las medidas pertinentes, hizo caso omiso. En efecto, la Coordinadora de Escuelas de la Secretaría de Obras Públicas de Cartagena, en compañía del Delegado de la Alcaldía Menor de la zona, visitaron la escuela a petición de los actores y detectaron que dicha institución representaba amenaza para los estudiantes y profesores por el estado de deterioro debido a las fallas estructurales de su planta física, concluyendo que la solución para el

mejoramiento de la misma, era demoler lo existente para construir una planta física sólida y adecuada. Sin embargo, dicha funcionaria les indicó a la Secretaria de Educación Distrital y a los demandantes que la Escuela SAC de Cartagena tiene un problema legal aún no resuelto y por lo tanto el Distrito no debe invertir en esas Instituciones²⁰¹.

La Corte Constitucional a la vez que tuteló el derecho a la educación de los menores, hizo un fuerte llamado a las autoridades municipales de Cartagena y a la Sociedad Amor por Cartagena, porque por un lado, la Sociedad Amor por Cartagena ocultó indebidamente un documento que contenía un convenio entre la SAC y el municipio de Cartagena donde se establecía con claridad que el municipio era el responsable del mantenimiento locativo de dicha escuela. Y por otro, se hizo incurrir en error a los demandantes que incoaron la tutela contra ésta y no contra el municipio. Pero este es uno de los casos en los que la buena fe protege a quien ha obrado en virtud de una apariencia engañosa, y por eso no sería justo dejar desprotegido a quien ha demandado de acuerdo con la percepción errada de la realidad a la que le

²⁰¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-385, del 1 de septiembre de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Ver también COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 481, del 26 de septiembre de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

indujeron oficialmente las autoridades, traicionando la confianza que debe presidir las relaciones entre los particulares y los servidores públicos²⁰².

La Corte señaló además que con el estado lamentable en que se encuentra la escuela, no se viene cumpliendo con la función social que la Constitución asigna a la educación, pues el servicio se viene prestando en condiciones que ponen en peligro la vida de educandos y educadores, ofenden la dignidad, y ponen en riesgo la salud de esas personas. No se puede educar a un grupo de niños "...en el respeto a los derechos humanos...", cuando en el establecimiento donde se pretende impartirles esa formación, brilla por su ausencia tal respeto. Los padres de los alumnos, éstos, y sus profesores, tienen derecho a que las autoridades no les sometan a un riesgo grave para su vida y para su salud, así como tienen derecho a recibir la educación básica obligatoria en condiciones dignas²⁰³.

Por eso, además de tutelar los derechos fundamentales invocados, se le ordena al Alcalde Mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena adoptar las medidas necesarias para garantizar la vida, la salud y el respeto por la

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*.

dignidad humana de los alumnos y docentes de dicho establecimiento educativo sin que por ello se interrumpa la prestación del servicio público de la educación para esos menores, o se les impongan cargas que no tienen por qué soportar²⁰⁴.

3.4. IRREGULARIDAD POR LA FALTA TRANSITORIA DE DOCENTES

Frente a esta irregularidad en el servicio, la Corte Constitucional ha dicho que cuando una institución educativa carece de la planta de educadores mínima prevista para cubrir la enseñanza de los diferentes cursos programados, el servicio educativo se encuentra privado de uno de sus elementos esenciales, por lo cual el derecho a la educación pierde su efectividad. En efecto, al interrumpirse el servicio por la ausencia transitoria de un profesor por falta de nombramiento de las autoridades competentes, se vulnera el derecho fundamental de la educación a los menores de edad. Estas circunstancias habilitan al juez constitucional para ordenar la realización de las gestiones necesarias para la provisión de cargos docentes, con miras a proteger el derecho que ha sido ignorado²⁰⁵.

²⁰⁴ *Ibidem*.

Por eso, la Administración está en la obligación de proveer en forma inmediata y diligente los cargos docentes porque su incumplimiento vulnera uno de los elementos del núcleo esencial del derecho a la educación, el de la disponibilidad, que exige que "todo menor de edad tiene derecho fundamental a la existencia de un sistema educativo público que garantice la planta de docentes mínima para atender las necesidades del servicio y las escuelas suficientes en el ámbito nacional para los niveles de enseñanza básica"²⁰⁶.

Así, pues, cuando el juez constitucional tiene que ordenar mediante tutela el nombramiento de docentes que forman parte de la planta de personal de la institución contrasta con la obligación que tiene el Estado de: 1) velar por la prestación eficiente²⁰⁷ y continua²⁰⁸ del servicio educativo (artículos 335 y 336 de la CP: los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y hay prioridad de la educación en el gasto público); 2) garantizar el

²⁰⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 935, del 19 de noviembre de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 516, del 9 de octubre de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁰⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 571, del 11 de agosto de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz.

adecuado cubrimiento del servicio educativo; 3) proveer diligentemente los cargos docentes en los niveles de educación básica²⁰⁹.

Sin embargo, la Corte ha señalado que no toda falta transitoria de docentes vulnera el derecho a la educación de los menores y, por lo mismo no habría irregularidad en el servicio, en dos casos: uno, cuando los docentes no pertenecen a la planta regular de la institución educativa y, dos, cuando a pesar de no estar satisfechas las necesidades educativas por la falta transitoria de docentes la administración demuestra diligencia en las gestiones para nombrarlos. Este fue el caso de un estudiante que instauró una tutela contra el alcalde para que nombrara docentes porque la falta de ellos vulneraba su derecho a la educación. En esta ocasión se denegó la pretensión por cuanto se demostró que el alcalde estaba actuando diligentemente para nombrar los docentes. La Corte indicó que si bien la educación es a la vez derecho fundamental y servicio público, su prestación está condicionada por las limitaciones que surgen de las propias posibilidades operativas y de cobertura, luego es imposible obligar a quienes prestan el servicio, a hacer lo que por circunstancias de orden social –falta

²⁰⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T 029, del 24 de enero de 2002. M.P. Clara Inés Vargas.

de locales adecuados, de personal docente, de presupuesto-, no es posible realizar²¹⁰.

3.5. IRREGULARIDAD POR NEGAR EL INGRESO DE NIÑOS DESPLAZADOS A UN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO POR HABER SUPERADO LA EDAD DEL GRADO ESCOLAR AL QUE ASPIRAN

Este caso se presentó con un grupo de niños desplazados por la violencia que les fue negada la posibilidad de ingreso a un colegio de Medellín porque ya superaban la edad para el grado escolar al que aspiraban.

Al amparar el derecho a la educación de estos niños, mediante sentencia SU 1150 de 2000, la Corte Constitucional advirtió que el desplazamiento forzado es "un fenómeno social que da lugar a la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales de los colombianos obligados a migrar internamente". Ante estas circunstancias, la Corte fijó algunos lineamientos y criterios que deben regir la atención a la población desplazada para garantizar la vigencia de sus derechos fundamentales. Por eso es

²¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-100, del 8 de marzo de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

importante que la sociedad reconozca y se sensibilice de la tragedia humanitaria que es el desplazamiento forzado; que se impulse la cooperación internacional; no estigmatizar a los desplazados como problema de orden público y del deber de asumirlos como víctimas del conflicto armado. Indicó también la Corte que la Nación debía asumir prioritariamente los costos financieros que demanda la atención de la población desplazada y que el Presidente como Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa debía actuar para superar el estancamiento en que se hallaba la atención a la población desplazada²¹¹.

Acentúa la Corte indicando que el estado de desplazado no se adquiere en virtud de una declaración institucional, sino que se trata de una situación de hecho ajena incluso a la voluntad de la persona pues ella abandona el lugar en el que se encuentra radicada por fuerza de las circunstancias y con el propósito de ponerse a salvo de los potenciales peligros que la acechan. Luego carece por completo de sentido que, a pesar de tener conocimiento de la situación objetiva de desplazamiento, el reconocimiento de esa calidad se

²¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T -215, del 21 de marzo de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

supedite a exigencias que dificultan, si no imposibilitan, el acceso a los programas de atención a la población desplazada²¹².

Y si la educación es derecho fundamental, **"el carácter de fundamental del derecho a la educación se potencia mucho más en el caso de los niños desplazados por el conflicto armado.** De allí que el Estado se encuentre obligado a solucionar el conflicto suscitado facilitando a tales menores su acceso al sistema educativo en aquellos lugares en los que se radiquen para que no interrumpan su formación"²¹³. Y así, si es imperativo para el juez constitucional proteger el derecho fundamental a la educación de los menores en circunstancias normales, lo es mucho más para los menores desplazados que se encuentran en total indefensión. Por tanto, no es razón suficiente para negar el ingreso a un colegio determinado, ni mucho menos al sistema educativo, el hecho que los niños hayan superado la edad límite establecida para acceder a un grado escolar. Por tal razón, la Corte tuteló el derecho a la educación de los menores desplazados en cuyo favor se interpuso la tutela, y ordenó a la Secretaría de Educación de Medellín evaluar la situación en que se encuentra cada uno de ellos y disponer su

²¹² *Ibídem.*

²¹³ *Ibídem.*

ingreso al sistema educativo en los grados escolares correspondientes a su grado de instrucción²¹⁴. (negritas en el texto original).

3.6. IRREGULARIDAD EN EL SERVICIO POR FALTA DE ESCUELAS Y POR AUSENTISMO DOCENTE EN ZONAS RURALES

Aunque se relaciona con la irregularidad por falta de docentes, este caso reviste especial importancia porque revela en mayor medida el grado de marginalidad y de incumplimiento de la obligación que tiene el Estado de brindar a todos los habitantes del territorio nacional el servicio educativo.

Es verdad que en nuestro país, como en muchos otros, persisten enormes limitaciones para la realización efectiva del derecho de disponibilidad a la educación de los niños y niñas en las zonas rurales, debido a la violencia, la pobreza y la dispersión de la población. Esto demanda de parte del Estado altas inversiones para construir escuelas y enviar docentes en cantidad suficiente para cumplir adecuadamente con el cubrimiento del servicio educativo²¹⁵.

²¹⁴ *Ibidem*.

Sin embargo, a pesar de tales limitaciones, especialmente cuando la prestación del servicio educativo se ve interrumpido por el ausentismo docente por cuestiones de orden público, en manera alguna debilitan la obligación institucional de mantener la prestación del servicio educativo en condiciones aceptables en las zonas rurales. Por tanto, **“no es de recibo la diferenciación, que suele presentarse en la práctica, entre la calidad de la educación urbana y la calidad de la educación rural.** Los alumnos de una pequeña escuela campesina tienen derecho a recibir un servicio que les permita transcurrir por todo el proceso educativo sin encontrarse en condiciones de inferioridad frente a educandos provenientes de otros centros de enseñanza. De no cumplirse con esta exigencia, no sólo se estaría vulnerando el derecho fundamental de los niños a la educación básica obligatoria, sino que, además, se estaría afectando su derecho a la igualdad de oportunidades (C.P. art. 13)”²¹⁶. (negritas fuera de texto).

²¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 467, del 26 de octubre de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²¹⁶ *Ibíd.*

3.7. IRREGULARIDAD EN EL SERVICIO DE EDUCACIÓN POR FALTA DE PAGO A LOS DOCENTES

Este tipo de irregularidades hasta hace algunos años era muy frecuente. Los maestros tenían que abandonar sus labores docentes para ir al paro a reclamar sus derechos laborales. Y es preciso decir que estaban en todo su derecho de exigirlos. Pero también al cesar las actividades académicas los directos perjudicados eran los estudiantes. Lo cierto es que al no pagarles el salario a los docentes, se pone en evidencia la poca importancia que reviste para la administración el servicio de educación. El siguiente caso, a manera de ejemplo, pone de manifiesto la gravedad del asunto y el perjuicio que se puede causar a la comunidad estudiantil.

Un estudiante solicita al personero municipal instaurar acción de tutela para la protección de su derecho fundamental a la educación, ya que en su centro docente, al igual que en los demás colegios y escuelas públicas del municipio de los niveles preescolar, básica, secundaria y media, a esa fecha no se habían iniciado las clases correspondientes al año lectivo 1999-2000, pues la alcaldía municipal había suspendido los contratos de los docentes que venían prestando sus servicios en las zonas rural y urbana,

aparentemente porque el municipio no tenía los recursos suficientes para vincularlos, perjudicando a más de 43.000 estudiantes del sector oficial²¹⁷.

Con fundamento en esa petición, el personero municipal instauró acción de tutela, coadyuvada por varios estudiantes, contra el alcalde, el gobernador del departamento, los Ministerios de Educación Nacional y de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, solicitando "que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación del fallo de tutela, en forma coordinada inicien los trámites administrativos, presupuestales y contractuales encaminados a la vinculación efectiva del personal docente correspondiente y necesario, en relación con la prestación oportuna e ininterrumpida del servicio educativo del Municipio"²¹⁸.

El juez de primera instancia concedió el amparo solicitado, al considerar que el derecho invocado se encontraba vulnerado por las autoridades del orden municipal y departamental, toda vez que no habían realizado las asignaciones presupuestales para cubrir el servicio educativo, y les ordenó realizar las gestiones administrativas y presupuestales necesarias para

²¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T -1102, del 23 de agosto de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²¹⁸ *Ibíd.*

atender los gastos que demandara el normal funcionamiento del servicio público de educación.

La Corte Constitucional, en revisión del caso, confirma la decisión del juez de instancia y señala que la continuidad en el servicio público de educación podía ser exigida por el personero municipal ante la jurisdicción constitucional de tutela, en clara protección de los derechos a la educación e igualdad de oportunidades de los alumnos afectados. Recalcó la Corte que el juez constitucional está autorizado para ordenar a las autoridades responsables gestionar los recursos necesarios para garantizar el pago de los docentes y la continuidad del servicio público de educación. Por lo que señaló: "La Sala observa que la decisión de amparo proferida por el juez de tutela, estuvo ajustada a la jurisprudencia de esta Corte dentro de las facultades con las cuales cuenta dicha autoridad dentro de la jurisdicción constitucional de tutela, así como con respecto de las responsabilidades que comparten los municipios y departamentos en la prestación del servicio de educación. Por lo tanto, la protección a la violación del derecho fundamental a la educación (...) de los estudiantes del sector oficial de este municipio, especialmente, de aquellos que coadyuvaron la petición de tutela, era

imperiosa y las órdenes emitidas fueron oportunas y coherentes para efectos de lograr esa salvaguarda superior"²¹⁹.

Por otra parte, la Corte en la sentencia T- 516 de 1996²²⁰ señala que respecto del derecho fundamental a la educación de los menores hay prevalencia, y tal prioridad, "en cuanto tiene que ver con el juez constitucional en la resolución de las tutelas, significa no solo la **viabilidad de esta acción cuando el educador reclama el pago oportuno de sus salarios**, sino la exigencia que puede formular el educador y el educando para la no distracción de los fondos presupuestados. Los recursos destinados para tal fin deben ser empleados. Si, además, la educación es un derecho-deber, tal calificativo se predica tanto a los estudiantes como a los docentes y al personal administrativo que colabora en la labor educativa, para que dentro de lo fáctico haya un grado alto de eficacia y eficiencia en la utilización de todos los instrumentos para el acceso al conocimiento, porque el estudiante vale como ser humano y será mejor ser humano en cuanto esté bien educado". (negritas fuera de texto).

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 516, del 9 de octubre de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3.8. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN POR NO CONTINUAR OTORGANDO EL SUBSIDIO CONCEDIDO A UN ADULTO DISCAPACITADO

Un padre de familia, en nombre de su hijo discapacitado mayor de edad, interpone acción de tutela en contra de la administración municipal porque le suspendió el subsidio económico que le había concedido con el cual recibía el servicio de educación por parte de un plantel educativo especial informal.

La Corte²²¹, al amparar el derecho a la educación, señaló que el Instituto de Terapia al cual asistía la persona con discapacidad debía ser considerado como parte integrante de la red sobre la cual se apoya el servicio público educativo. Además, indicó que este tipo de terapias forma parte de las medidas positivas²²² (acciones afirmativas) que debe adoptar el Estado para asegurar el bienestar de las personas que sufren algún tipo de invalidez, en la medida en se trata ya no de un asunto meramente discrecional sino de una actuación forzosa, pues de no hacerse, tal omisión puede conducir a inaceptables situaciones de discriminación.

²²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-984, del 16 de diciembre de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-401 del 20 de mayo de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Al respecto, citando una sentencia anterior²²³, señala que el grado e intensidad del compromiso que debe asumir el Estado en este propósito se determina al consultar las diferentes disposiciones que en la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad señalan obligaciones precisas en orden a diseñar programas laborales y educativos que garanticen la inclusión social de las personas con discapacidad.

Por eso, las autoridades públicas deben estar atentas para evitar cualquier acto discriminatorio que afecte el derecho a la igualdad de los discapacitados. Señala la Corte que dos tipos de situaciones pueden originar un acto discriminatorio: 1) todo acto, conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular, restringir los derechos, libertades u oportunidades sin justificación objetiva y razonable; y 2) todo acto discriminatorio que omita injustificadamente el trato especial a que tienen derecho los discapacitados, lo que conlleva como efecto su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad²²⁴.

²²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-487 del 25 de junio de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra.

²²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-401 del 20 de mayo de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

3.9. IRREGULARIDAD EN EL SERVICIO POR NEGAR EL ACCESO AL SISTEMA EDUCATIVO A LOS MENORES DISCAPACITADOS EN IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

La Corte Constitucional²²⁵ señala que los menores discapacitados no sólo tienen una importante proclamación de derechos, sino que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º de la Carta, aquellos pueden exigir el cumplimiento y la efectividad de sus derechos y de las garantías consagradas legal y constitucionalmente, pues "aparte del tratamiento de favor que debe dispensarse al niño, en cualquier proceso social, en el presente la consideración de disminuido psíquico del menor supone un trato todavía más especial", por eso cuando no se atiende a esta circunstancia especial, se vulneran sus derechos y, para buscar su protección, es procedente la acción de tutela.

Sin embargo, no todos los derechos y garantías de las personas con limitaciones, que la Constitución consagra, se aplican inmediatamente, pues algunas garantías como las políticas de previsión, rehabilitación e integración

²²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-620, del 23 de agosto de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

social tienen un carácter programático que si bien no se aplican de manera inminente deben ser desarrolladas.

Por eso, para proteger el derecho a la educación de un menor discapacitado, se deben tener en cuenta las siguientes subreglas²²⁶:

1. La acción de tutela es un mecanismo judicial idóneo para la protección del derecho a la educación de los menores discapacitados.
2. La educación especial se concibe como un recurso extremo, esto es, se ordenará a través de la acción de tutela sólo cuando valoraciones médicas, psicológicas y familiares la consideren como la mejor opción para hacer efectivo el derecho a la educación del menor.
3. Si está probada la necesidad de una educación especial, esta no puede ser la excusa para negar el acceso al servicio público educativo.
4. En caso de que existan centros educativos especializados y que el menor requiera ese tipo de instrucción, esta no sólo se preferirá sino que se ordenará.

²²⁶ *Ibidem*.

5. Ante la imposibilidad de brindar una educación especializada, se ordenará la prestación del servicio público convencional, hasta tanto la familia, la sociedad y el Estado puedan brindar una mejor opción educativa al menor discapacitado.

3.10. IRREGULARIDAD POR NO PROTEGER EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS MENORES CON CAPACIDADES EXCEPCIONALES

Varios niños, por sus capacidades y talentos excepcionales, estudiaban en un instituto especial que ofrecía ciertos programas especialmente diseñados para sus capacidades intelectuales. Sin embargo, debido a que sus padres no pudieron cancelar las matrículas y pensiones, tuvieron que retirarse. Y no obstante que acudieron a diferentes entidades estatales, ninguna ha cumplido con el deber de financiar o subsidiar la educación especial que requieren, siendo ello una obligación del Estado (C.P. art 68, inc, 6). Entonces al no encontrar respuesta positiva alguna, acudieron a la acción de tutela para que el Estado les garantice el derecho a la educación especial, pues la desescolarización forzosa a que se vieron sometidos los menores les trajo como consecuencia graves problemas de orden intelectual, psicológico

y afectivo, el deterioro en su salud física y emocional, la desadaptación al medio, la atrofia de sus capacidades y la pérdida de su autoestima²²⁷.

La Corte Constitucional al resolver el caso establece lo siguiente²²⁸:

1. El derecho a la educación especial de los menores con capacidades excepcionales es un derecho fundamental específico.
2. Este derecho puede ser exigido mediante acción de tutela por quienes acrediten capacidades cognoscitivas superiores a las comunes y posean méritos suficientes para acceder y permanecer dentro del sistema de educación especial.
3. Así como el Estado está en el deber de proteger a las personas que por su condición económica, física y mental se encuentran en situación de debilidad manifiesta (art 13 C.P.), igualmente debe hacerlo respecto de la educación de personas con limitaciones físicas o mentales (art. 68, inc. final CP).
4. La misma argumentación que se emplea para otorgar un trato constitucional diferenciado para los niños y niñas por su condición

²²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU – 1149, del 23 de agosto de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²²⁸ *Ibíd.*

física o mental en circunstancias de debilidad manifiesta, debe emplearse para las personas con habilidades superiores.

3.11. IRREGULARIDAD EN EL SERVICIO DE EDUCACIÓN CUANDO LA REVISIÓN DE NOTAS NO TERMINA CON UNA DECISIÓN MOTIVADA POR PARTE DEL PROFESOR

La madre de una menor de edad instauró acción de tutela en contra del rector y de un profesor de un establecimiento educativo oficial por considerar que se le vulneró el derecho a la educación. La razón que aduce es que el profesor puso como tarea de clase la compra de un periódico, leer uno de sus artículos y exponerlo en clase. Y aunque la menor realizó la exposición, lo que le mereció una nota de siete, no llevó el periódico a clase, por lo cual el profesor le puso una nota de uno. Tal hecho la afectó de tal manera que la llevó a perder la materia y a la vez el año académico, pues ya había reprobado otras dos materias. Por tanto, solicita sea revisada la nota a efectos de no perder el año²²⁹.

²²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 314, del 11 de julio de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

La Corte al resolver el caso concede la tutela y establece unas subreglas bien importantes que es preciso tener en cuenta²³⁰:

1. Los actos académicos son objeto de tutela porque no son objeto de control por parte de la justicia contencioso-administrativa.
2. En virtud de la libertad de cátedra, el profesor es autónomo para calificar, por eso ni el Rector ni los funcionarios administrativos pueden alterar el resultado de una evaluación. Pero la autonomía del profesor es limitada, nunca puede ir hasta extremos de irracionalidad, como sería el caso de una calificación contraevidente ya que esto atenta directamente contra el derecho a la verdad, configurándose un libertinaje académico que no puede ser tenido en cuenta bajo ningún aspecto.
3. Cuando el estudiante cree que hay arbitrariedad, puede acudir ante el profesor y pedir la revisión de la nota. Las decisiones del profesor deben sustentarse. El profesor al definir el reclamo debe expresar las razones de su determinación (motivar su decisión). Como la libertad de cátedra no es absoluta, el maestro al calificar debe tener en cuenta que la nota sea justa, y si esto no ocurre,

²³⁰ Ibídem..

porque en la evaluación se tuvo en cuenta un factor extraño al logro de los objetivos del aprendizaje, el alumno puede reclamarle al profesor antes de que los resultados pasen a la secretaría del plantel y el profesor pueda reconsiderar la calificación.

4. No se puede castigar al alumno por no tener los textos de clase.
5. El colegio y la Secretaría de Educación departamental tienen la obligación de enmendar su falta en forma objetiva, en la medida en que realizaron con la petente un acuerdo extraproceso para revisar la nota, lo que llevó a la suspensión de la acción de tutela, pero que al final no surtió efecto porque no se tuvo en cuenta al profesor. De lo contrario, a la alumna y a su madre les queda abierto el camino para acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa para que en ejercicio de la acción de reparación directa tal jurisdicción juzgue si hubo o no responsabilidad del Departamento y sus agentes por estas fallas del servicio.

3.12. VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN POR FALLA EN EL SERVICIO EDUCATIVO

El siguiente es el caso en el que la Corte Constitucional señala que hay evidente falla en el servicio de educación:

Una niña de nueve años de edad, estudiante de una escuela pública, decidió no volver a la escuela a estudiar al verse rechazada por sus compañeros que la llamaban “prostituta” y “enferma de Sida”. Tal idea surgió a raíz del comentario que hiciera uno de sus compañeros en clase de religión, dado que por sostener la menor una presunta relación amorosa con otro menor de edad, y por la respuesta que dio la profesora al tratar de explicarle al menor involucrado que si había hecho el amor con la niña podía estar infectado de Sida. Posteriormente, la profesora afirmó que la niña cuando grande iba a ser una prostituta, y además prohibió a los demás compañeros de la niña juntarse con ella pues podía contagiarlas de la enfermedad. Desde ese día los niños no volvieron a jugar con la niña, y ella al verse rechazada se fue llorando para la casa y decidió no volver a la escuela pues se había generado un ambiente hostil en su contra. La madre de la niña ante tal situación decide interponer en contra de la maestra acción de tutela para que

se le proteja a su hija los derechos a la igualdad, a la honra y a la enseñanza²³¹.

La Corte Constitucional amparó a la menor el derecho a la educación y el pleno desarrollo de la personalidad. Para ello sostuvo que se violan los derechos fundamentales de un niño cuando el profesor de la escuela pública a la que asiste, ante quien se refieren en clase apreciaciones y comentarios denigrantes sobre un estudiante, no se ocupa de esclarecerlos de manera directa y en su lugar insiste en la necesidad de seguir una regla moral - "para eso está instituido el sacramento del matrimonio" -, cuya comprensión por los discentes no parece haber contribuido a despejar los equívocos e incluso ha podido incidir en la descalificación y estigmatización generalizadas de aquél en el medio estudiantil²³².

Las preguntas que los estudiantes formulan en clase y las respuestas que los profesores dan a las mismas, son actividades que pertenecen al proceso educativo. Además la Constitución traza las directrices generales de la

²³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 337, del 26 de julio de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver también COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T- 293, del 9 de junio de 1998 M.P. (E). Carmenza Isaza de Gómez, y COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 440, del 2 de julio de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³² *Ibíd.*

educación y establece deberes y derechos cuyo objeto es orientar el proceso educativo de acuerdo con un determinado marco axiológico. En este sentido, dos valores fundamentales que se deben respetar y promover en el proceso educativo son: la democracia y el libre, pleno y armónico desarrollo de la personalidad²³³.

La democracia, por cuanto en la escuela, los niños, futuros ciudadanos, han de comenzar a experimentarla como una de sus vivencias más próximas y formadoras. La democracia, como diálogo social y búsqueda cooperativa de la verdad, requiere que las personas, desde los bancos escolares, sean conscientes de sus derechos y deberes y tengan oportunidades de ejercerlos activa y responsablemente mediante el trabajo en equipo, el respeto a los otros y el ejercicio constante de la solidaridad y la tolerancia. Los conflictos no están ausentes en las escuelas y en sus aulas. Lo grave es que no puedan ser reconocidos y que se desestime la ocasión para fomentar en el cuerpo estudiantil, de acuerdo con su nivel de madurez y de conocimientos, la práctica democrática que sea del caso inculcar y sustentar. Se debe inducir a los estudiantes a que participen decididamente en la

²³³ *Ibidem*.

comprensión y resolución de los problemas y conflictos que a menudo surgen en el ámbito escolar y que les conciernen²³⁴.

De otro lado, el fin último de la educación es lograr o promover el libre, pleno y armónico desarrollo de la personalidad del educando. El pleno desarrollo de la personalidad es tan vital a todo ser humano, que el derecho a la educación, que lo garantiza y sin el cual se difumina como aspiración, tiene carácter universal. La educación impartida y recibida en su función de promover el pleno desarrollo de la personalidad, exige la transmisión y adquisición de conocimientos, bienes y valores de la cultura, que ayuden al estudiante a comprender el mundo en que vive y a su propio ser, en su doble condición de miembro activo de la comunidad a la que se integra y de individuo único y diferenciado merecedor de un trato respetuoso y digno²³⁵.

Con todo, en el presente caso los fines de la educación no se han cumplido. De un lado, una parte de la comunidad estudiantil está entregada a la práctica más caracterizadamente antidemocrática por la discriminación que hace de una alumna y, de otro, la impotencia del cuerpo docente para

²³⁴ *Ibídem.*

²³⁵ *Ibídem.*

clarificar en términos pedagógicos la situación presentada. Ante tal situación, la menor estudiante ve gravemente comprometido el desarrollo pleno y sano de su personalidad²³⁶.

Se concluye entonces que hubo mala práctica pedagógica porque no sólo se dejó indefensa a la menor, sino que no se aprovechó la oportunidad que se presentaba para "fomentar una práctica democrática" de respeto y consideración hacia uno de los compañeros de clase que, en ese momento y después, fue objeto de una injusta y despiadada discriminación. Además, no se reparó en los efectos negativos que sobre la dignidad y la personalidad de la menor se seguían de la pérdida de autoestima como consecuencia de los calificativos que recibía y del vacío social creado a su alrededor²³⁷.

Las anotadas falencias revelan que el derecho a la educación no se limita al hecho de ingresar al sistema educativo o poder permanecer en él, sino que también incluye, en el Estado social de derecho, el derecho a que la

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ *Ibíd.*

enseñanza se imparta "por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica"²³⁸ (C.P., art. 68).

En el presente caso se configura una falla objetiva en la prestación del servicio educativo público ante la falta de una estrategia educativa adecuada para resolver el conflicto que se presentó. Y por tal razón, la Corte ordenó al Ministerio de Educación Nacional examinar la situación y desplazar por el tiempo que se requiriera un docente experto en las materias que a su juicio debieran reforzarse, especialmente en lo atinente a educación sexual. Además ordenó a la Secretaría de Educación respectiva disponer lo necesario para someter a la menor a una evaluación psicológica a fin de establecer si requería psicoterapia para ayudarla a salir de la perturbación a que fue sometida²³⁹.

²³⁸ *Ibídem.*

²³⁹ *Ibídem.*

3.13. IRREGULARIDAD EN EL SERVICIO POR LA MALA CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO

Respecto de este ítem, en sentido estricto no existe caso concreto en el que se haya demandado expresamente el amparo del derecho por la mala calidad en la prestación del servicio público educativo. No obstante, existe jurisprudencia constitucional donde la Corte, al analizar la vulneración de otros derechos del núcleo esencial del derecho a la educación, se refiere a la necesidad de que se imparta una educación de calidad.

Tal es el caso de la sentencia T- 337 de 1995, analizado en el numeral anterior, donde se tutela el derecho a la educación por una mala práctica pedagógica en el proceso de enseñanza-aprendizaje. Por lo cual, para destacar la calidad de la educación tanto en el proceso del aprendizaje como en su resultado en consonancia con los fines de la educación, la Corte enfatiza que “el derecho a la educación no se limita al hecho de ingresar al sistema educativo o poder permanecer en él. También incluye, en el Estado social de derecho, el derecho a que la enseñanza se imparta "por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica"²⁴⁰. Así, pues, la calidad de la

²⁴⁰ *Ibíd.*

educación va muy de la mano de la adecuada idoneidad ética y pedagógica de los docentes.

Otro caso del que puede reclamarse calidad en la educación es el referente a usar castigos físicos o psicológicos a los menores estudiantes. Tal fue lo que le ocurrió a un menor que la profesora le puso, delante de todos sus compañeros, una venda de esparadrapo en la boca para que no hablara. Al respecto, la Corte señala que “la conducta de castigar a un niño impidiéndole ejercer su libertad de expresión y someterlo a la burla de sus compañeros es contraria a la dignidad humana y constituye un trato degradante”²⁴¹.

Muchos otros casos que denotan una educación de mala calidad son los que se refieren a impartir enseñanza en instituciones con pésima infraestructura, a las que no se les hace el mantenimiento adecuado o que amenazan ruina. En verdad, prestar el servicio educativo en instituciones con inadecuadas condiciones ambientales y de salubridad, no sólo vulnera el derecho por ofrecer una educación de mala calidad sino que también ofende la dignidad humana²⁴².

²⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 442 del 3 de junio de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Así, entonces, la educación, como acto bien intencionado que busca resultados visibles tanto para el individuo como para la sociedad, no consiste solo en dictar una clase sino fundamentalmente en ayudarle al educando a trazarse pautas que orienten su vida. Luego, una educación de calidad se traduce en la tarea de ayudarle al educando a obtener los aprendizajes necesarios para interactuar en sociedad. Y para lograr este cometido deben consultarse los fines constitucionales de la educación, señalados como directrices en el artículo 67 de la Carta Fundamental y desarrollados en el artículo 5 de la Ley 115 de 1994.

De acuerdo con lo anterior, podemos señalar que el contenido del derecho a la calidad de la educación está compuesto por los siguientes aspectos: “el mandato constitucional de una enseñanza impartida por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica, el derecho a una educación prestada en condiciones dignas, y el derecho de los menores a una adecuada educación sexual”²⁴³.

²⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-481 del 26 de septiembre de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁴³ COLOMBIA. DEFENSORIA DEL PUEBLO. Opus cit., p. 208.

De otra parte, la UNESCO, máximo ente rector de la educación en el mundo, en su documento “*Educación de calidad para todos: un asunto de derechos humanos*”, señala que si bien a la calidad en la educación se le atribuyen distintos significados dependiendo del tipo de persona y de sociedad que el país le demanda para formar a sus ciudadanos, como derecho humano fundamental debe incluir las siguientes dimensiones: la equidad, la relevancia y la pertinencia. Y junto a éstas, como atributos de la acción pública de la calidad en educación, deben estar la eficacia y eficiencia²⁴⁴.

El mencionado documento, respecto de la equidad para una educación de calidad, señala que ésta comprende los principios de igualdad y diferenciación, lo cual implica que se imparta una educación ajustada a las necesidades de cada uno, de modo que “todas las personas tengan las mismas oportunidades de hacer efectivos sus derechos y alcanzar los fines de la educación en condiciones de igualdad. Asegurar el pleno ejercicio del derecho a una educación de calidad para todos exige, por tanto, garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades, es decir proporcionar más a quien

²⁴⁴ UNESCO, Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe (OREALC/UNESCO Santiago). *Educación de calidad para todos: un asunto de derechos humanos*. Documento de discusión sobre políticas educativas en el marco de la II Reunión Intergubernamental del Proyecto Regional de Educación para América Latina y el Caribe (EPT/PRELAC), 29 y 30 de marzo de 2007; Buenos Aires, Argentina. En <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150272s.pdf>. Consulta realizada el 6 de enero de 2009.

más lo necesita y dar a cada uno las ayudas y recursos que requiere para que esté en igualdad de condiciones de aprovechar las oportunidades educativas”²⁴⁵.

Y respecto de la dimensión de relevancia dice que esta

se refiere al “qué y para qué” de la educación. La educación será relevante en la medida que promueva aprendizajes significativos desde el punto de vista de las exigencias sociales y de desarrollo personal, lo cual difícilmente ocurrirá si ésta no es también pertinente. Una de las finalidades de la educación, junto con el desarrollo integral de las personas, es fomentar el respeto de los derechos y libertades fundamentales, por lo que la educación será relevante si los estudiantes tienen la oportunidad de conocerlos y vivenciarlos, lo cual significa aprender no sólo conocimientos y habilidades sino sobre todo valores, actitudes y comportamientos. La relevancia también está relacionada con las finalidades que se le asignan a la educación, en

²⁴⁵ *Ibidem*, p, 37.

tanto proyecto político y social, en un momento histórico y contexto dados²⁴⁶.

Por su parte

La pertinencia de la educación nos remite a la necesidad de que ésta sea significativa para personas de distintos estratos sociales y culturas, y con diferentes capacidades e intereses, de forma que puedan apropiarse de los contenidos de la cultura, mundial y local, y construirse como sujetos en la sociedad, desarrollando su autonomía, autogobierno, su libertad y su propia identidad. La pertinencia, en coherencia con un enfoque de derechos, significa que el centro de la educación es el alumnado, por lo que es ineludible considerar su propia idiosincrasia en los procesos de enseñanza y aprendizaje. Para que haya pertinencia, la educación tiene que ser flexible y adaptarse a las necesidades y características de los estudiantes y de los diversos contextos sociales y culturales. La “adaptabilidad” es uno de los parámetros establecidos en el ámbito internacional para asegurar el

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 40-41.

derecho a una educación de calidad para todos, junto con la accesibilidad, la disponibilidad y la aceptabilidad²⁴⁷.

Así, pues, una educación de calidad, como acertadamente señala MAGENDZO Abraham se refiere tanto a la calidad de los insumos como a la calidad de los resultados. La calidad los insumos se refiere “a la calidad del currículo, la calidad y preparación de los docentes, los recursos financieros, materiales y didácticos con las que cuentan las instituciones educacionales, los procesos de gestión y administración educacional”. Por su parte, “la calidad de resultados dice relación por ejemplo con los logros, rendimientos y aprendizajes alcanzados por los estudiantes, con la retención de éstos en el sistema educacional, con los años de escolaridad logrados. La calidad de los resultados está íntimamente relacionada con la calidad de los insumos”²⁴⁸.

Como vemos, para lograr que se imparta un servicio público educativo de calidad que beneficie conjuntamente al individuo y al país, se requiere del

²⁴⁷ *Ibíd*em, p. 43.

²⁴⁸ MAGENDZO, Abraham. El derecho a una educación, a una educación de calidad con equidad para todos: el ejercicio de un derecho humano. En http://mt.educarchile.cl/mt/amagendzo/archives/2006/06/el_derecho_a_una_educacion_a_u.html. Consulta realizada el 15 de enero de 2009.

diálogo y el esfuerzo mancomunado y concertado de quienes intervienen en él, tanto en el nivel de planeación y financiación como en el ejercicio concreto de la actividad educativa, lo mismo que de la familia y la sociedad en general.

Por ahora, los esfuerzos en política pública educativa están dirigidos a lograr la meta de la universalidad del derecho a la educación, y apenas tímidamente se empieza reflexionar acerca de la calidad de la educación con todo lo que ella implica y en cada uno de los aspectos que se han señalado, es decir, tanto en los insumos como en los resultados.

Para finalizar este capítulo, vale decir que los anteriores son, pues, algunos de los casos más protuberantes que han sido objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional donde se ha evidenciado la vulneración del derecho a la educación. Tales hechos, y muchos otros, ameritan reflexionar sobre la responsabilidad de la administración por falla del servicio público educativo, pues con su actuar, ya por acción ya por omisión, ha causado un perjuicio a los particulares que amerita ser reparado. Lo clave es encontrar la manera de hacerlo, pues no en todos aplican los mismos criterios.

Por su parte, el Consejo de Estado²⁴⁹, en varias oportunidades ha declarado la responsabilidad de la administración señalando que ha habido falla en el servicio de educación cuando por descuido o negligencia por parte de los profesores algún educando ha muerto en eventos escolares programados fuera de la institución escolar.

²⁴⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 14.081, del 21 de febrero de 2002. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Ver también COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 15462, del 14 de julio de 2005. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

4. EL DAÑO ANTIJURÍDICO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN

En el presente capítulo, partiendo de los casos citados en el capítulo anterior donde se estableció alguna irregularidad por parte de la administración en la prestación del servicio público de educación, analizaremos el posible daño antijurídico que se les causó a los particulares por la vulneración del derecho a la educación, y si tal daño le es imputable a la administración, a efectos de establecer su responsabilidad. Concluye el capítulo señalando los principios que han de guiar la reparación que se debe ordenar a favor de quienes han sido afectados.

4.1. DETERMINACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

4.1.1. Procedimiento para determinar el daño antijurídico

El artículo 90 de la Constitución, que establece la cláusula general de responsabilidad del Estado, centra la atención en el deber de reparar el daño antijurídico causado a los particulares, independientemente del hecho

desencadenante de éste. Es decir, hay obligación por parte del Estado de reparar el daño antijurídico, entendido como aquel que el particular no está en la obligación de soportar, no importa si la causa del mismo fue objetiva o subjetiva por culpa o falla del servicio.

Este criterio ha sido acogido por el Consejo de Estado al señalar que “...es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, decidir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado”²⁵⁰.

Al proceder de esta manera, se supera el esquema que se venía siguiendo anteriormente para declarar la responsabilidad del Estado, en el cual primero se miraba el hecho, luego se determinaba la culpa de la administración, posteriormente se analizaba la relación de causalidad y finalmente, se establecía el daño. Hoy en día, por el contrario, lo primero que se determina es la existencia del daño, luego se analiza si es o no antijurídico, y posteriormente se precisa qué fue lo que originó tal daño, lo que conlleva

²⁵⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 4 de diciembre de 2002. Expediente No. 12625. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

indagar por la causalidad. De esta manera el daño adquiere “un carácter objetivo en sí mismo, sin relación determinante con la actividad que lo causó”²⁵¹. Entonces al adquirir carácter objetivo, lo que se pretende en el daño no es hacer un juicio de desvalor de la conducta de la administración, sino indagar si existía o no el deber legal de soportarlo, pues de no existir tal deber, el daño es antijurídico y, por ende, hay obligación de repararlo.

En efecto, la obligación de reparar el daño antijurídico nace del mismo sistema de responsabilidad extracontractual establecido en la Constitución (artículo 90), en la medida en que la Carta Fundamental edificó tal responsabilidad sobre el patrimonio del particular. De modo que si el actuar de la administración repercute directamente en dicho patrimonio, surge la obligación de reparar, sin importar la antijuridicidad o la licitud de la conducta del funcionario. Esto significa que en la antijuridicidad del daño “se privilegia la reparación del daño injustamente sufrido, antes que el injustamente causado. Desde esta óptica se ha reconocido ampliamente el deber de reparar del Estado por su obrar lícito”²⁵².

²⁵¹ GIL BOTERO, Enrique. *Opus cit*, p. 42.

²⁵² ALTERINI, Atilio y LOPEZ CABANA, Roberto. *Responsabilidad civil*. Medellín. Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 1995, p. 384.

Ahora, cuando hablamos de la causalidad entre el daño y la actuación de la administración, nos referimos a la causalidad jurídica, o sea a la establecida en la ley y no a la causalidad natural entendida como causa-efecto. Precisar este aspecto es clave pues no siempre coinciden causalidad jurídica y causalidad natural. Esto permite determinar quién es jurídicamente el obligado a reparar el daño en términos de imputación objetiva en la medida en que liga el resultado al sujeto²⁵³.

En igual forma, la causalidad, como uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad, debe probarse, excepto que por expresa disposición legal se presuma. No obstante, en los casos en que se presume, lo que en realidad se presume es la responsabilidad y no la causalidad, pues se prescinde de valorar la conducta causante del daño. Así que “no existe una reciprocidad entre la causalidad y la responsabilidad, no toda relación causal conduce inevitablemente al reconocimiento de la responsabilidad; en otros términos, la causalidad es una condición pero no suficiente de responsabilidad”²⁵⁴.

²⁵³ GIL BOTERO, Enrique. Opus cit. p. 48.

²⁵⁴ *Ibíd.*, p. 48.

4.1.2. El daño como quebrantamiento al interés legítimo

Según la doctrina, hoy en día, el daño ya no se reduce a considerarlo como una mera lesión, herida, dolor, molestia, pérdida o detrimento, sino que va hasta tomarlo como el *quebrantamiento a un interés legítimo*. Esto permite abarcar situaciones que antes, en la definición tradicional de daño, eran desconocidas pero que pedían reparación. Ya no se mira el daño únicamente como el quebrantamiento a un derecho subjetivo; más que eso es el quebrantamiento de un interés legítimo. De modo que “entender el daño en el horizonte de quebrantamiento a un interés legítimo, posibilita una visión omnicomprendiva del fenómeno dañoso más allá de las limitaciones que llevaba a circunscribirlo al ámbito cerrado del derecho subjetivo y que implicaba un desconocimiento de realidades que clamaban por su resarcimiento”²⁵⁵.

Pero ¿qué se ha de entender por interés legítimo? ¿Qué alcance tiene esta expresión? De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española de la lengua, semánticamente el término “interés” significa provecho, utilidad o valor que en sí mismo tiene una persona o cosa. Y el término “legítimo” hace

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 57.

referencia a lo justo, lo lícito, a lo que está conforme con las leyes y la justicia.

Pero no basta con describir semánticamente el concepto “interés legítimo”; hay que concretarlo en el terreno jurídico. El interés legítimo es uno de los típicos conceptos jurídicos de contenido abierto o indeterminado pero determinable, que en cada caso concreto hay que llenar o determinar. En efecto, concretando el contenido del concepto de interés legítimo, podemos señalar que presenta dos aspectos importantes: uno sustantivo y otro procesal.

El aspecto procesal busca establecer cuándo la persona que tiene interés legítimo puede ser parte en un proceso; es decir, cuándo tiene legitimación por activa para que, como parte procesal, ponga en movimiento el aparato jurisdiccional para reclamar la tutela judicial efectiva de un derecho o un interés protegido²⁵⁶.

²⁵⁶ GÓMEZ MONTORO, Ángel. *El interés legítimo para recurrir en amparo. La experiencia del Tribunal Constitucional español*. Cuestiones constitucionales. Núm. 9, julio – diciembre de 2003. <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst09/CUC00906.pdf>. Consulta realizada el 15 de julio de 2008.

Por su parte, el aspecto sustantivo del interés legítimo lo integran dos aspectos: El primer aspecto es el que tiene que ver con la titularidad del derecho subjetivo. Significa en principio, que el titular del derecho vulnerado es el primer facultado para reclamar su protección. Es decir, existiendo un derecho protegido por la Constitución o la ley, la persona a la que le haya sido vulnerado tal derecho, puede poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado para reclamar su protección²⁵⁷.

Esta postura corresponde a la concepción tradicional, donde para reclamar por el perjuicio causado por la vulneración de un derecho subjetivo vulnerado, el legitimado es quien demuestre ser el titular del derecho.

Y el segundo aspecto es el que tiene que ver con el interés que tiene toda persona para exigir que se garantice y se preserve el ejercicio del derecho de una tercera persona, que de no ser protegido la afecta directamente a ella. Quiere decir entonces que aquí el interés legítimo no se reduce a la titularidad del derecho subjetivo, sino que va mucho más allá. En efecto, el interés legítimo cobija “a toda aquella persona cuyo círculo jurídico puede resultar perjudicado por la violación por obra del poder, de un derecho

²⁵⁷ *Ibíd.*

fundamental aunque la violación no se produjese directamente en su contra”²⁵⁸. Es decir, el interés legítimo puede concretarse también en “la preservación de derechos o libertades de otro”²⁵⁹.

En este sentido el interés legítimo ya no se reduce a un asunto meramente particular, sino que tiene trascendencia social, es decir, hay un interés colectivo. Y mucho más si se trata de un tema tan fundamental como la educación. Esta apreciación permite explorar sobre la otra posibilidad de reclamar protección del derecho a la educación, ya no sólo como derecho individual sino también como derecho colectivo.

Como derecho colectivo, la educación exige no ser tomada solo como un instrumento para reducir la pobreza u ofrecer al mercado fuerza de trabajo más capacitada para crear economía de escala. Lo valioso de la educación, como derecho de los individuos y de los pueblos, está en que a través de ella se forja la identidad colectiva, pues las naciones-estados fueron creadas gracias a la educación. De ahí la obligación que tiene el Estado de propender

²⁵⁸ *Ibíd.*

²⁵⁹ *Ibíd.*

porque se garantice como derecho individual y colectivo, tal como lo sostiene TOMASEVSKI:

If education is reduced to an instrument for poverty reduction, economies of scale and efficient delivery of services may appear useful to rapidly and massively produce cheap labour. But this is not education worthy of the name. Education was made compulsory in order to forge a collective identity and it was made free so that it could be made compulsory; nation-states were created through education²⁶⁰.

Tal posibilidad se da por el hecho de ser la educación también un servicio público con función social, en los términos del artículo 365 de la Carta Fundamental. Es decir, la educación como servicio público también está previsto como un derecho e interés colectivo, en lo que concierne al acceso al servicio y a que su prestación sea eficiente y oportuna, tal como lo establece la Ley 472 de 1998 (artículo 4, literal j). Por tanto, puede ser objeto de protección o reparación (reconocimiento y pago de indemnizaciones) por el Estado, a través de las acciones populares o de grupo, según el objeto que se pretenda y las circunstancias concretas del caso.

²⁶⁰ TOMASEVSKI, Katarina. *The State of the Right to Education Worldwide*. Opus cit. p. xxii.

Por tal razón, el interés legítimo se extiende a toda persona (como individuo o como miembro de una comunidad) que demuestre que por la vulneración de los derechos fundamentales o las libertades de otra persona se ha visto también afectada por ello. El interés se concreta en vigilar porque se respeten los derechos de todos, porque en la medida en que se respeten los derechos de los demás, en esa misma medida se protegen también los suyos²⁶¹. Así, por el hecho de ser la persona un ser social, se establece el círculo jurídico de intersubjetividad de derechos; y con fundamento en el interés legítimo, le asiste razón y derecho para reclamar, pues de la garantía del respeto de los derechos de los demás, resulta directamente beneficiado.

Entender, pues, el daño como el quebrantamiento de un interés legítimo con ocasión de la prestación del servicio público de la educación, abre nuevas posibilidades de reclamar por los perjuicios causados ante una serie de situaciones que aparentemente resultan “normales” (porque quizás nos hemos acostumbrado a ellas), pero que en realidad bien considerados generan grande malestar e injusticia en los directamente afectados y en la comunidad en general.

²⁶¹ *Ibidem.*

Ahora, los aspectos procesal y sustancial del concepto interés legítimo tienen su punto de encuentro cuando se activa la jurisdicción; se unen sin confundirse. Le asiste interés legítimo para poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado (legitimación por activa) a aquella persona que ha visto vulnerado un derecho subjetivo para reclamar su protección. Es decir, el interés legítimo se concreta en el derecho sustantivo que se debe proteger y en la acción judicial apropiada para garantizar su protección.

4.1.3. El interés legítimo en la educación

Aplicando estos conceptos a la educación, tiene interés legítimo toda persona para pedir que este servicio se brinde a todos y en las mejores condiciones de calidad. El provecho o valor que tiene la educación tanto para el individuo, como para la sociedad y el Estado, estriba en que es dinamizadora de la realización personal y del desarrollo social. Es por medio de la educación como el individuo realiza su aspiración profunda como ser humano, mediante el acceso al conocimiento, a la ciencia y a los demás bienes y valores de la cultura²⁶². Y la legitimidad de este interés está protegida y garantizada ampliamente por la Constitución y las leyes.

²⁶² COLOMBIA. Constitución Política de Colombia, artículo 67. Bogotá, Editorial Leyer, 2006.

El interés legítimo respecto del tema educativo, en particular para los menores, como titulares del derecho subjetivo, resulta ostensible y trascendental, toda vez que la misma Constitución señala la prevalencia de sus derechos fundamentales. Así, pues, ellos directamente o por intermedio de sus padres, como representantes legales, son los primeros legitimados para exigir reclamación por su vulneración.

Pero si se redujera el interés legítimo al titular particular del derecho subjetivo a la educación se estaría fomentando una injusticia no susceptible de tolerar. La razón de ello está en que la educación, como derecho-servicio, no se reduce a un asunto meramente personal o particular sino que tiene una trascendencia social importante; es decir, hay interés general de la sociedad en que todos los asociados puedan acceder al servicio público educativo en las mejores condiciones de calidad. Y ello sólo es posible en la medida en que toda la sociedad igualmente se interese en ella.

Démonos cuenta que en este sentido la Constitución y la Ley han facultado a los personeros municipales, como representantes de la sociedad y garantes de la legalidad y de los derechos de las personas, para pedir en nombre de

los menores la protección de sus derechos fundamentales, cuando sus representantes legales no lo hacen o no lo pueden hacer.

En el evento anterior (el de los personeros municipales), si bien éstos actúan en virtud de una disposición constitucional, ya se nota un nuevo alcance del interés legítimo. En efecto, su función va no sólo en defensa de los derechos y los intereses de los particulares sino también en defensa del bienestar de la sociedad en general: Por ello, los personeros, como representantes de la sociedad tienen interés legítimo para reclamar que la educación como servicio público se brinde en las mejores condiciones a todos los asociados.

Así, entonces, la educación, en tanto que derecho y servicio público, y por la alta importancia que tiene para el Estado y la sociedad, tiene un **plus** de protección que se concreta en el interés legítimo que le asiste a toda persona (individualmente o como miembro de la colectividad) para reclamar del Estado que se preste el servicio público educativo con cobertura universal, permanente, de calidad y gratuito, tal como lo establece la Carta Fundamental y los Convenios multilaterales sobre Derechos Humanos, pues la educación es motor de desarrollo social y crecimiento personal. Y por eso,

nadie medianamente sensato se desentendería de este importante tema, sin sentir que a él lo afecte.

El plus de protección de que goza el derecho-servicio de educación faculta para reclamar su prestación a: 1) el directamente afectado, 2) el agente oficioso (v.gr. el personero municipal) y, 3) en general cualquier persona de la comunidad, manifestando el interés legítimo que tiene en que se proteja el derecho vulnerado (particular o colectivo) porque en esa medida se protege también el suyo y en general los intereses legítimos de la comunidad.

Como se ve, dentro de esta concepción omnicomprendiva del interés legítimo respecto del derecho a la educación, no se necesita como condición sine qua non que quien reclama su protección se le haya vulnerado el derecho. Basta acreditar que es miembro de la comunidad que se ha visto afectada en sus derechos e intereses colectivos por la no adecuada prestación del servicio para tener interés legítimo en su reclamación, pues el que no se ofrezca el servicio en condiciones adecuadas, esto es, atendiendo a las principios generales que orientan la prestación de los servicios públicos, puede afectarlo a él directamente. Así que, también en aplicación del principio

constitucional de solidaridad²⁶³, le asiste interés legítimo para exigir que se preserven los derechos de los demás, porque de esa manera también lo benefician a él.

De modo que cuando el Estado falla en prestación del servicio y con ello se vulnera el interés legítimo, se produce un daño o perjuicio a todos los miembros de la comunidad, y se abre la posibilidad de pedir el reconocimiento y la reparación del perjuicio causado. Y el deber de reparación de este tipo de daños armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado social de derecho, por cuanto es al propio Estado al que le corresponde salvaguardar los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración²⁶⁴.

En síntesis, es posible pedir la protección del interés legítimo respecto de la educación como derecho subjetivo o como derecho colectivo. Como derecho subjetivo individual su protección se logra mediante acción de tutela; y como derecho colectivo, mediante las acciones populares o de grupo, en atención

²⁶³ El principio de solidaridad entendido como el deber que tiene toda persona por el hecho de vivir en sociedad, de colaborar para exigir que todos los miembros de la colectividad se les respeten sus derechos, pues ello ayuda a realizar el destino común de todos los asociados, cual es la armonía y el progreso social.

²⁶⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 333, del 1 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

a su carácter de servicio público. Además, si lo que se busca es establecer la responsabilidad por la falla en el servicio, proceden las demás acciones de tipo legal, entre ellas la reparación directa.

4.1.4. El daño antijurídico en la prestación del servicio público de la educación

Establecidos los criterios del por qué le asiste interés legítimo a los afectados por la vulneración del derecho a la educación debido a la irregularidad en la prestación del servicio, consideremos ahora, de acuerdo con los casos planteados como ejemplo, en qué consistió el daño antijurídico que no estaban en la obligación de soportar.

Recordemos que la doctrina respecto del daño generalmente acepta distinguir entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales²⁶⁵. Respecto del daño causado por las deficiencias en la prestación del servicio público de la educación, son más los segundos que los primeros. Analicemos el daño en los casos planteados como ejemplo.

²⁶⁵ El doctrinante HENAO Juan Carlos prefiere hablar de daños materiales e inmateriales pues señala que el término patrimonio en este caso es erróneo dado que el patrimonio incluye el conjunto de bienes y obligaciones de una persona. HENAO Juan Carlos. *El daño*. Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 192.

En el primer caso, donde se ampara el derecho a la educación por causa de la aplicación de una política pública, la Corte Constitucional establece que efectivamente hubo vulneración del derecho subjetivo y por ello ordena que cese tal quebrantamiento, pues su núcleo esencial o irreductible en manera alguna está sujeto a los vaivenes de coyunturas políticas. La vulneración consistió en que en forma arbitraria se le estaba negando la posibilidad de ejercer uno de los derechos del núcleo esencial del derecho a la educación como es el derecho de permanecer en el sistema educativo. Es derecho subjetivo por cuanto ya estaba dentro del sistema educativo y por tanto debía garantizársele su permanencia. Nótese que aquí se está ante una actuación legítima de la administración y, por tanto, no se cuestiona la validez de la fusión de los establecimientos educativos, pues ello corresponde a la esfera competencial de las autoridades. Pero si bien la actuación de la administración es lícita, hubo ligereza pues no se dispusieron los mecanismos necesarios para garantizar que todos los estudiantes que ya estaban dentro del sistema educativo, continuaran en él, y de esa forma se le garantizara su derecho fundamental ante la fusión de los dos colegios.

Ahora, ¿en este caso se produjo un daño? Efectivamente, y fue consecuencia de la suspensión de servicio público de la educación ante la

ejecución de una política pública. El daño consistió en la imposibilidad para la accionante de poder continuar con su formación educativa, lo cual, a la vez que es su derecho fundamental, por cuanto es menor de edad, también quebrantó su interés legítimo de superarse, en la medida en que gracias a la educación que estaba recibiendo, veía aclarar para sí y para su familia el horizonte para vencer la situación de marginalidad económica y cultural.

No obstante, alguien podrá decir que no hubo daño por cuanto apenas había una mera expectativa que se iría concretando en la medida en que superara satisfactoriamente cada uno de los grados escolares. Eso es verdad, pero ¿qué habría pasado si no se hubiera buscado la protección del derecho mediante tutela? ¿Habría obtenido la misma protección del derecho acudiendo a un mecanismo judicial administrativo? Seguro que no, pues bien se sabe cuánto tiempo demora desatar un recurso judicial de esta naturaleza, y en ese entonces el perjuicio habría sido mayor.

Establecido, pues, que se ha producido un daño consistente en la vulneración de un derecho subjetivo o el quebrantamiento de un interés legítimo, por una actuación de la administración, tal daño se erige como antijurídico, directo, personal y cierto. 1) Antijurídico, porque con la aplicación

de la política pública de la administración, consistente en la fusión de los dos colegios, le causó un daño o perjuicio a la quejosa, y ella no estaba en la obligación jurídica de soportarlo; pues de haber sido así, le habría implicado, dadas sus circunstancias particulares, perder la posibilidad de continuar educándose. Luego la administración estaba en la obligación de ofrecer el servicio garantizando el acceso y permanencia o continuidad a toda la población estudiantil. 2) Directo, en la medida en que repercute directamente en la afectada y es referible a la administración como productora del mismo por una actuación suya; o sea que hay conexión entre ésta y el resultado. La vulneración del derecho fue consecuencia del actuar de la administración; le es atribuible, le es imputable objetivamente. 3) Personal, en cuanto se conoce quién o quiénes son los perjudicados con el daño antijurídico y, por lo mismo, tienen derecho a reclamar su reparación. Pero aquí lo clave para la reclamación “no es el vínculo de parentesco, sino el título de perjudicado directo con el hecho dañoso”²⁶⁶. Así que bien podría también reclamar por ello el compañero permanente de la accionante o su hija, pues todos son perjudicados directos por el hecho dañoso. 4) Cierto. Aquí la certeza del daño está dada en que es presente y futuro, porque además de los gastos en que incurrió para poner en marcha la jurisdicción de tutela, al privarle de la

²⁶⁶ GIL BOTERO, Enrique. Opus cit. p. 69.

oportunidad de estudiar en la jornada sabatina, también le quita hacia el futuro la posibilidad de mejorar sus ingresos y de crecer en su nivel intelectual y cultural. La certeza se concreta entonces en un detrimento patrimonial y en otro extrapatrimonial. Hay pues una pérdida de oportunidad.

Tal vulneración del derecho a la educación por la no garantía en la continuidad de la prestación del servicio, conllevó un quebrantamiento de las obligaciones que ha asumido el Estado frente a los diversos convenios internacionales en materia de derechos humanos, y en particular sobre la educación. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, artículo 13), el Estado colombiano convino en que la educación debe estar orientada al pleno desarrollo de la personalidad y de la dignidad, lo mismo que debe capacitar a las personas para participar efectivamente en la sociedad, favoreciendo la comprensión y la tolerancia²⁶⁷. Por su parte la Convención sobre los derechos del niño (artículo 28,1e) señala como obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir la deserción escolar²⁶⁸.

²⁶⁷ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Los principales tratados internacionales de derechos humanos. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006, p. 15.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 112.

Como puede observarse, en el caso en mención se incumple con las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado en materia de educación, pues al no haberle garantizado a la accionante el servicio educativo, le estaba privando del derecho al desarrollo pleno de su personalidad, a capacitarse para participar efectivamente en la sociedad y, por lo mismo, significaba un acto de intolerancia. En el mismo sentido, la administración iba en contravía de la obligación del Estado de garantizar la asistencia regular al colegio y en vez de evitar la deserción escolar, la fomentaba. En síntesis, el Estado estaba desconociendo su obligación de facilitarle a la accionante la oportunidad para permanecer en el servicio disfrutando del derecho a la educación.

En tales circunstancias, y desde la óptica de los principios del Estado social de derecho, la administración está llamada a responder patrimonialmente por el daño antijurídico causado. En efecto, “la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las

autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares”²⁶⁹.

En los casos 2, 3 y 7, que dan cuenta de la irregularidad en el servicio de educación por desviar recursos destinados a la educación o por no ejecutarlos, por no ofrecer instalaciones educativas en condiciones de seguridad y salubridad adecuadas y por el no pago de salario a los docentes, son parecidos en cuanto a la manera de actuar de la administración. En tales casos se demostró la actitud omisiva o de desidia de la administración, pues, no obstante haber recursos fiscales con destinación específica para prestar el servicio en condiciones adecuadas, no actuó con diligencia para ejecutarlos y así disponer lo necesario para proveer una adecuada infraestructura y ofrecer el servicio en condiciones de salubridad y de seguridad a la comunidad escolar.

Hubo, pues, en estos casos, una clara irregularidad por parte de la administración en la prestación del servicio: por un lado, quiso evadir su responsabilidad frente al tema de la educación y, por otro, incumplió el deber de ejecutar los recursos destinados específicamente para proveer el servicio

²⁶⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-333, del 1 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

en las mejores condiciones, máxime que la educación por precepto constitucional ha sido incluida dentro del rubro de gasto público social y señalada como objetivo fundamental del Estado social de derecho. Todo esto llevó a prestar el servicio en condiciones que ponen en riesgo la salud, ofenden la dignidad humana y en definitiva ponen en peligro la vida de la comunidad escolar.

Ese modo irregular de actuar de la administración generó un daño antijurídico, concretado en la vulneración del derecho subjetivo a la educación y en el quebrantamiento del interés legítimo a recibir el servicio en las mejores condiciones de seguridad y salubridad para, en el caso de los educandos, continuar sin ese tipo de sobresaltos el proceso de su formación académica. Por eso la Corte Constitucional al encontrar que efectivamente se vulneró el derecho a la educación por la prestación irregular del servicio, amparó este derecho. Y ello da pie para, en materia de responsabilidad, exigirle a la administración que responda por el daño causado, pues tenía el deber de obrar como garante de la educación de los menores. Y bien se sabe que cuando se tiene la posición de garante, toda omisión genera responsabilidad en la medida que existe el deber legal o negocial de obrar²⁷⁰.

Nótese que estos casos difieren sustancialmente del primero. Mientras que en el primer caso la vulneración del derecho a la educación tuvo origen en la implementación de una política pública legítima, en los casos 2, 3 y 7 se comprueba una alta falla en el servicio, pues llega hasta el caso de percibirse total apatía y despreocupación frente a su deber constitucional de garantizar la prestación del servicio en condiciones adecuadas. Tal conducta de la administración amerita no sólo la reclamación por el daño antijurídico causado sino también un enérgico reproche social por su actitud indolente.

En cuanto a la manera de determinar las características del daño causado, perfectamente se puede seguir el mismo procedimiento que se hizo respecto del caso número uno.

Respecto de los casos 4 y 6, se establece que hay irregularidad en la prestación del servicio por la falta transitoria de docentes o por ausentismo de éstos debido a circunstancias de orden público, o por falta de escuelas en zonas rurales. Se señala que efectivamente se vulnera el derecho fundamental a la educación y el derecho a la igualdad de oportunidades, máxime que es en las zonas rurales donde el Estado está en mayor deuda

²⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. segunda reimpresión. Madrid, Civitas Ediciones, 1999. p. 290.

con la población por la baja cobertura y calidad en la prestación del servicio de educación. Se quebranta así el interés legítimo de recibir educación porque la falta de docentes o de escuelas afecta la disponibilidad del servicio, lo interrumpe y viola el derecho fundamental. Y esto contrasta con la obligación de prestar el servicio en forma eficiente y continua.

No puede, entonces, escudarse la administración en la disculpa de que no hay docentes, o que estos no cumplen con sus deberes o que faltan escuelas para incumplir con su obligación de garantizar la prestación del servicio. Tiene a su disposición las herramientas legales para exigirle a los docentes el cumplimiento de sus deberes, en caso de ausentismo. Y respecto de la falta de escuelas, igualmente tiene los recursos financieros para ello, dado que la educación tiene rubro especial y debe destinarse sólo a ello.

Cuánto puede ser, en este caso, el daño antijurídico que se le causa a una comunidad rural por la no prestación del servicio de educación. Basta observar la marginalidad y el atraso en que vive la población rural. ¿Será que además de soportar directamente las consecuencias del conflicto armado (pobreza y desplazamiento forzado) se la puede seguir castigando

negándole el servicio educativo o prestándoselo en condiciones de tan mala calidad? Seguro que no. Por eso, el Estado debe empezar a saldar su deuda con la población rural prestándole directamente el servicio de la educación con estándares de calidad.

Se resalta que a la población rural, el Estado debe prestarle directamente el servicio de educación, pues bien se sabe que allá la educación privada no va, pues de acuerdo con las leyes del mercado, no le es rentable prestar el servicio en esa zona.

Determinar el daño antijurídico causado a los menores de las comunidades rurales no es fácil, dado el largo tiempo en que el servicio no se ha prestado o se ha prestado en forma irregular. De todas maneras, como indicativo del daño basta considerar cuánto le representa a un padre de familia del sector rural que habiendo hecho todo el esfuerzo necesario (económico y tiempo en el desplazamiento) para que sus hijos pudieran estudiar y comprobar a la postre que sólo fueron a perder el tiempo porque el docente no fue, o porque si fue la educación que impartió fue de muy mala calidad, dada su baja idoneidad profesional. En efecto, ese es un daño antijurídico que en absoluto se está en la obligación de soportar. El daño antijurídico en el aspecto

patrimonial puede no ser tanto, pero sí el extra patrimonial; baste observar el atraso de la comunidad rural para dimensionar el daño.

Y no se puede alegar que la educación se va garantizando de acuerdo con la disponibilidad del servicio. Tal disculpa no cabe, porque se trata de un derecho de los menores, y los derechos de éstos, según la Constitución, tiene prevalencia sobre los de los demás.

En el caso número 5, donde se tutela el derecho a la educación a niños desplazados que se les niega acceder a la educación por superar la edad para el curso al cual desean ingresar, la Corte Constitucional señala que el desplazamiento forzado es “un fenómeno social que da lugar a la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales de los colombianos obligados a migrar internamente”. Y respecto de la educación para los menores reitera que si la educación es derecho fundamental, **“el carácter de fundamental del derecho a la educación se potencia mucho más en el caso de los niños desplazados por el conflicto armado.** De allí que el Estado se encuentre obligado a solucionar el conflicto suscitado facilitando a tales menores su acceso al sistema

educativo en aquellos lugares en los que se radiquen para que no interrumpen su formación”²⁷¹ (negrilla fuera de texto).

Los menores frente al desplazamiento sufren dos tipos de daño: uno, por el hecho mismo del desplazamiento que les obliga a abandonar intempestivamente, por razones de orden público, el lugar donde residen para poder medio salvar su vida, y esto les crea incertidumbre, zozobra, e inseguridad frente a su porvenir; y otro daño, es el que se concreta en la imposibilidad de acceder al sistema educativo. Ante tal hecho, la administración no puede soslayar su obligación de garantizar seguridad y de brindarles educación.

Ambos tipos de daño deben ser resarcibles. El daño por el hecho del desplazamiento, por cuanto directa o indirectamente el Estado al librar la guerra contra los grupos insurgentes expone a la población a quedar en medio del fuego cruzado, y ella para salvar su vida tiene que huir abandonando todo lo que tiene. Y el daño por no prestar el servicio de educación, porque se evidencia que en mucho tiempo y para muchos

²⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-215, del 21 de marzo de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

funcionarios de la administración la educación no es política pública de Estado y por eso no se inmutaron al evidenciar que unos menores estaban fuera del sistema escolar; antes les negaron el acceso.

Casos como éste, donde la administración en vez de salir al paso para garantizar los derechos y ofrecer el servicio los vulnera causando un perjuicio, claman porque se establezcan responsabilidades y se efectúe la reparación del daño causado para que no queden impunes.

Los casos 8 y 9 dan cuenta de la vulneración del derecho a la educación a personas discapacitadas. Según la Corte Constitucional, los menores discapacitados no sólo tienen una importante proclamación de derechos, sino que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º de la Carta, aquellos pueden exigir el cumplimiento y la efectividad de sus derechos y de las garantías consagradas legal y constitucionalmente, pues aparte del tratamiento de favor que debe dispensarse al niño, en cualquier proceso social, en el presente la consideración de disminuido psíquico del menor supone un trato todavía más especial.

Para determinar el daño causado, hay que considerar el acto discriminatorio de que son objeto estas personas. Además de su discapacidad psíquica tienen que soportar injustamente el rechazo por parte de la comunidad educativa impidiéndoles el ingreso o permanencia en el sistema educativo. Un daño semejante, y todavía más acentuado en el nivel afectivo, emocional y económico, sufren los padres de las personas discapacitadas. En vez de recibir apoyo y respaldo por parte de la administración ven cerrarse ante sí las puertas. De no ser por el mecanismo judicial de amparo, que tuteló el derecho a la educación, y de paso le recordó al Estado su obligación de garantizar y/o prestar el servicio, la situación habría pasado desapercibida.

Por tanto, es obligación de la administración, acorde con los principios del Estado social de derecho, implementar acciones afirmativas para propiciar la igualdad real, en especial con las personas discapacitadas. Tales acciones deben estar encaminadas a establecer por parte del Estado, o apoyar a los particulares que tengan iniciativa, a crear instituciones especializadas para brindar el servicio de educación que requieran las personas discapacitadas.

Y en el caso 10, que versa sobre la tutela para proteger el derecho a la educación de menores con capacidades excepcionales, la Corte señala que

la misma argumentación que se emplea para otorgar un trato constitucional diferenciado para los niños y niñas por su condición física o mental en circunstancias de debilidad manifiesta, debe emplearse para las personas con habilidades superiores. Luego el derecho a la educación de los menores discapacitados o con capacidades excepcionales es un derecho con contenido específico; o como lo establece el artículo 68, inciso 6 de la Constitución, son obligaciones especiales del Estado, que de no cumplirse, se causa daños a los menores que deben ser reparados.

En efecto, al no brindar el servicio de educación que atienda a los menores con capacidades excepcionales se les causa daño porque ven privadas sus posibilidades de educarse a un ritmo superior que el promedio. Pero en este caso concreto, el daño no es sólo para dichos menores sino también para toda la sociedad, dado que al no favorecerlos con una educación acorde con sus capacidades y talentos se la está privando de la posibilidad de avanzar en el conocimiento y progreso. Debería entonces la sociedad mostrar su interés para exigir de la administración un servicio educativo especializado para estas personas acorde con sus capacidades e intereses. De no ser atendida esta obligación se incurre en una irregularidad en el servicio.

El Estado, en vez de mostrarse displicente y dejar abandonados a su suerte a los padres de los menores con capacidades excepcionales, debe, como aplicación práctica de la educación como política pública, propiciar la búsqueda de este tipo de talentos para asegurarles una educación del más alto nivel, destinando para ello recursos específicos, docentes muy bien calificados e instituciones especializadas para ese fin.

Finalmente, en los casos 11 y 12, la Corte Constitucional al amparar el derecho a la educación de los menores, expresamente abre la posibilidad de acudir directamente a la jurisdicción contencioso administrativa para pedir la reparación del daño porque efectivamente considera que se configura una falla objetiva en la prestación del servicio educativo público ante la falta de una estrategia educativa adecuada para resolver el conflicto que se presentó. De modo que tales falencias revelan que el derecho a la educación no se limita al hecho de ingresar al sistema educativo o poder permanecer en él, sino que también incluye, en el Estado social de derecho, el derecho a que la enseñanza se imparta “por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica” (C.P., art. 68).

Nótese que en estos casos ya ni siquiera se debe discutir si se causó daño o no. Según el decir de la Corte, fue precisamente la comprobación de la falta de una estrategia pedagógica adecuada (una mala práctica educativa) para solucionar una situación problemática entre los educandos la que ha causado el daño que repercutió en la vida afectiva y emocional de los menores. Y tal daño configura una falla objetiva en la prestación del servicio de educación pública, que amerita exigir de la administración su reclamación por esta irregularidad.

Estas falencias en la prestación del servicio de educación llevan a concluir que efectivamente debe establecerse la responsabilidad de la administración, pues “la responsabilidad es inseparable de las pautas de calidad en la prestación de los servicios y a los imperativos del buen funcionamiento”²⁷² .

Todo esto significa que, desde la perspectiva del daño antijurídico, los daños causados por la falla del servicio educativo público imputable a la administración, ameritan exigir su reparación. Igualmente exige de parte de la sociedad una reflexión seria y consciente a efectos de exigir que se ofrezca el servicio de educación en condiciones óptimas, de tal forma que, acorde con la definición de política pública por su alto impacto social, haya

²⁷² SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit. p. 195.

un decidido compromiso por parte de todos los actores educativos, Estado, familia, sociedad e individuos, para que la educación cumpla su cometido: lograr la realización del proyecto personal de vida de cada individuo y el progreso social, económico y cultural del país.

4.2. LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN

Establecido que en los casos citados como ejemplo, se originó un daño antijurídico con ocasión de la prestación del servicio público educativo, es pertinente ahora analizar bajo qué títulos de imputación le es atribuible la responsabilidad a la administración con miras a reclamar su indemnización.

HERNÁNDEZ Alier²⁷³, señala que el Consejo de Estado respecto de la imputabilidad del daño establece un doble nivel: uno de imputabilidad fáctica y otro, de imputabilidad jurídica, situando a aquél en el nexo de causalidad (acción u omisión) entre el hecho dañoso y el daño reclamado, mientras que éste lo sitúa en los títulos jurídicos de imputación.

²⁷³ HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo. *Novedades jurisprudenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. Gerencia jurídica pública, Memorias del segundo Seminario Internacional. Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría general, dirección jurídica distrital. Bogotá, 2005. p. 11-13. http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/PDF/SemInt_Modulo11v.pdf. Consulta realizada el 17 de junio de 2008.

Justamente esta distinción, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, ha permitido pasar de la noción de imputabilidad fáctica a la de imputabilidad jurídica, que es mucho más amplia y permite “atribuir consecuencias al Estado sin necesidad de encontrar una estricta relación fáctica entre la acción o la omisión del ente público y el daño ocasionado. Basta a veces acudir al contenido obligacional genérico de la administración o a la equidad”²⁷⁴ para deducir la responsabilidad.

Según lo anterior, y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, los títulos jurídicos de imputación se ubican dentro de los sistemas subjetivo y objetivo de responsabilidad. Así, dentro del régimen de responsabilidad subjetiva se ubica el título jurídico de falla del servicio. Mientras que en el de responsabilidad objetiva se encuentran los títulos de daño especial y riesgo excepcional.

La falla del servicio se presenta en los eventos en que el Estado ha infringido o ha violado una norma que contiene una clara obligación a su cargo

²⁷⁴ GALINDO SÁNCHEZ, Richard. *Los títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002, p 11. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-27.pdf>. Consulta hecha el 12 de junio de 2008.

respecto del caso concreto, o porque así se deduce de la función genérica del Estado²⁷⁵.

Por riesgo excepcional, el Estado responde cuando en la construcción de una obra pública o en la prestación de un servicio que beneficia a la comunidad, coloca a los administrados en situación de experimentar un riesgo de naturaleza excepcional, que excede las cargas que deben soportar como contrapartida de los beneficios que reciben de la ejecución de la obra o la prestación del servicio²⁷⁶.

El riesgo excepcional es sinónimo de actividades peligrosas, para lo cual se distinguen tres hipótesis²⁷⁷: a) cosas peligrosas, entre las que están las sustancias peligrosas (tóxicos, inflamables, explosivos), los instrumentos peligrosos (armas de dotación oficial y vehículos oficiales) y las instalaciones peligrosas (redes de energía eléctrica); b) los métodos peligrosos, tales como los procedimientos de reinserción, de rehabilitación (enfermos mentales) y las medidas de alto control policivo; c) los daños por trabajos públicos.

²⁷⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 30 de marzo de 1990. Expediente No. 3510. C.P. José Antonio de Irisarri.

²⁷⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 20 de febrero de 1989. Expediente No. 4655. C.P. José Antonio de Irisarri.

²⁷⁷ SAVEDRA, Ramiro. Opus cit. pp. 385-412.

En tanto que para condenar por daño especial, además de establecer que el caso “no encasilla dentro de otro de los regímenes de responsabilidad”²⁷⁸, hay que probar i) que el daño lo causó una actuación legítima de la administración, y ii) que tal daño quebrantó el equilibrio en las cargas públicas que estaba obligado a soportar por el hecho de vivir en sociedad. Dentro del campo de daño especial caben las siguientes hipótesis²⁷⁹: “los daños causados por actuaciones realizadas en interés general, las negativas a ejecutar decisiones de justicia y los daños derivados de la acción normativa del Estado, como las situaciones en que están en causa las leyes y las convenciones internacionales, y los actos administrativos de carácter regular”.

Descendiendo a nuestro objeto de estudio, examinemos qué título de imputación se puede atribuir a los casos traídos como ejemplo en los que ha habido irregularidades en la prestación del servicio público educativo.

De manera general y siguiendo el orden de aplicación de los títulos de imputación, se puede decir que el título jurídico de imputación aplicable para

²⁷⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 13 de septiembre de 1991. Expediente No. 6453. C.P. Daniel Suárez Hernández.

²⁷⁹ SAAVEDRA, Ramiro. Opus cit. p. 436.

determinar la responsabilidad de la administración por las irregularidades en la prestación del servicio a la educación, es el de falla en el servicio.

Esta tesis se funda en dos razones: en primer lugar, porque la falla en el servicio es el título general de imputación que se debe aplicar cuando se indaga por la responsabilidad del Estado. Es decir, sólo en la medida en que el caso no encuadre dentro de este título, subsidiariamente se abre la posibilidad de buscar otro de los que fundamentan la responsabilidad objetiva, como el daño especial o el riesgo excepcional. Esto por cuanto los títulos de imputación tienen establecido un orden de aplicación; los títulos objetivos de responsabilidad operan subsidiariamente a la falla del servicio y no conjuntamente con él, o con margen de elección²⁸⁰.

En segundo lugar, porque la educación constitucionalmente está definida como servicio público (derecho-servicio); y si se habla de irregularidad en la prestación del servicio, lo lógico y coherente es que el título que se invoque sea la falla en el servicio. En educación entonces sólo hay responsabilidad por culpa o falla del servicio²⁸¹.

²⁸⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 13 de septiembre de 1991. Expediente No. 6453. C.P. Daniel Suárez Hernández

Ahora, al invocar el título de falla en el servicio lo que se pretende es hacerle un reproche a la administración porque hay una irregularidad en la prestación del servicio²⁸². De modo que confrontada la forma en que la administración ha prestado o dejado de prestar el servicio con los estándares (obligaciones que tiene) que se exigen para su adecuada prestación, se determina una falla o irregularidad que le es imputable y que debe indemnizar porque ha irrogado un daño antijurídico.

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta los elementos que deben darse para la apreciación de la falta, cuales son el carácter anónimo de la falta, la apreciación de la falla en concreto y la previsibilidad del daño.

En cuanto al carácter anónimo de la falta, lo que importa es que el daño sea antijurídico y atribuible por acción o por omisión a la administración; si el agente estatal actuó con culpa grave o dolo, ese es otro tema que le corresponde investigar a la administración para efectos de repetir contra él.

²⁸¹ HENAO, Juan Carlos. *Novedades jurisprudenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. Gerencia jurídica pública, Memorias del segundo Seminario Internacional. Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría general, dirección jurídica distrital. Bogotá, 2005. p. 3. http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/PDF/SemInt_ModuloIII_1v.pdf. Consulta realizada el 15 de junio de 2008.

²⁸² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 6 de octubre de 1994. Expediente No. 8200. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Lo que aquí se discute es la responsabilidad de la administración que debe indemnizar el daño antijurídico irrogado, y no qué funcionario lo produjo²⁸³.

Por su parte, en la apreciación de la falta del servicio en concreto, para los casos citados como ejemplo, no aparecen eximentes de responsabilidad, dado que en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produce el daño, no se observan situaciones de emergencia, o de anormalidad. Más bien se evidencia, como lo advierte la Corte Constitucional al amparar el derecho fundamental, que la administración, en unos casos actuó con negligencia y en otros, disponía de los medios adecuados para asegurar la prestación del servicio y evitar el daño.

Por tal razón, se le reprocha a la administración haber actuado irregularmente (con negligencia, omisión o improvisación, desorden) habiendo podido actuar de otra manera. Teóricamente pudo prever el daño y tuvo la posibilidad real de evitarlo en las situaciones concretas. Así aparece clara la relación causal entre el daño y el proceder de la administración; por eso debe responder, pues el daño antijurídico le es imputable. Recuérdese, no más, el caso del establecimiento educativo que amenazaba ruina,

²⁸³ SAAVEDRA, Ramiro. Opus cit., p. 270.

poniendo en peligro la vida de los miembros de la comunidad educativa, sencillamente porque por negligencia administrativa no se habían ejecutado los recursos para su adecuado mantenimiento. Esta situación justamente amplía el nivel de responsabilidad en cuanto a los efectos del daño.

Para la administración ya no vale acudir a la tantas veces nombrada excusa de que no hay recursos económicos para garantizar plenamente el servicio público de la educación. Por una parte, porque de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos firmados por Colombia, existe la obligación precisa de procurar que cada año se avance progresivamente para hacer efectivo la realización del derecho a través de la prestación del servicio. De otra parte, tanto la jurisprudencia constitucional como la del Consejo de Estado ha sostenido que “los DESC son derechos subjetivos en sentido amplio, y son judiciales, para lo cual, no es raro que para garantizar su cumplimiento el juez se entrometa en asuntos de presupuesto porque la misma ley lo ha autorizado”²⁸⁴. Finalmente, porque la misma Constitución expresamente ha establecido que la educación está dentro del rubro de gasto social, y éste tiene prioridad sobre cualquier otro gasto. Así, pues, hay razones más que suficientes para que la administración actúe diligentemente

²⁸⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 7 de noviembre de 2002. Expediente AP 700. C.P. Alíer Hernández Enríquez.

y cumpla con sus obligaciones prestando adecuadamente el servicio público educativo.

Todo esto lleva a concluir que efectivamente respecto de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio público educativo, el título jurídico de imputación es la falla o culpa en el servicio, porque allí lo que hay es una violación a una norma de contenido obligatorio a cargo del Estado que debe cumplir.

Sin embargo, cabe preguntar si en todos los casos en que se ha vulnerado el derecho a la educación puede invocarse la falla en el servicio. Esto por cuanto para ciertos casos se podría pensar que aplica el título jurídico de daño especial, propio del régimen de responsabilidad objetiva, dado que se cumplen los requisitos para ello.

Por ejemplo, en el caso donde por la aplicación de una política pública, expresado a través de un acto administrativo, se le vulneró el derecho a la educación de una menor porque no pudo continuar su formación en la jornada sabatina, exclusiva para los adultos.

Allí efectivamente, tal como se examinó más arriba, se causó un daño antijurídico por una acción lícita de la administración. No hubo irregularidad en su actuar y sin embargo vulneró un derecho causando un perjuicio por la imposibilidad de continuar su permanencia en el servicio público educativo.

Esta tesis tiene sustento en la misma jurisprudencia del Consejo de Estado²⁸⁵ que últimamente ha venido aceptando la hipótesis de que un acto legalmente expedido puede causar daños y que tales daños pueden ser indemnizados a través del título jurídico de imputación de daño especial por rompimiento de las cargas públicas. Nótese que la posibilidad de reclamarle al Estado una indemnización está dada en razón de la antijuridicidad del daño, es decir en lo injusto del daño, pues a pesar de lo lícito del acto, en este caso el Estado no tiene derecho de dañar para que el daño sea justo.

De acuerdo con ello, cabe entonces la posibilidad de reclamar, vía acción de reparación directa, por el quebrantamiento de las cargas públicas, los perjuicios causados a la accionante del caso 1 que vio afectado su derecho a la educación por la aplicación de un acto administrativo que ordenaba la fusión de dos colegios. Recuérdesse que la Corte Constitucional señala que

²⁸⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 8 de marzo de 2007. Expediente No. 16421. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

se está ante una actuación lícita de la administración; no le reprocha la validez del acto, sólo le advierte que no previó todas las consecuencias de dicho acto.

Así, pues, atendiendo a la equidad, que es el fundamento de la teoría del daño especial, debe indemnizarse por la quiebra en el equilibrio en las cargas públicas que estaba obligado a soportar por el hecho de vivir en sociedad. Según esta tesis, para casos como el señalado, cabría la posibilidad de invocar el título jurídico de imputación de daño especial.

No obstante lo anterior, no hay que perder de vista que el perjuicio irrogado se da con ocasión de una irregularidad en la prestación del servicio público educativo. Es decir, al evaluar la prestación del servicio se encuentra una falla y por ese motivo se le hace un reproche a la administración porque no presta el servicio atendiendo a los principios de accesibilidad, cobertura, permanencia y calidad. Y si existe el título específico y propio “falla del servicio” para determinar la responsabilidad por las irregularidades en la prestación del servicio, lo lógico y coherente es invocar este título jurídico de imputación para atribuirle responsabilidad a la administración por las fallas en el servicio público educativo.

Esta observación debilita la tesis del daño especial, para dejar en pie la tesis de que el título jurídico de imputación para reclamar por los perjuicios causados en materia educativa es el de culpa o falla en el servicio.

De todas maneras, acorde con lo preceptuado por la norma constitucional - en la cláusula general de responsabilidad del Estado-, si en la demanda se invoca un título jurídico de imputación inadecuado, el juez, en aplicación del principio *iura novit curia*, debe determinar cuál es el aplicable al caso concreto²⁸⁶, a efectos de ordenar la indemnización del daño antijurídico causado al particular.

Valga aclarar que invocar la aplicación del principio *iura novit curia* no se trata de una salida facilista para evadir la reflexión, sino más bien resaltar y reivindicar la labor tan grande y noble que tiene el juez para impartir justicia, pues cada caso es único y debe analizarlo en detalle y en profundidad al momento de resolverlo.

²⁸⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 23 de septiembre de 1994. Expediente No. 8577. C.P. Julio César Uribe Acosta. Ver también "Responsabilidad Civil del Estado Derivada del Ejercicio del Poder de Policía" en <http://www.jussantiago.gov.ar/Textos/textossugeridos/policia/Index.htm>. Consulta realizada el 9 de agosto de 2008.

De todas maneras, para el particular afectado por la actuación de la administración, sea esta regular o irregular, el artículo 90 constitucional señala la obligación que tiene el Estado de reparar el daño antijurídico, sin importar cuál sea el título de imputación aplicable. Esa es tarea que debe determinar el juzgador. De ahí la confusión que al principio se dio cuando la jurisprudencia y la doctrina pensaron que la nueva norma constitucional había convertido la responsabilidad del Estado en netamente objetiva, cuando no fue así.

4.3. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR LA IRREGULARIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO

Visto que por la irregularidad en la prestación del servicio público de la educación se produjo un daño antijurídico, de lo cual se ha establecido la responsabilidad de la administración, corresponde ahora analizar las posibles formas de indemnizar los perjuicios a los afectados.

Si bien es cierto que “la negación del derecho a la educación no se puede reparar en el tiempo”²⁸⁷, hay que explorar las maneras de paliar las consecuencias nefastas por la irregularidad en la prestación del servicio.

Urge adoptar las medidas que resulten convenientes para iniciar el proceso de reparación por los perjuicios causados en materia educativa. Y es que, como sostiene el doctor GONZÁLEZ IBÁÑEZ Joaquín, garantizar “la educación comporta un claro elemento de justicia y de calidad de la comunidad, pues solo las comunidades democráticas advierten en la educación uno de los instrumentos más esenciales en la defensa, desarrollo y garantía del sistema democrático”²⁸⁸.

Disfrutar de la educación, que para el individuo tiene el carácter de derecho fundamental y social y para el Estado una obligación concreta que debe satisfacer mediante la prestación del servicio, a la vez que le permite a aquel desarrollar su propio proyecto de vida también lo capacita para entrar en el juego democrático para ayudar a decidir sobre los destinos de la comunidad

²⁸⁷ PEREZ MURCIA, Luis Eduardo. “*La exigibilidad del derecho a la educación a partir del diseño y ejecución de políticas públicas*”. En Revista Estudios socio-jurídicos. Vol. 9, número especial. Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 147.

²⁸⁸ GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín. Opus cit. p. 40.

que afectan a todos. Razón tiene el antes mencionado tratadista al afirmar que “un individuo sin educación adolece de las garantías para poder vivir en libertad, y de capacidad autónoma para decidir su futuro y ser plenamente persona”²⁸⁹.

Pero aquí nos encontramos ante el problema de cómo cuantificar los perjuicios causados con ocasión de la prestación del servicio público educativo. Normalmente, para indemnizar los perjuicios patrimoniales no ha habido dificultad dado que se pueden cuantificar matemáticamente. Menos suerte han tenido los perjuicios extrapatrimoniales o inmateriales (morales, psíquicos, daño a la vida de relación, estéticos), pues aunque a través de línea jurisprudencial hoy en día poco se discute sobre la necesidad de indemnizarlos, para lo cual se les asigna una cifra económica a manera de compensación, no siempre fue así²⁹⁰.

La necesidad de reparar integralmente los perjuicios ha venido surgiendo a medida que se va tomando conciencia de la dignidad de la persona humana y su derecho a la integridad. Esto indica que poco a poco se ha comprendido

²⁸⁹. *Ibidem*, p. 38.

²⁹⁰ SAAVEDRA, Ramiro. *Opus cit.*, pp. 638 y ss.

que los perjuicios causados a las personas no se reducen a lo meramente patrimonial cuantificable. Por el contrario, hay perjuicios que, sin tener la posibilidad de ser mensurables, en verdad internamente han causado un mal irreparable a quien los padece, lo cual no puede pasar desapercibido; por eso de alguna manera a través de una cifra económica se busca en algo compensar el daño²⁹¹.

¿Qué decir entonces del daño causado por la irregularidad en la prestación del servicio público educativo? Como se vio, no todos los daños producidos en los casos traídos a colación tienen la misma entidad. En efecto, hubo uno donde se determinó que por la mala práctica pedagógica utilizada se le causó a una menor un daño objetivo, lo que requirió tratamiento psicológico para poder superar el trauma. Este caso admitiría el mismo tratamiento jurisprudencial que el señalado anteriormente para indemnizar los perjuicios inmateriales, con lo cual, a través de una cifra económica, se busca en algo compensar el daño irrogado.

¿Pero se puede aplicar la misma estrategia para otros casos donde la actuación de la administración ha sido lícita y sin embargo causó un daño

²⁹¹ *Ibíd*em, p. 661.

antijurídico? Responder este interrogante no es sencillo, toda vez que como se ha reiterado, la educación trasciende el concepto de ser apenas un derecho subjetivo individual para abarcar en su sentido más amplio el de interés legítimo de toda la comunidad. Esto por cuanto a todos, en forma particular y social, interesa la educación por las implicaciones que tiene. A todos beneficia o perjudica que los miembros de una comunidad se puedan educar o no. De ahí la urgencia que la administración en cumplimiento de sus obligaciones preste el servicio educativo en condiciones de continuidad, eficiencia, universalidad y calidad.

Resulta, pues, imperativo buscar las vías o mecanismos para reparar el daño causado en el tema objeto de nuestro estudio. Acorde con la doctrina internacional sobre derechos humanos, hoy en día hay consenso que para indemnizar a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos no basta o no puede limitarse a una compensación monetaria. Justamente en aras del respeto por la dignidad de la persona humana se debe ir más allá y buscar otras formas de reparación.

En efecto, para reparar los perjuicios en materia de derechos humanos no solamente están los mecanismos judiciales, con los que fundamentalmente

se pretende una compensación económica. Existen otras vías alternas aceptadas internacionalmente, como lo reseña UPRIMNY Rodrigo²⁹²,

(i) la restitución, que es devolver a la víctima, cuando sea posible, a la situación que tenía antes de que ocurriera la violación; (ii) la rehabilitación, que consiste en suministrar a las víctimas o a sus familiares los cuidados médicos y psicológicos necesarios para su recuperación; (iii) la satisfacción o compensación moral, que consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido y (iv) las garantías de no repetición, que comprenden todas las medidas tendientes a evitar la repetición de esos crímenes. Pero eso no es todo; igualmente el derecho internacional ha propuesto y desarrollado formas de reparación simbólica y colectiva, que preserven la memoria histórica y restablezcan la dignidad de las víctimas. En todo caso, el deber de garantía incluye hacer cesar las consecuencias de las violaciones.

²⁹² UPRIMNY YEPES, Rodrigo et al. Derechos Humanos y Derecho internacional Humanitario. Módulo de autoformación. Consejo Superior de la Judicatura. En www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/023-Derechos%20Humanos%20y%20Derecho%20H-I.pdf -. Consulta realizada el 2 de agosto de 2008.

La aplicación de estos mecanismos alternativos ya se está practicando en algunos países europeos como Escocia, Suiza y Alemania, que han acogido la satisfacción y la consolución²⁹³ para reparar perjuicios no económicos.

Esto ya nos da una idea acerca de las nuevas dimensiones que se deben tener en cuenta a la hora de intentar la reparación del daño. Por un lado, lleva a reflexionar que lo primero que se debe hacer es aceptar que en materia de derechos humanos, los cuales están en conexidad con la prestación de un servicio público, se causan daños a los particulares, por actuaciones lícitas o ilícitas de la administración. Por otro, se invita a ampliar el panorama sobre la manera de reparar tales daños, pues ya no se reduce a lo meramente económico, aunque éste mecanismo sea importante. Hay otras formas de reparar que buscan restablecer a la persona su dignidad personal, su reconocimiento y su integración armónica en la sociedad.

Para el tema que nos ocupa, ¿cuáles serían entonces los mecanismos de reparación más adecuados? Esta pregunta cobra importancia al observar cómo tantas personas y comunidades se han visto afectadas por una deficiente prestación del servicio público educativo. Tanto atraso cultural y

²⁹³ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit. p. 603.

nulo progreso social y económico, no pueden quedar en el olvido ni pasar desapercibidos. Es a estas personas y comunidades a las que les ha tocado soportar las consecuencias de la ineficiencia del Estado, la corrupción administrativa, la ineptitud y la impericia docente, o en el peor de los casos, la total ausencia de la prestación del servicio educativo.

Casos como los mencionados invitan seriamente a pensar en la manera idónea de reparar los perjuicios causados. Nuestro criterio va en la línea de considerar que en materia educativa deben activarse simultáneamente los mecanismos judiciales y no judiciales para reparar el daño, tal como se expone en la parte conclusiva del presente trabajo.

4.4. PRINCIPIOS QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA PARA REPARAR EL DAÑO

A lo largo de este estudio se ha hecho un esfuerzo por encontrar las razones que han de servir de fundamento para reclamarle a la administración la reparación de los perjuicios o el daño antijurídico causado por las irregularidades en la prestación del servicio público educativo.

En efecto, se ha demostrado que se le pueden atribuir o imputar a la administración las consecuencias nefastas que dejan en los afectados la deficiencia en la prestación del servicio; y todo porque en la mayoría de las veces no se le ha dado a la educación toda la importancia que tiene, dentro del doble concepto derecho-servicio. Por lo mismo, entonces, amerita hacerle juicio de responsabilidad para que indemnice los perjuicios causados.

Al respecto hay que tener en cuenta, como se indicó más arriba, que el daño causado en educación, salvo en casos de mala práctica pedagógica por ineptitud docente donde se causó un daño objetivo a la víctima, no representa en sí mismo perjuicio patrimonial que sea cuantificable aplicando una regla matemática. Es más un perjuicio de índole extrapatrimonial o inmaterial consistente en la pérdida de oportunidad para lograr el desarrollo de un mejor proyecto de vida, gracias a las ventajas y oportunidades que da el recibir a tiempo una educación adecuada y de calidad.

Pero no por el hecho de ser inmaterial el daño deja de ser determinable. Como guía para la determinación del daño basta ver el atraso cultural y el escaso progreso social y económico que viven muchas regiones de

Colombia, sobre todo del área rural. Se les ha producido daño por un sistema educativo excluyente, unidireccional y de baja calidad.

De todas formas, como se trata de buscar una reparación tanto por los perjuicios materiales como por los inmateriales, para ponderar su valoración justa, hay que señalar los principios que han de guiar la valoración por parte del juzgador a efectos de determinar el grado de intensidad del daño y por ende su indemnización.

Así, entonces, entre los principios que se deben tener en cuenta para una indemnización justa, equitativa y digna por el daño causado por las irregularidades en la prestación del servicio público educativo, están: el de daño a la persona, el de la reparación integral, el de la equidad y el de la dignidad humana.

4.4.1. Principio de daño a la persona

El daño antijurídico en materia de educación, atendiendo los postulados de daño evento y daño consecuencia, obliga a replantear conceptualmente el tema, en la medida en que invita a pasar de una visión meramente

patrimonial del daño a una visión antropocéntrica expresada en lo que se conoce como daño a la persona²⁹⁴, acorde con los postulados del Estado social derecho. Es decir, si se limita a considerar el daño antijurídico en educación como un evento aislado, tal vez el monto de su reparación no sea considerable, pero si se lo mira como una consecuencia dañosa que en el futuro repercute negativamente en los directamente afectados, como un daño a su persona, porque trunca su interés legítimo de educarse para desarrollar su proyecto personal de vida y aportar al progreso de la sociedad, entonces sí merece toda consideración y adecuada ponderación.

Por eso, la Corte Constitucional en varias oportunidades le reconoció legitimidad a representantes de las comunidades para interponer acción de tutela, donde por el actuar irregular de la administración se estaba vulnerando el derecho fundamental a la educación de los menores, pues ellos como miembros de la comunidad tienen interés legítimo en que sus menores se eduquen de la mejor forma posible, dado que su buena formación va a repercutir positiva y directamente a su favor, en la medida en que ayuda a crear mejores condiciones de vida para toda la comunidad.

²⁹⁴ GIL BOTERO, Enrique. Opus cit. p. 55.

Acorde con el plus de protección de que goza la educación, en la medida en que su efectividad puede ser reclamada por la persona directamente afectada, por el agente oficioso o por la comunidad en general, todos tienen interés legítimo para que se brinde el servicio de educación en las mejores condiciones, pues entre más y mejor educados estén los ciudadanos, más serán las oportunidades de progreso para la comunidad.

De otra parte, lo que se busca primordialmente con la responsabilidad administrativa no es que repare el perjuicio con dinero, sino que controle el buen funcionamiento de los servicios públicos, pues si se busca principalmente que pague, lo hará no importa que haya funcionado bien o mal, y entonces se llegará a la conclusión perversa de para qué preocuparse por actuar bien si de todas maneras paga²⁹⁵. Por eso, no debe olvidarse que la administración pública es “actor esencial en la realización del Estado social de derecho”²⁹⁶, y esto se logra hacer realidad por medio del Derecho Administrativo que tiene la doble tarea de proteger a los ciudadanos y de favorecer la correcta prestación de los servicios públicos.

²⁹⁵ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit. p. 193.

²⁹⁶ *Ibíd.* p. 194.

4.4.2. Principio de reparación integral

El principio de reparación integral junto con el de equidad, se encuentran establecidos en el artículo 16 de la Ley 448 de 1998.

En cuanto a la reparación integral como principio general de responsabilidad, ya lo había señalado la Corte Constitucional en 1993, cuando expresó que “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa entre la magnitud del daño con el perjuicio causado, más no puede superar ese límite”²⁹⁷. Por su parte, el Consejo de Estado acerca del tema ha señalado que “... en aplicación del principio tutelar del derecho de daños, que enseña que se repara el daño, todo el daño pero nada más que el daño, tiene derecho a un reparación integral del perjuicio experimentado como consecuencia del daño antijurídico a ella irrogado”²⁹⁸.

Lo anterior significa que debe haber coherencia lógica entre el daño causado y la reparación efectuada, pues de no ser así, sencillamente no hay equilibrio

²⁹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-197, del 20 de junio de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁹⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 10 de septiembre de 1998. Expediente No. 12009. C.P. Daniel Suárez Hernández.

y, por tanto, no hay verdadera reparación. Luego, si se habla de reparación integral, debe abarcar todos los aspectos afectados por el daño, tanto los patrimoniales como extrapatrimoniales.

4.4.3. Principio de la equidad

La equidad fue elevada a canon constitucional como principio general de derecho en el artículo 230 de la Constitución Política, y desarrollada en el artículo 16 de la Ley 448 de 1998.

Al respecto debe advertirse, como señala la Corte Constitucional, que “los principios fundamentales del Estado son una norma de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial”²⁹⁹. Por esta razón, como lo sostiene GIL

BOTERO Enrique³⁰⁰, cuando el juez al momento de decidir un caso descubre que “la intensidad y naturaleza del daño va más allá del petitum”, dando aplicación a los principios hermenéuticos establecidos por la Constitución, puede privilegiar el principio que realiza el derecho y la justicia social, en este caso la equidad, dejando de aplicar el principio de la congruencia de la sentencia.

Téngase en cuenta que cuando hay colisión de principios, el conflicto se resuelve mediante el criterio de la ponderación o pesaje de cada uno de ellos para la solución del caso, de modo que se escoge el que mejor lo resuelve, dejando de aplicar el otro. Y esto es lo que se haría en los casos en que el valor de la reparación del daño va más allá de lo pedido en la demanda, pues de lo que se trata es de hacer justicia, y la equidad consulta directamente con ella.

Así que el principio de la equidad tiene aplicación especial cuando se trata de mensurar el perjuicio para el que no existe prueba matemática para

²⁹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406, del 5 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón

³⁰⁰ GIL BOTERO, Enrique. Opus cit, pp. 82-83.

determinar el monto del mismo³⁰¹. Pero ya de vieja data, la jurisprudencia del Consejo de Estado, aceptó la equidad como criterio cuantificador del daño cuando señaló que hay casos que relievan que “un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudos-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas ni instrumentos de precisión”³⁰². Y en recientes fallos, esta misma Corporación “ha aceptado la aplicación de la equidad no solamente como criterio cuantificador, sino, además, como fundamento de la reparación”³⁰³.

En efecto, en aplicación del principio de la equidad, ya es línea jurisprudencial del Consejo de Estado que cuando se comprueba que el daño va más allá de lo pedido en la demanda debe ordenarse su reparación dando aplicación al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo

³⁰¹ *Ibidem.* p. 78.

³⁰² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 17 de noviembre de 1967. Expediente No. 414. C.P. Gabriel Rojas Arbeláez.

³⁰³ GIL BOTERO, Enrique. *Opus cit.*, p. 78.

puramente ritual, como lo ordenó en casos de contaminación de VIH en transfusión sanguínea³⁰⁴ y de privación injusta de la libertad³⁰⁵.

En sintonía con lo anterior, téngase presente que este principio es el que informa la teoría del daño especial por la quiebra de las cargas públicas, de modo que si el juzgador evidencia el rompimiento de tal equilibrio debe ordenar su reparación.

Definitivamente, la equidad es el principio que se debe tener muy presente al momento de ponderar los daños inmateriales, en la medida en que es el que consulta la aspiración máxima a que se imparta verdadera justicia.

4.4.4. Principio de la dignidad humana

Tener en cuenta los anteriores principios es importante. Pero más importante aún es el principio de la dignidad humana. Este principio debe guiar e irradiar el sistema de responsabilidad de la administración pública y del Estado en

³⁰⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 29 de enero de 2004. Expediente No. 18273. C.P. Alier Hernández Enríquez.

³⁰⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 5 de mayo de 2005. Expediente No. 14022. C.P. Alier Hernández Enríquez.

general, pues la dignidad humana es uno de los pilares en que está fundado nuestro Estado social de derecho (CP. Art. 1).

Por eso hay que luchar para que la responsabilidad estatal sea la forma expedita para garantizar a las personas sus derechos a efectos de poder lograr su realización personal, pues “la responsabilidad debe, sin duda alguna, ser un instrumento de progreso y de defensa de los más débiles, que resultan ser, en la inmensa mayoría de las veces, las únicas víctimas del incumplimiento de los más elementales deberes de la Administración Pública”³⁰⁶, como sucede con los menores respecto del servicio público de educación, según se ha visto.

¿Qué se debe entender por dignidad humana? Para dilucidar y determinar este concepto, la Corte Constitucional en tres líneas jurisprudenciales precisó su contenido indicando los aspectos que comprende, y que por tanto se deben proteger: “(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la

³⁰⁶ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Opus cit. p. 734.

dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)³⁰⁷.

Ahora, la realización de la dignidad humana, en sus aspectos enunciados, es posible a través de los servicios públicos. Pues justamente éstos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (CP. artículo 365).

Así que la dignidad humana, respecto del tema que nos ocupa en el presente trabajo, se garantiza a través de la prestación continua, eficiente y de calidad del servicio público educativo. Es la educación la que brinda la posibilidad de vivir como se quiera, en la medida que posibilita diseñar y realizar un proyecto de vida. Al mismo tiempo posibilita mejorar las condiciones de vida para vivir bien. Y finalmente, la educación es la que posibilita superar las humillaciones que provienen de la ignorancia y del atraso cultural y económico, por desconocer sus derechos.

³⁰⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-881 del 17 de octubre de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

He aquí las razones por las cuales hay que insistir para que el servicio público de la educación sea prestado por el Estado o por quien éste autorice, en las mejores condiciones, de acuerdo con los principios que rigen los servicios públicos y los fines del Estado social de derecho.

Cobra entonces su pleno sentido la doble naturaleza, derecho-servicio, con que el constituyente dotó a la educación. Y la finalidad no pudo ser otra, que garantizar por todos los medios su protección. Como servicio público, porque recae en primer lugar en cabeza del Estado la obligación para su prestación. Y como derecho, para garantizar la posibilidad de tener acceso permanente al servicio; además para evitar los trámites engorrosos y dilatorios que conlleva activar la jurisdicción contenciosa para reclamar por el incumplimiento en la prestación del servicio por parte del Estado. Sólo así, hablando de educación, es posible la realización de la dignidad humana.

CONCLUSIONES

Como ideario y buen propósito, es importante que se haya definido la educación como política pública, amén de ser derecho subjetivo y servicio público, en los términos que lo establece la Carta Fundamental. Eso demuestra que en realidad el tema empieza a preocupar, máxime si los resultados académicos y de progreso social se ven reflejados con el tipo de educación que se imparte. Y eso implica que la administración ya empieza a revisar su grado de responsabilidad.

Pero no basta consignar en un plan o programa que la educación es política pública, es decir, de gran interés para la administración. Hay que tener voluntad para ejecutar y evaluar dicho plan, para revisar y mejorar lo que haya que mejorar.

Implica, además, tomar en serio el tema de la financiación de la educación, como gasto social y desde la perspectiva de los derechos humanos. Esto en sintonía con lo ordenado por la Constitución como gasto social (con prioridad sobre cualquier otro gasto) y por los convenios internacionales sobre derechos humanos.

En línea jurisprudencial, ante la invocación de la educación como derecho fundamental se ha amparado el derecho. Y por lo mismo se puede afirmar que el amparo por la vulneración de este derecho fundamental abre la puerta para un proceso de responsabilidad del Estado. Pero eso no quiere decir que se hayan esclarecido per se las implicaciones que conllevan las irregularidades en la prestación del servicio.

Por el contrario, hace falta mucho análisis y debate para precisar las consecuencias por la prestación deficiente de este servicio durante muchos años. Los casos citados como ejemplo en esta investigación, no solo dan cuenta de hechos puntuales de irregularidad en el servicio, sino de una conducta recurrente de muchos servidores públicos al desconocer las obligaciones que tiene la administración frente a este tema. Falta conciencia para comprender que la educación es un tema de primer orden si en realidad queremos que el país avance por los caminos del progreso personal y social.

Es importante hacer un debate público a la administración, tanto del orden nacional como territorial, sobre la manera como ha venido prestando este servicio público para establecer su responsabilidad. Pero esta responsabilidad debe ir más allá de los casos donde a través de la tutela se

ha amparado el derecho. Debe ser un juicio de responsabilidad donde se le diga a la administración, si no estamos mejor, si no hemos progresado, es porque durante mucho tiempo la educación no le ha importado. Y esto va en contravía de las obligaciones asumidas en virtud de los Tratados Internacionales ratificados por Colombia.

Es una verdad evidente, a la administración durante mucho tiempo no le importó que el servicio público educativo no tuviera cobertura universal, y mucho menos que los docentes reunieran las mejores calidades profesionales para prestar adecuadamente el servicio. Y por eso urge el cambio de conducta.

Hoy hay un importante esfuerzo porque en la capital del país se debata públicamente lo que se quiere hacer con la educación, y se invita a todos a todos los estamentos de la sociedad a participar para diseñar el modelo de educación que se quiere impartir. Pero lo mismo no sucede en otras regiones del país.

En los planes de mejoramiento de la calidad de la educación se sigue fomentando la inequidad social, pues se premian con mayores recursos a las

instituciones educativas de las grandes ciudades y en cambio se castigan a las de los pequeños municipios que no dan buenos resultados en las pruebas que se les aplican. Pero cómo lo van a lograr si hasta allá no ha llegado un servicio de buena calidad. Por eso hay que replantear la manera de buscar mejorar el servicio para que la educación sirva en verdad para nivelar socialmente y no para ahondar aún más la desigualdad social.

Queda claro que las obligaciones del Estado en cuanto a la educación como servicio público tienen que ver con la disponibilidad, accesibilidad, permanencia y calidad. Además, tiene la dirección, inspección, vigilancia y control de la educación. Estas obligaciones debe cumplirlas y hacerlas cumplir, de modo que si falla, debe responder por sus actuaciones o por sus omisiones al respecto.

Ahora, sobre la necesidad de reclamar por las irregularidades en la prestación del servicio público educativo y activar los mecanismos idóneos para hacerlo, tanto los individuos como las comunidades deben pensar en las vías judiciales y en las no judiciales.

Existen mecanismos judiciales, unos de carácter constitucional y otros de carácter legal, a los que se puede acudir para reclamar por el daño causado con ocasión de las irregularidades en la prestación del servicio público educativo.

Entre los mecanismos o acciones constitucionales, están: 1) las acciones populares, si con ellas se busca evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre derechos e intereses colectivos; caso en el cual de haberse producido daño a los derechos e intereses colectivos, el juez condenará al pago de los perjuicios respectivos; 2) las acciones de grupo, que puede interponer un número plural o conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de la misma causa que originó perjuicios individuales a dichas personas (Constitución Política artículo 88 y Ley 472 de 1998).

Y entre los mecanismos legales para reclamar por los perjuicios ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tenemos: 1) la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, si se pretende decretar la nulidad del acto causante del agravio, el restablecimiento del derecho y el pago de los perjuicios causados; 2) la acción de reparación directa, que es la acción

propia para reclamar indemnización de perjuicios cuando éstos sean causados por acciones, omisiones, vicios de hechos u operaciones administrativas.

Pero si lo que se busca no es el pago de perjuicios sino únicamente la protección del derecho a la educación (no como servicio público) proceden las acciones constitucionales de tutela, el derecho de petición y la acción de cumplimiento. Y entre las acciones legales está la acción de simple nulidad, con la que se busca dejar sin efecto el acto que vulnera el derecho o contraría una norma superior. Este tipo de acciones (las constitucionales y las legales) tiene como fin solicitar la protección del derecho y no propiamente reclamar indemnización de perjuicios.

De otra parte, entre los mecanismos no judiciales que podría adoptar la administración en forma concertada con las comunidades para reparar los daños por la ineficiencia del servicio, sobre todo a aquellas personas o comunidades alejadas y marginadas de toda posibilidad real de progreso y desarrollo, estarían algunos de los internacionalmente aceptados en materia de derechos humanos, que se enunciaron en su oportunidad.

Así, por ejemplo, podrían considerarse acciones como la satisfacción o compensación moral, buscando con ello realizar acciones positivas tendientes a restablecer la dignidad de los afectados, y al mismo tiempo, a través de talleres pedagógicos, difundir la verdad sobre lo sucedido para aprender del error. En igual forma puede diseñarse un pacto entre la administración y los afectados (personas y/o comunidades), donde aparezca evidente que existen el compromiso y las garantías de no repetición de los hechos u omisiones que llevaron a tal irregularidad en el servicio.

Todo esto anclado en un plan serio de desarrollo económico y educativo que beneficie a las personas y comunidades directamente afectadas por el olvido en que las ha tenido por muchos años la administración. Junto con este plan de desarrollo perfectamente podría elevarse un monumento como expresión simbólica que recuerde siempre a unos y otros que jamás se volverán a repetir situaciones como las vividas. Que definitivamente la ineficiencia en la prestación del servicio público educativo y otras obras de infraestructura necesarias que no se atendieron a tiempo, ya es cosa del pasado y no se volverá a incurrir en ese error, porque la misma comunidad se encargará de ejercer veeduría para que no suceda.

Unido a estas acciones positivas, puede fomentarse otro tipo de beneficios a personas concretas, sobre todo a aquellas que, sin importar la edad, muestran algún tipo de liderazgo en su comunidad o tienen cualidades de inteligencia sobresaliente.

Entre los diversos beneficios que se pueden adoptar para ese tipo de personas, se pueden señalar programas que ayuden progresivamente con “bonos a los padres de familia, subvenciones, becas de estudio y alimentación, pagar para dichas personas profesores altamente calificados en un saber específico, o pagar gastos de mantenimiento en las instituciones educativas privadas”³⁰⁸ .

Nótese cómo van de la mano la compensación económica con las otras formas alternativas de reparación. Y esto sí que es posible, porque para el caso pueden emplearse las estrategias pedagógicas que más convengan. Señalar cómo la situación problemática vivida es un aprendizaje que invita a reflexionar que partiendo del error o la dificultad, si se quiere, se puede llegar muy lejos. Meta a la cual deben aspirar todos en forma individual y comunitaria.

³⁰⁸ MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. La crisis del Estado educador. En Estado de crisis o crisis del Estado. Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2003, p. 385.

Como se ve, la administración para prestar un servicio educativo universal y de calidad, sólo necesita voluntad política (quererlo hacer) y mucha creatividad a la hora de diseñar un plan reparador.

Diseñar un plan estratégico para ayudar a las personas afectadas por las deficiencias en la prestación del servicio educativo, en realidad no resulta difícil. Máxime que la Constitución prevé la educación como gasto social. Además, dentro de los rubros del presupuesto de cada municipio existe uno específico para la educación. Así que lo que hace falta es tomar en serio la educación y elaborar un plan bien estructurado que busque prestar el servicio público educativo en condiciones óptimas, atendiendo prioritariamente a aquellos que a lo largo del tiempo han padecido por las irregularidades en la prestación del servicio.

Lo clave para el diseño del plan estratégico es que éste debe ser realizado en forma coordinada entre las entidades centrales y territoriales y con la participación de las comunidades, de modo que se adopte un modelo educativo con altos estándares de calidad para garantizar el servicio, acorde con los principios constitucionales en general y los de los servicios públicos en particular, y atendiendo a lo establecido en los convenios internacionales

sobre el tema educativo, de tal manera que se vean claras las obligaciones del Estado al respecto y puedan ser controladas en el tiempo.

Definitivamente, mucho hay que debatir, mucho hay que implementar, mucho hay que evaluar y mucho hay que mejorar para que la educación sea en realidad lo que está definida constitucionalmente: un derecho y un servicio público.

El hecho de que el tema educativo ya esté en el debate público es un buen inicio. Requiere que se interesen en él todos los estamentos de la sociedad y todas las ramas del poder público. Se avizoran promisorios horizontes, pero hay que apurar la marcha.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile, Imprenta Universal, 1981.

ALTERINI, Atilio y LOPEZ CABANA, Roberto. Responsabilidad civil. Medellín, Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 1995.

BETANCUR, Luis Ignacio. Política pública y regulación en algunos servicios públicos. En LIZARAZO RODRÍGUEZ, Liliana y ANZOLA GIL, Marcela. *La regulación económica: tendencias y desafíos*. Bogotá, 2004.

BODINO, Jean. Los seis libros de la República. Barcelona, Ediciones Orbis S.A, 1973.

BUSTAMANTE, Álvaro. Derecho Administrativo colombiano. Segunda edición. Medellín, Editorial Librería jurídica Sánchez, 1997.

COLOMBIA. DEFENSORIA DEL PUEBLO. El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Bogotá, Editorial Imprenta Nacional, 2003.

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. Bogotá, Editorial Leyer, 2006.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 31 de octubre de 1991. Expediente No. 6515. C.P. Julio César Uribe.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 30 de julio de 1992. Expediente No. 6941. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 21 de febrero de 1985. Expediente No. 3253. C.P. Jorge Valencia Arango.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera., 13 de julio de 1993. Expediente No. 8163. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 5 de agosto de 1994. Expediente No. 8485. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 2 de febrero de 1995. Expediente No. 9273. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 8 de mayo de 1995. Expediente No. 8118. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 29 de abril de 1980. Expediente No. 2506. C.P. Jorge Valencia Arango

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 29 de noviembre de 1991. Expediente No. 6487. C.P. Daniel Suárez Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 26 de septiembre de 1996. Expediente No. 8785. C.P. Carlos Betancur.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 2 de marzo de 2000. Expediente No. 11.250. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 13 de abril de 2000. Expediente No. 13.342. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 7 de octubre de 1991. Expediente No. 6367. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 22 de marzo de 1988. Expediente No. 3.360. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 6 de octubre de 1994. Expediente No. 8200. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 3 de noviembre de 1994. Expediente No. 7310. C.P. Juan de Dios Montes.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 30 de octubre de 1997. Expediente No. 10958. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 5 de septiembre de 1994. Expediente No. 950. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 30 de agosto de 1992, Expediente No. 7274. C.P. Daniel Suárez Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 24 de agosto de 1992. Expediente No. 6754. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 6 de julio de 2005. Expediente No. 13949. C.P. Alier Eduardo Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 11 de mayo de 1999. Expediente No. 11949. C.P. Daniel Suárez Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 24 de Junio de 1994. Expediente No. 6.639. C.P. Julio César Uribe Acosta.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 25 de febrero de 1994. Expediente No. 7970. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 19 de agosto de 1994. Expediente No. 9.276. C.P. Daniel Suárez Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 9 de noviembre de 1995. Expediente No. 10.823. C.P. Jesús María Carrillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 30 de noviembre de 2000. Expediente No. 12.642. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 11 de octubre de 1982. Expediente No. 3.216. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 25 de enero de 2001. Expediente No. 12.101 C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 21 de febrero de 2002. Expediente No. 14081. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 14 de julio de 2005. Expediente No. 15462. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Abril 18 de 2002. Radicación número: 23001-23-31-000-1996-6354-01(14076). C.P. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 4 de diciembre de 2002. Expediente No. 12625. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 30 de marzo de 1990. Expediente No. 3510. C.P. José Antonio de Irisarri.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 20 de febrero de 1989. Expediente No. 4655. C.P. José Antonio de Irisarri.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 13 de septiembre de 1991. Expediente No. 6453. C.P. Daniel Suárez Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 7 de noviembre de 2002. Expediente AP 700. C.P. Alier Hernández Enríquez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 17 de abril de 1991. Expediente No. 5692. C.P. Policarpo Castillo Dávila.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 23 de septiembre de 1994. Expediente No. 8577. C.P. Julio César Uribe Acosta.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 10 de septiembre de 1998. Expediente No. 12009. C.P. Daniel Suárez Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 17 de noviembre de 1967. Expediente No. 414. C.P. Gabriel Rojas Arbeláez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 29 de enero de 2004. Expediente No. 18273. C.P. Alier Hernández Enríquez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 5 de mayo de 2005. Expediente No. 14022. C.P. Alier Hernández Enríquez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 8 de marzo de 2007. Expediente No. 16421. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539 del 23 de septiembre de 1992. M.P. Simón Rodríguez.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-323 del 14 de julio de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-983 del 26 de septiembre de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 333 del 1 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-430 del 12 de abril de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-285 de 2002 del 23 de abril de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-981 del 13 de septiembre de 2001. M.P. Manuel José Cepeda.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1017 del 9 de agosto de 2000. M.P. Alejandro Martínez.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-236 del 17 de mayo de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-516 del 9 de octubre de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-385 del 1 de septiembre de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-481 del 26 de septiembre de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-935 del 19 de noviembre de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-516 del 9 de octubre de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-571 del 11 de agosto de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 35 del 6 de febrero de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-029 del 24 de enero de 2002. M.P. Clara Inés Vargas.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-100 del 8 de marzo de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-215 del 21 de marzo de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-467 del 26 de octubre de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-1102 del 23 de agosto de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-516 del 9 de octubre de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-078 del 28 de febrero de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-984 del 16 de diciembre de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-401 del 20 de mayo de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-487 del 25 de junio de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-401 del 20 de mayo de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-620 del 23 de agosto de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-441 del 16 de septiembre de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. T-491 del 6 de junio de 2003. M.P. Clara Inés Vargas.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SU -624 del 25 de agosto de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1149 del 23 de agosto de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-314 del 11 de julio de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-337 del 26 de julio de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-293 del 9 de junio de 1998 M.P. (E). Carmenza Isaza de Gómez.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-297 del 28 de julio de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 641 del 5 de noviembre de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 092 del 3 de marzo de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-801 del 16 de diciembre de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 798 del 14 de diciembre de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 425 del 6 de octubre 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-944 del 24 de julio de 2000. MP Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T–440 del 2 de julio de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T–215 del 21 de marzo de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-435 del 30 de mayo de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-197 del 20 de junio de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-881 del 17 de octubre de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-067 del 4 de febrero de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSITUCIONAL. Sentencia C-1040 del 19 de octubre de 2005. M.P. Manuel José Cepeda et al.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539 del 23 de septiembre de 1992. M.P. Simón Rodríguez.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-002 del 5 de mayo de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-202 del 28 de febrero de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 1093 del 20 de noviembre de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-227 del 17 de marzo de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Alarmante situación en materia de género revela el estudio de la Procuraduría. http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2005/noticias_394.htm.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. En <http://www.corteidh.or.cr/sistemas.cfm?id=2>.

DE LAUBADERE, André. Manual de derecho administrativo. Traducción de Villamizar Herrera Jesús. Bogotá, Editorial Temis, 1984.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Derecho de daños. Segunda reimpresión. Madrid, Civitas Ediciones, 1999.

GALINDO SÁNCHEZ; Richard. Los títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-27.pdf>.

GIL BOTERO, Enrique. Temas de responsabilidad extracontractual del Estado. Tercera edición. Bogotá. Legis, 2006.

GOLDEMBERG, Isidoro H. La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Buenos Aires, Astrea, 1984.

GÓMEZ MONTORO, Ángel. El interés legítimo para recurrir en amparo. La experiencia del Tribunal Constitucional español. Cuestiones constitucionales. Núm. 9, julio – diciembre de 2003. <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst09/CUC00906.pdf>.

GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín. Educación y pensamiento republicano cívico. La búsqueda de la renovación de la ciudadanía democrática. Valencia, Editorial Germania S.L., 2005.

GONZÁLEZ IBAÑEZ, Joaquín. Derecho a la educación y ciudadanía democrática. El derecho a la educación como desarrollo constitucional del pensamiento Republicano Cívico. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2007.

HENAO, Juan Carlos. El daño. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

HENAO, Juan Carlos. *Novedades jurisprudenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. Gerencia jurídica pública, Memorias del segundo Seminario Internacional. Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría general, dirección jurídica distrital. Bogotá, 2005. http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/PDF/SemInt_ModuloIII_1v.pdf.

HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo. *Novedades jurisprudenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. Memorias del segundo Seminario Internacional. Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría general, dirección jurídica distrital. Bogotá, 2005. http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/PDF/SemInt_ModuloI1v.pdf.

MAGENDZO, Abraham. *El derecho a una educación, a una educación de calidad con equidad para todos: el ejercicio de un derecho humano*. En http://mt.educarchile.cl/mt/amagendzo/archives/2006/06/el_derecho_a_una_educacion_a_u.html.

MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto. Responsabilidad civil extracontractual. Décima edición. Bogotá, editorial Temis, 1998.

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. La crisis del Estado educador. En Estado de crisis o crisis del Estado. Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2003.

MONTESQUIEU. El espíritu de las leyes. Bogotá, Ediciones Universales,

1999.

MORENO MOLINA, José Antonio. Procedimiento y proceso administrativo práctico. En http://books.google.com.co/books?id=Khw1ial51_MC&pg=RA1A144&lpg=RA1A144&dq=ter%C3%A9s+leg%C3%ADtimo%2Bjurisprudencia&source=web&ots=Vah2bWMPkT&sig=-rK40I9mDPkVQCPH-qO6vSu7n8&hl=es#PRA1-PA144,M1.

NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos humanos. En <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>.

NACIONES UNIDAS. Consejo Económico y Social. Informe de la Relatora Especial, Katarina Tomasevski. Misión a Colombia, del 1 al 10 de octubre de 2003. En www.aspuacol.org/15-viicongreso/15-eje1/InfoenviadoporKATARINA.doc.

NACIONES UNIDAS. Objetivos del Milenio. Portal de la labor de las Naciones Unidas sobre los objetivos de desarrollo del Milenio. En <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/education.shtml>.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Los principales tratados internacionales de derechos humanos. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales, Observación General 13.

PARADA, Ramón. Derecho administrativo. Parte general. Décimo sexta edición. Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007.

PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo. La exigibilidad del derecho a la educación a partir del diseño y ejecución de políticas públicas. En Revista Estudios socio-jurídicos. Vol. 9, número especial. Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

PLAN DECENAL DE EDUCACIÓN 2006 - 2016. <http://www.plandecenal.edu.co/html/1726/article-158430.html>.

PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano 2007-2008. hdr.undp.org/en/media/HDR_20072008_SP_Complete.pdf.

Responsabilidad civil del Estado derivada del ejercicio del Poder de Policía. En <http://www.jussantiago.gov.ar/Textos/textossugeridos/policia/Index.htm>.

RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. Duodécima edición. Bogotá, editorial Temis, 2000.

ROTH D, André-Noël. Discurso sin compromiso. La política pública de derechos humanos en Colombia. Ediciones Aurora. Bogotá, 2006.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. El contrato social. Bogotá, Ediciones Gráficas modernas, 2000.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Tercera reimpresión. Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

SÁNCHEZ, Carlos Ariel. "El impacto de la globalización. Aspectos económicos y políticos en América latina", en Globalización, integración económica y derechos humanos. Serie Escuela de Derecho, Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá 2005.

SAVATER, Fernando. El valor de educar. Barcelona, Editorial Ariel, 1991.

SARMIENTO PALACIO, Eduardo. "El estado de la educación". El Espectador. Sección Economía, 3C, Bogotá, semana del 21 al 27 de mayo de 2006.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. Tomo 1. Bogotá, Editorial Temis, 1999.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del Estado, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico. Bogotá, Editorial Temis, 2000.

TOMASEVSKI, Katarina. Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación: Informe preliminar de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, presentado de conformidad con la Resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos, 13 de enero de 1999. E/CN.4/1999/49.

TOMASEVSKI, Katarina. The State of the Right to Education Worldwide. Free or Fee: 2006 Global Report. Copenhagen, August 2006. p. xxii. http://www.katarinatomasevski.com/images/Global_Report.pdf.

UNESCO, Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe (OREALC/UNESCO Santiago). *Educación de calidad para todos: un asunto de derechos humanos*. Documento de discusión sobre políticas educativas en el marco de la II Reunión Intergubernamental del Proyecto Regional de Educación para América Latina y el Caribe (EPT/PRELAC), 29 y 30 de marzo de 2007; Buenos Aires, Argentina. En <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150272s.pdf>.

UNESCO. Right to education. http://portal.unesco.org/education/es/ev.php-URL_ID=9019&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo et al. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Módulo de autoformación. CSJ www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/023derechos%20Humanos%20y%20Derecho%20H-I.pdf.

URUETA AYOLA, Manuel. La responsabilidad Extracontractual del Estado. En La protección jurídica de los administrados. Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho administrativo. Décimo segunda edición. Bogotá, Ediciones Legis, 2004.

WORLD BANK. Education at a glance. <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTEDUCATION/EXTDATASTATISTICS/EXTEDSTATS/0,,contentMDK:21605891~menuPK:3409559~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:3232764,00.html>.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. 5ª. Edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid, editorial Trotta, 2003.