

Bogotá, 13 de noviembre de 2009

**Honorables Magistrados
Corte Constitucional
M.P. Luis Ernesto Vargas
E. S. D.**

Ref: Intervención ciudadana en el proceso No. D7933
Actor: Camilo Ernesto Castillo y otro
Norma demandada: artículo 183 de la Ley 115 de 1994

Honorables Magistrados:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.146.539 de Usaquén; Nelson Camilo Sánchez León, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.203.155 de Chía; y Luz María Sánchez Duque, identificada con la cédula de ciudadanía identificada con C.C. No. 30.233.501 de Manizales, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia y obrando en calidad de ciudadanos colombianos, con fundamento en el numeral 1º del artículo 242 de la Constitución Política de 1991 (C.P.) y en el artículo 7º del decreto 2067 de 1991, respetuosamente nos permitimos intervenir en el proceso de constitucionalidad de la referencia con el propósito de coadyuvar la demanda. Por consiguiente, solicitamos a ustedes que, en aplicación de la Constitución Política y de los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano a los que hace referencia el artículo 93 de esta Carta, declare la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del artículo 183 de la Ley 115 de 1994.

En esta intervención nos concentraremos fundamentalmente en dos argumentos. En primer término, argumentaremos a favor de la integración normativa entre la Constitución Política y los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad en materia del derecho a la educación que presentaron los demandantes. Para ello haremos algunas precisiones sobre la obligación específica de gratuidad en la educación y sobre cómo esta obligación se articula con el artículo 67 del texto constitucional. A partir de este argumento concluiremos que la interpretación adecuada de este conjunto de normas establece un derecho a la gratuidad en la educación básica, frente a lo cual la norma demandada se encuentra parcialmente en contradicción con esta interpretación constitucional. En segundo lugar, argumentaremos el por qué, con base en esta interpretación constitucional, la interpretación de la norma acusada debe condicionarse para no vulnerar el derecho a la educación en sus dimensiones protegidas tanto por la letra de la Constitución como por los tratados internacionales que se integran a esta en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad.

1. La obligación de gratuidad en el derecho a la educación

La demanda hace una exposición detallada de las normas internacionales ratificadas por el Estado colombiano en materia de educación y reseña la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto. En esta exposición, sin embargo, no resulta muy claro cuál es el contenido específico de la gratuidad en cada uno de los niveles educativos y la relación de este componente, tal y como está señalado en los pactos internacionales, con el texto del artículo 67 constitucional. En adelante intentaremos precisar estos dos aspectos a partir de reflexiones que hemos adelantado en nuestro Centro de Estudios¹.

Así, si bien la demanda demuestra de manera clara la existencia de una obligación del Estado de remover los obstáculos para el acceso a la educación, no es igual de claro que dicha obligación implique jurídica o económicamente un deber de gratuidad. En efecto, los obstáculos para acceder al derecho a la educación podrían ser removidos por otro tipo de medios, por ejemplo, a través de subsidios focalizados a la demanda, esto es, dirigidos únicamente a quienes carecen de recursos para pagar directamente el acceso a la educación. De esta manera se podría garantizar el derecho al acceso a la educación sin establecer una obligación para el Estado de proveer gratuitamente y de manera universal el servicio educativo.

Esta cuestión nos conduce entonces hacia una discusión jurídica relacionada con la forma en que está consagrado el derecho a la educación en los pactos de derechos humanos y en la Constitución. En este sentido, el punto de partida es el derecho internacional de los derechos humanos. A la luz de este derecho, ¿existe una obligación de gratuidad de la educación por parte del Estado o, por el contrario, este tiene distintos instrumentos para garantizar el acceso y remover los obstáculos financieros? Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1949), el derecho internacional de los derechos humanos ha consagrado, reiteradamente, una tríada de obligaciones estatales sobre el derecho a la educación que se funda en un tratamiento diferenciado de la educación primaria, secundaria y superior.

Sobre la educación primaria, de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos citados en la demanda, los Estados tienen la obligación no solo de garantizar el derecho a la accesibilidad de la educación a todos, sino también de asegurar su gratuidad. Las normas internacionales en este aspecto

¹ Los argumentos que presentamos a continuación los hemos discutido y desarrollado en nuestro Centro de estudios a través de varios textos y presentaciones. Puede verse, por ejemplo: César Rodríguez Garavito, Rodrigo Uprimny Yepes, Luis Eduardo Pérez, *Los Derechos Sociales en Serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Dejusticia; Rodrigo Uprimny Yepes, *La gratuidad en la educación*, mimeo, Dejusticia (disponible en www.dejusticia.org); y Nelson Camilo Sánchez (2004) "Evaluación de la Revolución Educativa en la gratuidad de la enseñanza" en Salazar, Katya (Dir.) *El derecho a la educación de niñas y niños en situación de desplazamiento y pobreza extrema*. Washington DC. Due Proces of Law Foundation.

son bastante claras. Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (Pidesc) señala que para “lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación”, los Estados reconocen que “la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente” (artículo 13, num. 2.a). Esta disposición ha sido reiterada por pactos ulteriores, como la Convención de los Derechos del Niño (artículo 28, num. 1.a a) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” (artículo 13, num. 3.a).

En relación con la educación secundaria y superior, las obligaciones que imponen los pactos son distintas. Para la educación secundaria, los tratados establecen la obligación de asegurar un acceso general y sin obstáculos a través de diversos instrumentos, entre ellos la implantación progresiva de la gratuidad. En la educación superior se mantiene esta misma obligación, pero se introduce la posibilidad de establecer como criterio de selección el mérito individual. En otras palabras, el acceso a la educación superior puede estar determinado por un sistema de meritocracia, pero los obstáculos económicos deben ser removidos por distintos medios, entre ellos la implantación progresiva de la gratuidad.

Esta tríada de obligaciones de los Estados en relación con la accesibilidad económica del derecho a la educación encuentra sustento en dos fuentes. De un lado, los tratados internacionales y las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, especialmente a través de las Observaciones 11 y 13. De otro lado, los informes de la Relatora Especial de las Naciones Unidas para el Derecho a la Educación, que constituyen la doctrina internacional autorizada en el tema.

Sin entrar en un análisis detallado de estos documentos, de ellos es posible extraer una serie de puntos claros y otros más polémicos acerca del alcance del derecho a la educación a nivel internacional. Por un lado, existe claridad sobre la obligación de acceso gratuito en el caso de la educación primaria. Así lo establecen varios apartes de las Observaciones Generales 11 y 13. Por ejemplo, la Observación General No. 11 señala en el numeral 7 que el requisito de gratuidad es de carácter “inequívoco”, pues “se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño”. Así mismo, la Observación General No. 13 establece como rasgo distintivo del derecho a la enseñanza primaria el carácter de ser “asequible a todos gratuitamente” (numeral 10) y señala además que “mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados partes que implementen gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita” (num. 6.b, parte iii). De esta manera, con base en las disposiciones internacionales y en la doctrina autorizada, es posible afirmar que también es clara la obligación de los Estados de garantizar un sistema gratuito de educación primaria.

En cambio, en torno a la gratuidad en la educación secundaria y superior existe mayor polémica. La lectura del Pidesc y de las Observaciones Generales 11 y 13

permite afirmar que existe una obligación para los Estados de implantar progresivamente la gratuidad de la enseñanza secundaria y superior. Esto significa que “si bien los Estados deben atender prioritariamente a la enseñanza primaria gratuita, también tienen la obligación de adoptar medidas concretas para implantar la enseñanza secundaria y superior gratuitas” (Comité DESC, Observación General No. 13, Párr. 14). Sin embargo, la obligación de gratuidad para la educación secundaria y superior es menos fuerte, si se le compara con esta misma obligación en el caso de la educación primaria. Como lo señala la Observación General No. 13, “mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita” (Comité DESC, Observación General No. 13, Párr. 6 apartado b, num. iii). Por esta razón, en la actualidad se debate si en realidad existe una obligación de establecer la gratuidad para la educación secundaria y superior, o si la gratuidad no es más que uno de los mecanismos (dentro de otros posibles) que tiene el Estado para garantizar el acceso a la educación secundaria y superior.

Además, en el caso de la educación superior, el Estado no tiene la obligación de garantizar una enseñanza “generalizada y accesible a todos” – como sí sucede en el de la educación primaria y secundaria–, sino que “debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno”. La diferencia radica en que mientras la educación primaria y secundaria debe ser accesible a todos por igual, en el caso de la educación superior “no ‘debe ser generalizada’, sino solo disponible ‘sobre la base de la capacidad’, capacidad que habrá de valorarse con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada cual” (Comité DESC, Observación General No. 13, Párr. 19).

El carácter progresivo de esta obligación, sin embargo, no quiere decir que cualquier tipo de acción - o incluso inacción - estatal es permitida. Al respecto, el PIDESC es esclarecedor en el numeral 1° del artículo 2°, el cual dispone que cada uno de los Estados Partes de ese Pacto “se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Así, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-393 de 2007, no solo resaltó que esta norma forma parte del bloque de constitucionalidad, sino que además integró a este bloque la interpretación autorizada de esta disposición realizada por el Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su Observación General N° 3, en el sentido de que “aun que el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de las limitaciones de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato”. Entre ellas está la de “adoptar medidas”, las

cuales “deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”².

Este breve balance sobre la gratuidad de la educación permite afirmar que si bien existe discusión sobre la exigibilidad inmediata de esta obligación en el caso de la educación secundaria y superior, para la **educación primaria se trata de una obligación claramente establecida por los tratados y la doctrina vinculante** en el tema. Es más, este deber es tan claro que el artículo 14 del Pidesc establece una especie de norma de transición para los Estados que al momento de hacerse parte de este Pacto aún no hubieran podido instituir la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria. En efecto, dicha disposición señala que tales Estados adquieren la obligación de “elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos”. A pesar de que este Pacto fue ratificado por Colombia en 1968 y empezó a regir desde 1976, hasta el momento el Estado colombiano no ha adoptado dicho plan, lo que significa que lleva más de 30 años incumpliendo este deber.

Ahora bien, no obstante la claridad de los mandatos internacionales, la regulación constitucional colombiana suscita algunas perplejidades porque la Constitución de 1991 establece un modelo mixto frente al derecho a la educación.

Por un lado, la Constitución y la Corte han entendido la educación como un servicio que se provee dentro de un mercado. De otra parte, se ha reconocido a la educación como un derecho, incluso de carácter fundamental. Por esta razón, la Constitución, al mismo tiempo que estimula mecanismos de mercado para garantizar el acceso a la educación, impone obligaciones al Estado para que garantice la educación como derecho.

El artículo 67 de la Constitución establece que la educación es “obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica”. Sin embargo, señala que la responsabilidad de cumplir esta obligación es del “Estado, la familia y la sociedad”. Posteriormente, sobre el tema de la gratuidad, este mismo artículo señala que la “educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos”. De esta manera, la Constitución establece que la educación es gratuita, pero solo para aquellos que no pueden pagar sus costos.

En este sentido, parecería que la Constitución consagra, en lugar de la gratuidad de la educación primaria, un subsidio condicionado a la incapacidad de pago de los hogares. Ahora bien, si los tratados internacionales establecen la gratuidad del

² Corte Constitucional, sentencia C-393 de 2007, fundamento 17, M.P: Manuel José Cepeda..

derecho a la educación primaria para todas las personas, sin establecer una distinción por el ingreso económico de las familias, entonces parece haber en esta materia una contradicción entre la Constitución y los pactos internacionales.

Esta aparente tensión normativa podría ser resuelta por la Corte a través de varias vías. Una primera alternativa sería dar prioridad a la Constitución sobre los tratados. Desde esta perspectiva, las normas internacionales no tendrían ninguna relevancia en el ordenamiento colombiano, ya que este se funda en la jerarquía normativa de la Constitución sobre la cual no existe ninguna otra norma superior (artículo 4 CP). Por consiguiente, si la Constitución establece que la gratuidad de la educación depende de la capacidad de pago de las personas, es posible que las autoridades puedan cobrar derechos académicos a aquellos que están en capacidad de sufragar estos costos. Sin embargo, esta interpretación es insostenible porque desconoce toda la jurisprudencia constitucional que señala que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia conforman un “bloque de constitucionalidad” de igual jerarquía que la Constitución. Además, como lo veremos más adelante, la Corte se ha separado de esta interpretación con base precisamente en la interpretación conjunta de los artículos 67 y 44 de la Constitución, así como de los tratados internacionales citados en la demanda y en esta intervención. Así, haciendo uso, entre otros, de los principios *pro personae* y *pro infante* establecidos por estas normas, la Corte ha llegado a la conclusión que esta alternativa no puede más que descartarse.

La segunda alternativa de interpretación consiste en aceptar que existe una contradicción entre las normas internacionales y las constitucionales. Para resolver dicha contradicción no sería posible aplicar aquella norma de mayor jerarquía, dado que, en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución), ambas normas tienen la misma jerarquía. La forma de resolver dicha contradicción sería apelar al principio *pro personae*, que obliga a dar aplicación a aquella interpretación más favorable a los derechos humanos. De esta manera, las normas internacionales prevalecerían sobre las constitucionales, en tanto que dan una protección más amplia en la educación primaria, al consagrar la gratuidad universal y no en razón a la capacidad económica. Esta alternativa, sin embargo, no alcanza a cubrir de manera integral las posibilidades que presenta el criterio de la edad frente a los distintos niveles educativos y las correspondientes obligaciones del Estado.

Finalmente, una última posibilidad de interpretación estaría en afirmar que no existe contradicción alguna y que es posible armonizar las obligaciones del Pacto con las que establece la Constitución. Una interpretación que armoniza los dos tipos de obligaciones, sin restarles eficacia normativa, sostiene que en principio la educación es gratuita, aunque deben pagarla quienes tienen capacidad de compra, salvo en el caso de la educación primaria, que es obligatoriamente gratuita para todos. Esta interpretación armónica encuentra sentido en el artículo 93 de la Constitución, que establece que los derechos constitucionales tienen que interpretarse de conformidad con los pactos de derechos humanos ratificados por Colombia. En efecto, Colombia ha ratificado al menos cinco pactos internacionales

que imponen el deber de gratuidad en la educación primaria, a saber: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo de San Salvador, la Convención de los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos Humanos. En esta medida, la armonización es necesaria y se impone la gratuidad.

En nuestra opinión, esta última alternativa es la más apropiada y protectora, pues encuentra un balance interpretativo adecuado entre los textos de los tratados y el lenguaje de la Constitución Política.

Ahora bien, aun cuando la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tendido a adoptar este modelo de interpretación, hasta ahora no lo ha hecho de manera expresa. Por un lado, existe jurisprudencia de la Corte donde se afirma que, de conformidad con los pactos internacionales, la educación primaria es gratuita³. Pero, por otro lado, la Corte se ha abstenido de ordenar la gratuidad de la educación primaria para todos los peticionarios en algunas decisiones concretas, aunque ha reconocido la gratuidad de este derecho en grupos específicos, como la población desplazada (T- 025 de 2004)⁴. Así, por ejemplo, en un caso (Sentencia T- 550 de 2005) en el que un hombre de escasos recursos presentó una tutela por desconocimiento del derecho de sus hijos a la educación, argumentando que el colegio le exigía el pago de costos educativos por concepto de reparación de pupitres, equipos de informática y, en general, costos suplementarios que el demandante consideraba excesivos. La Corte consideró que, en efecto, el colegio había vulnerado los derechos de estos menores⁵, pero no por el hecho mismo de cobrar para aceptarlos en la institución educativa, sino porque el cobro era excesivo, teniendo en cuenta el estrato socioeconómico del padre de familia. Esta decisión es extraña porque si, de acuerdo con los tratados internacionales, la educación primaria es gratuita para todos, con independencia del estrato socioeconómico al que pertenezca la persona, la Corte debió ordenar que el ingreso a la entidad educativa pública no estuviera condicionado a ningún pago. No obstante, la Corte consideró que era legítimo que las instituciones educativas públicas establecieran la gratuidad solo para los miembros de estratos sociales más bajos, quienes entonces solo debían cancelar los servicios

³ Véase Sentencia C-210 de 1997. En este caso, la Corte se pronunció contra el artículo 186 de la Ley General de Educación que establecía una prioridad para el ingreso y el estudio gratuito en las entidades educativas del Estado para los hijos de algunos servidores públicos. Al respecto, la Corte señaló que “la educación gratuita en los establecimientos estatales es un derecho para todo aquel que ingrese a tales instituciones y no puede limitarse solamente a servidores públicos”.

⁴ En esta sentencia se señaló que respecto del mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado para la población desplazada, “el Estado está obligado, como mínimo, a garantizar la provisión de un cupo escolar a cada niño desplazado en edad de educación obligatoria, en un establecimiento educativo público” (Sentencia T-025 de 2004).

⁵ La Corte no tuteló el caso concreto considerando que se trataba de un hecho superado porque el padre de familia finalmente había pagado los costos exigidos por la institución educativa. A pesar de esta consecuencia práctica, para efectos doctrinales la Corte se pronunció sobre las decisiones de los jueces de instancia en el caso (que habían negado la tutela por considerar que no se violó el derecho a la educación) y decidió revocarlas.

complementarios, y que solo se violaba el derecho a la educación en la medida en que dichos cobros sobrepasaban el monto establecido para el estrato socioeconómico del demandante.

En época reciente, sin embargo, la Corte Constitucional ha tendido a acercarse a la interpretación que proponemos. Así por ejemplo, en las sentencias T-787 de 2006 y T-1030 de 2006, la Corte Constitucional presentó la cuestión de manera más clara. Estos casos se referían a la denegación de gratuidad a niños menores de cinco años quienes estaban en nivel de educación preescolar. La Corte entonces reconoció que la redacción del artículo 67 de la Constitución genera inquietudes como, por ejemplo, dentro de qué edades la educación es obligatoria y cuáles son los grados de instrucción que el Estado está en la obligación de garantizar. Frente a esta cuestión la Corte señaló que debía aplicarse una “interpretación armónica del artículo 67 de la Carta, con el artículo 44 *ibídem* y con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado Colombiano en la materia, [lo cual] lleva a concluir que la educación es un derecho fundamental de todos los menores de 18 años”. De esta manera, la Corte tuteló los derechos de los peticionarios.

Específicamente, respecto de la cuestión, la Corte expuso:

En este orden de ideas, la Corporación ha precisado (i) que la edad señalada en el artículo 67 de la Constitución, interpretado a la luz del artículo 44 *ibídem*, es sólo un criterio establecido por el constituyente para delimitar una cierta población objeto de un interés especial por parte del Estado; (ii) que el umbral de 15 años previsto en la disposición aludida corresponde solamente a la edad en la que normalmente los estudiantes culminan el noveno grado de educación básica, pero no es un criterio que restrinja el derecho a la educación de los menores de edad, pues de afirmar lo contrario, se excluirían injustificadamente del sistema educativo menores que por algún percance –de salud, de tipo económico, etc.- no pudieron terminar su educación básica al cumplir dicha edad⁶, y (iii) que las edades fijadas en la norma aludida no puede tomarse como criterios excluyentes sino inclusivos⁷.

Esta jurisprudencia fue recientemente reiterada por la Corte mediante la sentencia T-294 de 2009. Si bien con esto pareciera cerrarse la cuestión interpretativa a favor de la tesis que los intervinientes defendemos, consideramos que este caso le permite a la Corte ahondar en esta cuestión y, a través de una decisión de la Sala Plena, terminar con cualquier tipo de ambigüedades que permitan que normas como las que se acusa en la demanda, o actos de autoridades educativas como

⁶ Sentencia T-323 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ Sentencia T-787 de 2006, M.P.: Margo Gerardo Monroy Cabra.

los que dieron origen las tutelas mencionadas, se sigan amparando en una concepción errada de los alcances del texto constitucional.

Es por ello que consideramos que este caso constituye una valiosa oportunidad para que la Corte Constitucional aclare el sentido y alcance del derecho a la educación y, fundamentalmente, el contenido de la obligación de gratuidad. Es decir, es una oportunidad para que efectúe explícitamente la interpretación armónica entre el texto constitucional y los pactos internacionales que integran el bloque, de tal modo que se deduzca que la posibilidad de establecer costos educativos excluye en cualquier caso el nivel de educación primaria. De esta manera, la Corte reiteraría su línea jurisprudencial sobre gratuidad en la educación y aclararía este componente de acuerdo con los niveles educativos, tal como lo establecen los tratados internacionales.

Con ello se esclarecerían las obligaciones de carácter inmediato que tiene el Estado frente a la gratuidad de la educación primaria y, en cuanto a otros niveles educativos como el preescolar, el secundario y el universitario, se ratificarían las reglas de progresividad y adopción de medidas concretas, las cuales también — como se vio antes— han sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte.

Así las cosas, el principio de la gratuidad de la educación primaria es, entonces, un estándar obligatorio en la política educativa. Según lo expuesto en la sección anterior, esta conclusión es suficiente para sostener que cualquier política estatal o local que vulnere este principio contradice los estándares normativos y en esa medida debería ser abandonada por inconstitucional. Ninguna política debería poder justificar, con base en criterios técnicos o económicos, la exclusión de este criterio.

No obstante, hay quienes argumentan que la realización de este deber de gratuidad sería constitucionalmente inconveniente por diversas razones económicas. En nuestro Centro de Estudios hemos estudiado cuidadosamente estos argumentos y hemos concluido que, contrario a estas críticas, existen suficientes argumentos para sostener que la universalización del principio de gratuidad es conveniente desde el punto de vista de la eficiencia económica, como lo explicaremos a continuación.

Dentro de los argumentos más recurrentes en contra de la universalización de las políticas de gratuidad de la educación primaria se encuentran tres. El primero es un argumento de restricción financiera, según el cual no existen los recursos suficientes para garantizar el derecho a la educación primaria gratuita a todos los niños y las niñas. El segundo es un argumento de inequidad. De acuerdo con esta tesis, las políticas de gratuidad universal no son equitativas porque financian por igual a quienes tienen recursos económicos y a quienes no los tienen. El tercer argumento es de calidad. Quienes exponen esta crítica asumen que la gratuidad universal de la educación genera una educación pública de mala calidad. Para quienes defienden este último argumento, precisamente ante la necesidad de aumentar la cobertura y sin recursos suficientes, la administración se verá forzada

a reducir la calidad de educación que se ofrece. Esta disminución en la calidad es especialmente perjudicial para los niños de las familias más pobres porque, mientras que los niños de familias más adineradas siempre podrán acudir a colegios privados de mejor calidad, aquellos no tendrán otra opción que acudir a una educación pública degradada. De esta manera no solo se repite el círculo vicioso de ofrecer educación de mala calidad para los más pobres, sino que además se conserva la segregación social, pues la educación pública será vista como una educación de mala calidad y solo para “pobres”.

Por estas razones, los críticos de la gratuidad universal de la educación insisten en la conveniencia de políticas alternativas a la gratuidad, tales como la focalización de los subsidios educativos para entregarlos a los realmente pobres y las transferencias condicionadas a la asistencia. Sin embargo, una política educativa que no asigna gratuitamente el bien de la educación primaria a todos por igual, sino que se basa en la diferencia de ingreso para asignarlo, puede resultar inconveniente por varias razones. En esta línea, Amartya Sen ha desarrollado una serie de argumentos en contra de la tendencia recurrente en políticas públicas de subordinar la ayuda a la constatación de la falta de ingresos, que resulta particularmente relevante en el caso de la educación primaria⁸.

El primer argumento está relacionado con las distorsiones en la información que provocan las estrategias que no aseguran el acceso gratuito. Las políticas de subsidio condicionadas a la falta de ingresos generan incentivos perversos para el suministro correcto de la información. Si lo que se requiere para acceder a la ayuda estatal es demostrar bajos ingresos, muchas personas van a informar ingresos menores que los realmente recibidos con el fin de mantener el subsidio, mientras que otros van a abstenerse de solicitar el subsidio por considerar una deshonra tener que declararse pobres. Esta dinámica genera una asignación ineficiente de los recursos porque no es fácil establecer mecanismos apropiados para focalizar a la población que debería recibir el subsidio.

Esta crítica es particularmente relevante en el caso de la educación en Colombia pues el cobro de los costos de matrícula y complementarios depende del estrato establecido en la encuesta Sisben. Sin embargo, como se ha mostrado en numerosas ocasiones, la encuesta Sisben no parece ser un mecanismo adecuado para la inclusión de la población beneficiaria. Los problemas se presentan especialmente en los mecanismos para identificar la pobreza o la incapacidad de pago y en la aplicación de la encuesta.

Respecto de los criterios de inclusión, muchos analistas señalan problemas tales como que la encuesta no refleja los cambios en la capacidad de pago, privilegia la evaluación de bienes y de otros logros acumulados históricamente que pueden no decir mucho sobre la capacidad actual de las personas, y adopta mecanismos punitivos frente a la promoción social, como cuando evalúa la educación de las

⁸ Cfr. Sen, Amartya (2000). *Desarrollo y libertad*. Bogotá: Planeta.

personas⁹. De esta manera, la encuesta deja sin incluir a numerosos beneficiarios que no tienen capacidad para pagar la educación de sus niños y niñas. Además, desmotiva a aquellas personas que cumplen las condiciones para ser admitidas por la encuesta a exigir aquello a lo que tienen derecho.

La segunda crítica de Sen está relacionada con la distorsión en los incentivos. De acuerdo con el economista indio, la ayuda condicionada a los ingresos puede influir en la conducta económica de los individuos, al disuadirlos de realizar otro tipo de actividades económicas que les reporten un cambio en su nivel de ingresos. Esta crítica es muy similar a la ya conocida “trampa de desempleo” que opera en los subsidios condicionados a la ausencia de medios económicos. El efecto perverso de este tipo de subsidios consiste en que desincentiva al beneficiario a conseguir un empleo o a aumentar sus ingresos a través de una actividad productiva, porque esto implicaría que perdería el subsidio. Como lo señala Van Parijs, “si cada euro de ingreso es compensado con la pérdida de un euro de subsidio, uno no tiene que ser especialmente vago para rechazar un empleo que podría mermar esos ingresos o para no buscar activamente esos trabajos”¹⁰. De esta manera, si los subsidios sociales (en educación y salud) están condicionados a la encuesta del Sisben y la inclusión en dicha encuesta depende del nivel de pobreza, entonces las personas preferirán no participar en nuevas actividades productivas con tal de no ser excluidos del estrato que les permite acceder al subsidio.

La tercera crítica resalta la estigmatización a la que pueden ser sometidos los individuos subsidiados. De acuerdo con Sen, “un sistema de ayuda que obligara a una persona a declararse pobre (...) tendería a repercutir en su amor propio, así como en el respeto a los demás”¹¹. Estimular el amor propio puede parecer en principio un objetivo poco importante para la política social. Sin embargo, su análisis requiere una atención especial porque el sentimiento de estigmatización puede desestimular la solicitud de ayudas. Al contrario, con la universalización de la educación gratuita, todos los niños y las niñas podrían asistir a los mismos colegios sin que se pudiera diferenciar entre el niño pobre que recibe un subsidio de aquel que puede pagar su ingreso, y todos accederían a la misma educación como ciudadanos de igual categoría.

La cuarta crítica en contra de la ayuda condicionada a la comprobación de falta de medios está asociada con los costos administrativos y la corrupción que puede generar la administración de un sistema de subsidios focalizados. De acuerdo con Sen, los procedimientos de selección de los destinatarios pueden implicar altos

⁹ Barajas, Cristina, Conversa, Luigi y Vega Romero, Román (2002). La focalización de subsidios para aseguramiento en salud: percepción de usuarios, funcionarios y autoridades locales, y distritales. en *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, pp. 96-115.

¹⁰ Van Parijs, Philippe (2002). Renta básica: una idea simple y poderosa para el siglo XXI, en: Van Parijs, Philippe. *Hacia una concepción de la justicia social global* (pp. 91-141). Medellín: ENS, Fundación Confiar.

¹¹ Cfr. Sen, Amartya (2000). Ob. Cit. Bogotá: Planeta. Pág. 171.

costos administrativos, dado el importante volumen de información por procesar. En un sentido similar, el economista colombiano Alfredo Sarmiento ha sostenido en discusiones públicas que en países muy pobres es más fácil focalizar a los ricos que a los pobres. Por ello, concluyen autores como Sarmiento, es administrativamente menos costoso incluir a los ricos en el derecho universal que se le da al conjunto de la población, que establecer un mecanismo informativo para identificar a los beneficiarios pobres. Pero, sin duda, el elemento más grave es que una burocracia grande que fiscaliza la asignación de recursos hace más factible la corrupción. Esto sucede, de un lado, porque el burócrata que realiza la clasificación conserva siempre un poder de definición que puede ser influenciado por alguien. Y, de otro lado, porque cuando las personas aumentan su capacidad de pago, son castigadas con la pérdida del subsidio, por lo que se ven inducidas a mentir sobre sus ingresos para mantenerlo.

En quinto lugar, el manejo de la información de beneficiarios también comporta una cierta pérdida de intimidad y autonomía de las personas beneficiarias, quienes deben revelar datos muy personales al someterse a los programas de investigación y seguimiento que buscan determinar si realmente carecen de los medios económicos para ser elegibles para el subsidio.

El sexto argumento a favor de una política de educación universal y gratuita es que promueve a la escuela como un espacio de encuentro ciudadano universal y policlasista. En efecto, si la escuela logra ofrecer un servicio de educación con calidad asequible tanto a pobres como a ricos, entonces puede convertirse en un lugar donde personas de distintas clases socioeconómicas puedan encontrarse y proteger así un mismo bien público.

El séptimo argumento está directamente relacionado con el anterior. Una oferta universal de educación primaria gratuita al conjunto de la ciudadanía no solo genera espacios de encuentro ciudadano, sino que permite asegurar la sostenibilidad política de estos programas sociales en el futuro. Los programas focalizados en los más pobres corren el riesgo, después de un tiempo, de que las clases más pudientes, que pagan los impuestos necesarios para subsidiar esos programas sin beneficiarse en nada de ellos, simplemente dejan de apoyarlos, sin que los más pobres puedan oponerse a ello por contar con poco poder político.

La gratuidad recordaría, finalmente, que la educación es esencialmente un derecho, y no una mercancía. Esta diferencia es importante porque, como lo sostiene Karl Polanyi en su análisis clásico de economía de mercado mundial, si bien es admisible que existan sociedades con economía de mercado, lo que es intolerable es una "sociedad de mercado"¹². No todos los bienes pueden ser pensados desde una racionalidad estrictamente mercantil. Es fundamental mantener parcialmente por fuera del mercado cierto tipo de servicios que deben ser considerados como derechos, como bienes meritorios que todas las personas

¹² Polanyi, Karl (2003). México: Fondo de Cultura Económica.

merecen como una condición de dignidad personal, y no como una mercancía o como una inversión en capital humano. Si la educación fuera vista solo desde esta última perspectiva, se llegaría a conclusiones insostenibles en términos de derechos, como que únicamente deberían acceder a ella quienes puedan pagarla (educación como mercancía), o que no es viable ofrecer educación con recursos públicos cuando la tasa de retorno no sea atractiva financieramente (educación como inversión). Una política de este último tipo vería como poco productiva, por ejemplo, la promoción de la educación pública para los discapacitados, porque ella supone una inversión financiera muy alta, con tasas de retorno muy bajas. Pero es obvio que dichas personas tienen derecho a una educación especial por su condición de seres humanos.

Las anteriores consideraciones de economía política muestran que la política de subsidios educativos focalizada en los más pobres es menos sencilla de lo que a veces parece y que, al contrario, existen ventajas considerables en la universalización de la educación gratuita, al menos en primaria. En este aspecto parecen entonces coincidir las exigencias normativas derivadas del contenido del derecho a la educación con la lógica económica.

2. Bajo las reglas de gratuidad antes establecidas la norma demanda es parcialmente inconstitucional

Ahora bien, el análisis anterior nos sugiere entonces que la norma demandada no se ajusta de manera integral al estándar constitucional de gratuidad. Ello pues autoriza al Gobierno Nacional para que regule los cobros que pueden hacerse por concepto de derechos académicos en establecimientos educativos estatales, sin excluir a los establecimientos de educación básica primaria, en los cuales tales cobros deben estar prohibidos. No obstante, bajo la misma línea de argumentación, la norma también regula estos cobros en establecimientos de educación secundaria y universitaria, lo cual, en principio, no contradice la interpretación armonizante que hemos expuesto y, en este sentido, la norma resulta solo parcialmente inconstitucional.

Por tales razones, los intervinientes consideramos que en este caso es pertinente que la Corte declare la constitucionalidad condicionada del artículo 183 de la Ley 115 de 1994, de forma tal que el mismo sea interpretado en el sentido de que otorga al Gobierno Nacional una competencia para regular cobros que se ajusten al principio progresivo de gratuidad establecido por la Constitución y los pactos de derechos humanos para los niveles de educación secundaria y universitaria. Pero que dichos costos resultan inconstitucionales en el nivel de educación básica primaria y, por ende, el artículo 183 de la Ley 115 no puede otorgar competencia al Gobierno para regular ningún tipo de cobros relacionados con este nivel educativo.

Así, la Corte Constitucional tendría dos posibilidades técnicas para excluir del ordenamiento jurídico la interpretación inconstitucional de la expresión acusada: (i)

declarar la exequibilidad condicionada de la norma de tal forma que la misma sea considerada constitucional solo en el entendido de que los cobros educativos podrán regularse para los niveles secundario y universitario, o (ii) declarar la inexecutable de la interpretación de la norma acusada que permite el cobro de tasas educativas, reguladas por el Gobierno Nacional, en el nivel educativo de básica primaria.

Los intervinientes admitimos que esta solicitud de pronunciamiento en sentido condicionado puede resultar extraña a la Corte teniendo en cuenta que, en recientes providencias como la sentencia C-1299 de 2005, la Corte Constitucional ha adoptado una postura de conformidad con la cual los ciudadanos que presentan acciones de inconstitucionalidad no pueden solicitar en ellas la declaratoria de exequibilidad condicionada de las normas acusadas, sino simplemente la declaratoria de inexecutable, ya que la Corte es la única competente para analizar si tal condicionamiento procede o no.

Consideramos, sin embargo, que esa postura es errada en términos de procedimiento constitucional y que además va en contra del principio de justicia rogada propio de la justicia constitucional, pues si se admite que la Corte Constitucional es competente para proferir decisiones de constitucionalidad condicionada de las normas, es apenas obvio que también se admita que el ciudadano pueda solicitárselo en aquellos eventos en los que lo considere pertinente. Como lo afirmó el Magistrado Humberto Sierra Porto en el salvamento de voto que hizo a la sentencia C-1299 de 2005: “Resulta pues, incomprensible que la Corte Constitucional pueda dictar - como lo ha hecho en innumerables ocasiones - sentencias interpretativas y se prohíba a las ciudadanas y a los ciudadanos realizar una solicitud en este sentido, esto es, exigir por medio de la acción pública de inconstitucionalidad que se declare la constitucionalidad condicionada de una Ley”.

Por ello, aprovechamos esta oportunidad para solicitar a la Corte que se aparte de la postura anterior, de forma tal que admita que los ciudadanos - como quienes suscribimos la presente intervención ciudadana - puedan solicitarle la constitucionalidad condicionada de una norma cuando así lo consideren oportuno.

Sin embargo, en caso de que la Corte decida mantener tal postura, esta podría tener en cuenta nuestro argumento de constitucionalidad condicionada a manera de pretensión subsidiaria de la pretensión principal derivada de la demanda. El argumento central de la sentencia C-1299 de 2005 para concluir que los ciudadanos no pueden solicitar una constitucionalidad condicionada de una disposición legal es que la acción que ejerce el ciudadano, en los términos literales del artículo 241 de la Carta, es de inconstitucionalidad y no de constitucionalidad, por lo que no puede el ciudadano hacer una solicitud de exequibilidad condicionada, ya que estaría pidiendo a la Corte que confirme y declare la constitucionalidad de la norma demandada. Ahora bien, aunque como ya lo señalamos, no compartimos esa visión de la Corte, creemos que incluso si se acepta la tesis de que la acción pública es de inconstitucionalidad y no de

constitucionalidad, es de todos modos procedente una solicitud de exequibilidad condicionada por la sencilla razón de que esta equivale a solicitar la inexecutable de ciertos entendimientos de la disposición acusada. Es más, en ciertos ordenamientos, como el italiano, la técnica que usualmente utiliza la Corte Constitucional no es fijar, por una declaración de constitucionalidad condicionada, la interpretación autorizada de la disposición acusada, sino excluir, por una sentencia de inconstitucionalidad, los entendimientos inadmisibles de la norma demandada. La razón de esa técnica es maximizar la autonomía interpretativa del juez ordinario, pues el juez constitucional no fija el único sentido de la disposición legal, sino que únicamente excluye aquellos entendimientos que resultan inconstitucionales.

Nada se opone en la Carta a que la Corte Constitucional recurra a esa técnica de excluir del ordenamiento, por medio de una sentencia de inexecutable, ciertas interpretaciones de una disposición demandada, en vez de proceder a fijar su único sentido por medio de una sentencia de exequibilidad condicionada. En esas condiciones, un camino que podría seguir entonces la Corte sería declarar no la exequibilidad condicionada de la norma acusada sino la inexecutable de ciertos entendimientos de las mismas. Estos entendimientos, como se ha señalado, serían aquellos que susciten limitaciones a la protección del principio de gratuidad en el nivel educativo primario.

De la honorable Corte, atentamente,

Rodrigo Uprimny Yepes
C.C. No. 79.146.539 de Usaquén
Director
Centro de Estudios de Derecho,
Justicia y Sociedad DeJuSticia

Luz María Sánchez Duque
C.C. No. 30.233.501 de Manizales
Investigadora
Centro de Estudios de Derecho,
Justicia y Sociedad DeJuSticia

Nelson Camilo Sánchez León
C.C. No. 11.203.155 de Chía
Investigador
Centro de Estudios de Derecho,
Justicia y Sociedad DeJuSticia