
LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

En el presente capítulo abordo cuál ha sido el tratamiento que la Corte Constitucional colombiana ha dado al derecho a la educación, desde la perspectiva de su exigibilidad y del control sobre medidas regresivas tomadas en dicho ámbito. Para ello, elaboraré una contextualización de la consagración constitucional de este derecho, tomando en consideración la figura del bloque de constitucionalidad,¹⁹²

¹⁹² Esta figura, traída al ordenamiento jurídico colombiano del derecho francés y de otras experiencias del derecho comparado, ha tenido un importante desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y hace alusión al conjunto de disposiciones con rango constitucional, que fungen como parámetros de control de constitucionalidad, al igual que complementan y amplían el catálogo de derechos contenido en la Constitución Política. De conformidad con la jurisprudencia, podríamos afirmar que los componentes específicos que integran el bloque en sentido estricto son los siguientes: (i) los tratados sobre derechos humanos, cuya limitación esté prohibida durante los estados de excepción; (ii) los tratados internacionales que definen las fronteras del Estado; (iii) las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario; (iv) los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, cuando estos se encuentren reconocidos en la Carta. De igual manera, estarían incluidos en el bloque, considerado en sentido lato: (i) las leyes estatutarias y (ii) las leyes orgánicas, en lo pertinente. La doctrina ha considerado que también hacen parte de esta categoría las interpretaciones autorizadas de los tratados de derechos humanos elaboradas por instancias internacionales de protección como la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana o los órganos de control de la OIT. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional se ha mostrado reticente a incluir dicha doctrina, dentro de la categoría, aunque bien es cierto que ha reconocido que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye

esto es, sus principales características, sus contenidos esenciales y las obligaciones que para el Estado se desprenden a partir de su reconocimiento. De igual manera, expondré los principales desarrollos jurisprudenciales que han intentado establecer los contenidos del derecho a la educación exigibles judicialmente.

Con posterioridad, tomando en consideración las subreglas que dicha Corte ha establecido en relación con el tema de la progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, me centraré en los casos en los que ha debido realizar el examen de medidas regresivas en el ámbito de protección del derecho a la educación, con el fin de ilustrar los contenidos de la jurisprudencia en la materia. De esta manera, analizaré los avances que en el tema de la prohibición de retrocesos ha hecho la Corte Constitucional de mi país, concretamente en lo que hace relación con el derecho a la educación. Lo anterior me permitirá responder sobre el carácter que dicho Tribunal ha reconocido al principio de prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, al que se ha obligado, mediante la ratificación de los instrumentos internacionales que así lo consagran. Así, se trata de responder al siguiente interrogante: ¿la Corte Constitucional colombiana ha reconocido valor jurídico vinculante al principio de prohibición de regresividad, o por el contrario, lo ha considerado como un mero criterio de interpretación carente de valor obligatorio y, en consecuencia, no justiciable cuando se ve afectado en la esfera de protección del derecho a la educación? Asimismo, ilustraré cuál ha sido la orientación de las decisiones de esta Corte mediante la elaboración de una línea jurisprudencial que dé cuenta de la posición asumida en los casos de estudio y los cambios de jurisprudencia que se han producido en este tema.¹⁹³

una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, por ende, de los propios derechos constitucionales.

¹⁹³ Esta metodología ha sido propuesta por Diego López y ampliamente utilizada en el análisis jurisprudencial en Colombia, particularmente en el seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a fin de evaluar la

1. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO, DE CONFORMIDAD CON LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE INTEGRAN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

1.1 Facetas de la educación y carácter de este derecho

La Constitución Política de Colombia de 1991 consagra en el artículo 67 el derecho a la educación.¹⁹⁴ Según esta disposición normativa, la educación asume dos facetas: de un lado, es un derecho fundamental¹⁹⁵ y, en segundo término, constituye un servicio público, cuya finalidad es lograr el acceso de todas las personas al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura, y formar a todos en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; de igual manera, esta disposición constitucional establece que la educación persigue el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y la protección del ambiente.

A pesar de que el derecho a la educación aparece consagrado en el capítulo dedicado a los derechos económicos, sociales y culturales de la Carta Fundamental colombiana y no dentro del catálogo de derechos fundamentales, la Corte Consti-

orientación y los cambios de precedente que ha asumido dicho Tribunal en gran diversidad de temas. Así, se trata de una herramienta de análisis dinámico de precedentes que se materializa gráficamente, a partir de una pregunta o un problema jurídico bien definido y que muestra las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema, lo cual permite reconocer si existe o no un patrón de desarrollo decisorial. La descripción detallada de la metodología y de su trasfondo teórico se encuentra en LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Legis - Universidad de los Andes, Bogotá, 2006, Capítulo 5: "La línea jurisprudencial: análisis dinámico de precedentes", pp. 139-192.

¹⁹⁴ Esta disposición normativa se encuentra incluida en el Título II "De los derechos, las garantías y los deberes", Capítulo II "De los derechos sociales, económicos y culturales".

¹⁹⁵ Si bien este derecho no se encuentra inserto en el Capítulo I del Título II de la Constitución Política, que es el que contiene el conjunto de derechos fundamentales, la Corte Constitucional, dentro del ejercicio de interpretación de la Carta ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la educación.

tucional ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la educación en dos eventos principales: (i) cuando quien demanda la prestación del servicio es un menor de edad, por mandato expreso del artículo 44 de la Constitución;¹⁹⁶ y (ii) cuando la amenaza o vulneración del derecho a la educación, implica la amenaza o vulneración de otro derecho de carácter fundamental,¹⁹⁷ ya se trate de derechos como la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad o el debido proceso. Los casos más frecuentes en que la violación del derecho a la educación se deriva de la afectación de otro derecho fundamental que se han presentado ante dicha Corte, son: a) por vulneración del derecho a la igualdad de acceso o de permanencia en el sistema educativo, o por discriminación ejercida por la institución educativa; b) en situaciones en las que se viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad del estudiante, por restricciones injustificadas a la apariencia personal o a decisiones del ámbito privado; c) por afectaciones relativas al ejercicio de la participación de los estudiantes en las decisiones que los afectan y en la comunidad educativa; d) ante la imposición de sanciones sin brindar al estudiante la oportunidad para presentar pruebas y ejercer su derecho de defensa; y e) por situaciones que tienen que ver con la aplicación de castigos degradantes o humillantes, violatorios de derechos tales como el de la integridad personal.¹⁹⁸

¹⁹⁶ El artículo 44 de la Constitución Política de Colombia consagra los derechos fundamentales de los niños, y dentro de éstos, incluye la educación y la cultura. Asimismo, consigna la cláusula de prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás.

¹⁹⁷ En términos prácticos, en el Derecho constitucional colombiano, los derechos de aplicación inmediata (C.P. artículo 85) y que se encuentran revestidos por la garantía del mecanismo constitucional de la acción de tutela (*Ibid.*, artículo 86), son aquellos incluidos en el capítulo de los derechos fundamentales. De esta manera, aquellos derechos que no se encuentran en dicho capítulo, no son reclamables judicialmente mediante el mencionado mecanismo constitucional. Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, también puede tener lugar la protección reforzada aludida en casos específicos en que éstos configuren auténticos derechos fundamentales y ha establecido un conjunto de sub reglas a fin de determinar si tal carácter tiene lugar o no, según sea el caso. Es de destacar que esta Corte ha producido una jurisprudencia muy garantista en materia de protección de derechos sociales por vía de tutela, en casos de los derechos a la salud, a la vivienda, a la educación y a la seguridad social, principalmente.

¹⁹⁸ Véase GÓNGORA, Manuel, *El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Defensoría del Pueblo de Colombia, Bogotá, 2003, p. 34 y ss.

Adicional a estos dos casos principales, el alto Tribunal colombiano también ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la educación en casos en que la persona afectada por la ausencia de la prestación es un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de las personas con discapacidad. Al respecto ha señalado que frente a este colectivo específico existe una protección reforzada proveniente del propio ordenamiento constitucional, de conformidad con el cual hay una prohibición expresa de discriminación y un deber de establecer medidas de diferenciación positiva tendentes a eliminar los obstáculos a los que debe enfrentarse este grupo social para acceder a tal derecho en igualdad de condiciones a los demás.¹⁹⁹

En virtud de la figura del bloque de constitucionalidad, los convenios internacionales ratificados por Colombia, que han reconocido ampliamente el derecho a la educación, forman parte del ordenamiento jurídico y, en esa medida, deben ser tenidos en cuenta en el desarrollo legislativo del derecho y en la formulación de políticas públicas en materia educativa. De esta manera, los instrumentos de derecho internacional que contienen disposiciones específicas de protección del derecho a la educación, son vinculantes para el Estado colombiano y especialmente relevantes en la definición de los contenidos mínimos esenciales²⁰⁰ que deben ser garantizados por éste. En el ámbito del derecho a la educación que ahora nos ocupa, son especialmente notables: el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

¹⁹⁹ Véase Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-884 de 2006.

²⁰⁰ La Corte Constitucional colombiana ha sostenido, en relación con el contenido esencial de un derecho, y específicamente respecto del derecho a la educación, que se trata de "[e]l 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". Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-944 de 2000.

Sociales y Culturales,²⁰¹ el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²⁰² los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño;²⁰³ y en el ámbito regional de protección, el artículo 13 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²⁰⁴ Asimismo, resultan de capital importancia aquellas cláusulas específicas tendentes a erradicar toda forma de discriminación en el ámbito educativo, tales como el artículo 10 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las

²⁰¹ Este Pacto fue ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968. El artículo 13 contempla un conjunto de principios que rigen el derecho a la educación. Así, este derecho debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana, a través de la capacitación de todas las personas para participar de manera efectiva en la sociedad. Además, debe promover el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, al igual que debe favorecer la comprensión y la tolerancia entre las naciones, y entre todos los grupos raciales, étnicos y religiosos, por el mantenimiento de la paz. Igualmente, da las pautas sobre los contenidos mínimos a garantizar por el Estado en los diferentes niveles de escolarización.

²⁰² Pacto ratificado, igualmente, por la Ley 74 de 1968 por el Estado colombiano. Esta disposición del PIDCP hace referencia al respeto de la educación religiosa y moral de los hijos acorde con las convicciones de los padres.

²⁰³ La Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991. Esta Convención cobra una importancia particular en materia de derecho a la educación, en tanto desarrolla el contenido de la cláusula del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 28 establece que los Estados deben procurar el ejercicio progresivo y en condiciones de igualdad de oportunidades de ese derecho, para lo cual debe: (i) implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; (ii) fomentar el desarrollo de la enseñanza secundaria, garantizando el acceso de todos los niños a ella, así como la adopción de medidas apropiadas tales como la implementación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad; (iii) conseguir que la enseñanza superior sea accesible a todos, sobre la base de la capacidad; (iv) hacer que todos los niños dispongan de orientación en asuntos educacionales y profesionales; y (v) adoptar medidas para reducir las tasas de deserción escolar y promover la asistencia regular a las escuelas. Asimismo, establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para velar por que la disciplina escolar sea ejercida de modo compatible con la dignidad humana del menor de edad y en respeto de las disposiciones de la Convención. A su vez, el artículo 29 de la Convención, consigna los propósitos que debe perseguir la educación en la formación de los niños, dentro de los cuales menciona: (i) el desarrollo de su personalidad y de su capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades; (ii) inculcarles el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; (iii) inculcarles, asimismo, el respeto de sus padres, de su identidad cultural, de su idioma y de sus valores, (iv) prepararlos para asumir una vida responsable, guiada por los valores de tolerancia e igualdad; y (v) inculcarles el respeto al medio ambiente.

²⁰⁴ El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador, fue ratificado por el Estado colombiano, mediante Ley 319 de 1996. En el ámbito regional interamericano, este es el instrumento de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. En relación con el derecho a la educación, contempla un contenido normativo adicional a aquellos insertos en los otros instrumentos reseñados, cual es el que tiene que ver con el deber del Estado de establecer programas de educación especial dirigidos a las personas con discapacidades, ya se trate de "impedimentos físicos o deficiencias mentales".

Formas de Discriminación contra la Mujer,²⁰⁵ y los artículos 5 y 7 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.²⁰⁶

1.2 Contenidos esenciales del derecho a la educación

En consideración a las disposiciones internacionales de protección del derecho a la educación, la Corte Constitucional ha ido precisando el contenido de este derecho y ha señalado que su núcleo esencial comprendería, a su vez, los derechos de disponibilidad, acceso, permanencia y calidad, al igual que algunos derechos de libertad, como la libertad de enseñanza, la autonomía universitaria, el derecho de los padres a escoger la educación que ha de brindarse a sus hijos, el derecho de participación de los estudiantes en las decisiones que los afectan y en la comunidad educativa, así como la libertad religiosa y la libertad sexual.²⁰⁷

a. Disponibilidad

En relación con este contenido esencial, dicha Corporación ha sostenido que la disponibilidad hace referencia a que todos los menores de edad tienen el derecho fundamental a la existencia de un sistema educativo público, con escuelas y plantas

²⁰⁵ Convención ratificada por el Estado colombiano, por Ley 51 de 1981. El artículo 10 dispone la adopción de una serie de medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la educación y garantizarle igualdad de oportunidades y condiciones con el hombre.

²⁰⁶ Ratificada por Colombia por medio de la Ley 22 de 1981. El artículo 5. e) v) establece que los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, en el goce del derecho a la educación y la formación profesional. El artículo 7, a su turno, estipula que los Estados Partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, particularmente en el ámbito de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para eliminar los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial.

²⁰⁷ GÓNGORA, Manuel, *El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, op. cit., pp. 37-38.

docentes suficientes para los niveles de enseñanza básica.²⁰⁸ Este elemento del núcleo esencial del derecho a la educación, implica también el derecho de los particulares a fundar establecimientos educativos, cuyos programas se encuentren conformes a los fines constitucional y legalmente estipulados.

b. Acceso

El derecho de acceso, por su parte, es el correlato de la disponibilidad, en tanto consiste en el derecho de todos los menores de edad a acceder a la educación pública básica obligatoria. Si bien la educación básica, en principio, sólo es obligatoria hasta los 15 años de edad, la Corte Constitucional colombiana ha hecho extensivo el derecho fundamental de acceso hasta el final de la minoría de edad, esto es, en el caso colombiano, los 18 años.

c. Permanencia

Otro de los contenidos esenciales del derecho a la educación es aquel que tiene que ver con la permanencia en el sistema educativo, de suerte que el niño o la niña tiene el derecho fundamental a permanecer en la educación básica pública gratuita, sin que pueda ser excluido de ella válidamente; este derecho es de aplicación incluso en el caso de que el menor se encuentre en un establecimiento educativo privado y esta garantía le protege de la expulsión durante el año escolar, a pesar de que los padres presenten mora en los pagos de matrículas y pensiones.

²⁰⁸ De conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política de Colombia, la educación básica es aquella que llega hasta el noveno grado; la educación será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y comprenderá, al menos un año de preescolar y nueve de educación básica.

d. Calidad

En cuanto al derecho a la calidad, la Corte Constitucional ha señalado que consiste en el derecho a un nivel adecuado que se corresponda con estándares mínimos de calidad, que permitan a los menores alcanzar los objetivos consagrados constitucional y legalmente, con independencia de sus condiciones socioeconómicas o culturales, y desarrollar las capacidades que los habiliten para producir conocimiento.²⁰⁹

La clasificación jurisprudencial por parte del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional de estos derechos como componentes del núcleo o contenido esencial del derecho a la educación tiene importantes implicaciones prácticas para el Estado, pues importa que su vigencia no puede quedar al arbitrio del Poder legislativo. Adicional a lo anterior, pero no menos importante, es la consecuencia que de ello se deriva, relativa a la prohibición *prima facie* de limitar la aplicación directa del núcleo esencial de este derecho, lo que quiere decir que el Estado se ve en la obligación de demostrar que, pese a todos los esfuerzos razonables, se encuentra en la imposibilidad de atenderlos sin descuidar la protección básica de otros derechos de igual categoría.²¹⁰ A estas importantes consecuencias se suma la obligación del Estado de ampliar progresivamente la protección del derecho, empezando por el objetivo de satisfacción plena de sus contenidos mínimos y la correlativa obligación de no adoptar medidas que impliquen retrocesos en los niveles de protección alcanzados.²¹¹

²⁰⁹ GÓNGORA, Manuel, *El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, op. cit., pp. 37-38.

²¹⁰ *Idem.*, p. 38.

²¹¹ Las obligaciones de progresividad y prohibición de retroceso en materia de protección de los derechos sociales, se desprenden, según fue analizado en el capítulo anterior de la tesis, del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual establece que los Estados Partes se comprometen a "adoptar

Veamos más a fondo cuáles son las obligaciones que el Estado adquiere en relación con la aplicación de este derecho.

1.3 Obligaciones del Estado en relación con la educación

El Estado tiene obligaciones específicas en el ámbito educativo, pues está llamado a garantizar la protección del derecho al menos en sus contenidos esenciales. Esto se desprende del mandato constitucional según el cual la educación tiene un doble carácter, como derecho y como servicio público que debe ser desarrollado por éste. De igual manera, son los propios instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano, los que le asignan ciertos deberes ineludibles. Éste adquiere así el compromiso de desarrollar un conjunto de actividades sistemáticas y continuadas para garantizar el derecho a la educación, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien sea que lo realice directa o indirectamente, o que sea prestado por particulares. Dicho servicio público, de acuerdo con jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe regirse por los principios de eficiencia, continuidad y calidad,²¹² y tiene como propósitos principales el servicio a la comunidad, la búsqueda del bienestar general, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, y la elevación de la calidad de vida de la población.²¹³ Adicional a ello,

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". En un aparte posterior del presente capítulo, haré un análisis de la jurisprudencia constitucional que se ha ocupado de analizar medidas regresivas en el ámbito concreto del derecho a la educación.

²¹² Corte Constitucional del Colombia. Sentencia T-406 de 1993.

²¹³ La Constitución Política así lo estipula en sus artículos 334 y 366. El primero de ellos hace referencia a la dirección general de la economía por parte del Estado, el cual intervendrá, entre otras actividades, en los servicios públicos y privados, "para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano". Por su parte, el artículo 366 prescribe las finalidades sociales del Estado, dentro de las cuales

uno de los principales fines que persigue la educación es el logro de la igualdad material, mediante la prestación universal del servicio para los menores de edad, en tanto la igualdad de oportunidades educativas es presupuesto para que exista una igualdad de oportunidades vitales que redunde en iguales posibilidades de realización personal.²¹⁴ No cabe duda de que entre el derecho a la educación y los demás derechos existe una fuerte relación de interdependencia "no sólo porque una educación orientada hacia el respeto de los derechos humanos sea útil para evitar perjuicios a los mismos, sino también porque es una herramienta fundamental para el ejercicio del resto de los derechos humanos".²¹⁵ Es por ello que, como lo ha destacado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No. 13, el derecho a la educación "se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de [los derechos civiles y políticos]" así como del resto de derechos económicos, sociales y culturales, convirtiéndose así en "el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos".²¹⁶

Ligado a las características anteriores de la educación en su doble faceta, como servicio público y como derecho, existe un conjunto de obligaciones estatales propuestas por la anterior Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación,²¹⁷ y que han sido acogidas en la jurisprudencia constitucional

aparece como objetivo fundamental la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

²¹⁴ Corte Constitucional del Colombia. Sentencia T-002 de 1992.

²¹⁵ PARRA VERA, Oscar, ARÁNZAZU VILLANUEVA, María y ENRIQUE MARTÍN, Agustín, *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008, p. 292.

²¹⁶ Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, Vernor Muñoz Villalobos, *El derecho a la educación*, Informe de 17 de diciembre de 2004, Documento E/CN.4/2005/50, párrafos 41 a 46.

²¹⁷ Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, Katarina Tomaševski, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: 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 de enero de 1999, Documento E/CN.4/1999/49.

colombiana. Se trata de cuatro tipos de obligaciones: a) asequibilidad, b) accesibilidad, c) adaptabilidad y d) aceptabilidad.

a. Asequibilidad

Las obligaciones de asequibilidad implican el deber del Estado de crear y financiar instituciones educativas suficientes, de forma que cubra la demanda de ingreso al sistema educativo; abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas;²¹⁸ e invertir en infraestructura para la adecuada prestación del servicio. En síntesis, las obligaciones de este tipo comportan: (i) la libertad de los particulares para establecer instituciones educativas, (ii) la prohibición de cierre de centros educativos por parte del Estado, (iii) la necesidad de que las escuelas primarias estén al alcance de las comunidades rurales dispersas, (iv) el deber de ofrecer en las escuelas primarias cupos suficientes para todos los menores en edad de recibir enseñanza básica, y (v) la inversión en infraestructura para la educación, entre otras obligaciones que implican todas aquellas actividades tendentes a desarrollar una oferta completa para el cubrimiento de, al menos, la demanda de todos los niños y niñas en edad de asistir a la enseñanza básica.²¹⁹

b. Accesibilidad

Las obligaciones de accesibilidad son aquellas relativas a la protección del derecho individual de acceso al servicio educativo en condiciones de igualdad, para lo cual

²¹⁸ El inciso 1o. del artículo 68 de la Constitución Política de Colombia, dispone expresamente que los particulares cuentan con la posibilidad de fundar establecimientos educativos.

²¹⁹ GÓNGORA, Manuel, *El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, citado, p. 45. Estas obligaciones derivan directamente del propio texto constitucional que establece en su artículo 67, inc. 5o. que al Estado corresponde garantizar el adecuado cubrimiento del servicio de educación y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

es necesario que el Estado remueva cualquier tipo de discriminación que esté presente en este sistema y que implemente, a su vez, facilidades de acceso al servicio desde el punto de vista geográfico y económico.²²⁰ Según el informe preliminar de la anterior Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, "[l]a segunda obligación del Estado se refiere a garantizar el acceso a las escuelas públicas disponibles, sobre todo de acuerdo con las normas existentes por las que se prohíbe la discriminación. La no discriminación es el principio primordial de las normas internacionales de derechos humanos y se aplica a los derechos civiles y políticos así como a los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que a los derechos del niño comprendidos en esas dos categorías. La no discriminación no debe ser objeto de una aplicación progresiva sino que debe conseguirse inmediata y plenamente".²²¹ Dicha obligación del Estado, sin embargo, no se traduce de manera automática en un derecho fundamental para todo aquel que aspire ingresar en el sistema educativo, lo cual quiere decir que la accesibilidad depende del nivel de educación al que se aspire acceder y del titular del derecho. Así, por ejemplo, la educación a nivel de secundaria y enseñanza superior puede estar sujeta al pago de matrícula, mientras que los tratados internacionales obligan al Estado a asegurar el acceso gratuito a la educación básica a todos los menores en la edad de educación obligatoria, lo que por vía jurisprudencial se ha extendido hasta los 18 años.²²²

²²⁰ De conformidad con el artículo 67, inc. 4o. de la Constitución Política de Colombia, la accesibilidad desde la perspectiva económica, estará dada por el mandato en virtud del cual la educación debe ser gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

²²¹ Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, Katarina Tomaševski, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe preliminar de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación*, op. cit., párrafo 57.

²²² El propio Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 13 sobre el derecho a la educación, establece los compromisos que deben adoptar los Estados Parte en relación con el objetivo de lograr el pleno ejercicio de este derecho y establece claras diferenciaciones, según el nivel de enseñanza de que se trate. Así, estipula que "la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente"; con respecto a la enseñanza secundaria señala que ésta "debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita"; ya en relación con la

c. Adaptabilidad

Las obligaciones de adaptabilidad son aquellas que hacen que el Estado deba crear y mantener programas curriculares que propendan por la permanencia de los titulares del derecho en el proceso educativo, favoreciendo el respeto a la diferencia y al multiculturalismo.²²³ Esto quiere decir que el sistema educativo, incluso el privado, debe adaptarse de la mejor manera posible a los menores y no al contrario, como ha ocurrido tradicionalmente en que se obliga a los niños y niñas a adaptarse a cualquier establecimiento educativo, sin tomar en consideración sus particularidades. La adaptabilidad hace referencia a la importancia del contenido del proceso de aprendizaje y de tomar en consideración como un aspecto de especial relevancia los intereses del menor. La obligación de adaptabilidad comporta, asimismo, una revisión de los programas curriculares y de los libros de texto con el fin de eliminar los estereotipos que afectan a las minorías étnicas y raciales, a los inmigrantes y a las mujeres. Así, por ejemplo, la anterior Relatora Especial ha destacado los cambios producidos en el ámbito educativo en relación con la formación impartida a las niñas, sobre lo que ha señalado: "[d]urante los últimos decenios se han producido cambios profundos en el contenido de la educación: se ha pasado de educar a las niñas para que sean buenas amas de casa a liberarlas de los estereotipos de género y a permitirles que se desarrollen libremente".²²⁴ Otro ámbito de aplicación de las obli-

enseñanza superior, el Pacto es claro en establecer que la obligación comporta un grado menos elevado para el Estado, en la medida en que no tiene el deber de garantizar la asequibilidad ni la gratuidad de forma inmediata, sino que este nivel de enseñanza "debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita".

²²³ En este punto debe destacarse que la Constitución Política de Colombia establece, en el artículo 68, inc. 5o., que los integrantes de los grupos étnicos tienen derecho a recibir una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

²²⁴ Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, Katarina Tomaševski, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe preliminar de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación*, citado, párrafo 73.

gaciones de adaptabilidad ha sido el relativo a la protección de los menores con discapacidad, pues en virtud de estas obligaciones, las instituciones educativas que antes podían rechazar a un niño que no había podido adaptarse, deben ahora garantizar su permanencia en la institución, adaptándose a sus necesidades.²²⁵

d. Aceptabilidad

Las obligaciones de aceptabilidad tienen que ver con la calidad de la educación. Para asegurar niveles adecuados de calidad en la educación, el Estado debe velar por el cumplimiento de las normas mínimas para los establecimientos educativos, así como exigir altos parámetros para el ejercicio de la docencia.²²⁶ Con todo, los contenidos de las obligaciones de aceptabilidad han ido ampliándose, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, por manera que a este conjunto de obligaciones han sido incorporados temas como el de la etnoeducación, sobre todo en lo que tiene que ver con la educación de miembros de pueblos indígenas y minorías étnicas en la propia lengua, ya que la educación se hace inaceptable al ser impartida en una lengua diferente a la materna de los menores que la reciben.²²⁷ De igual manera, se incluyen obligaciones relacionadas con la prohibición de castigos corporales y la prestación del servicio público de educación en condiciones dignas.

²²⁵ La educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, aparecen como obligaciones especiales del Estado en el artículo 68, inc. 6o. de la Constitución colombiana.

²²⁶ En el caso colombiano, la Constitución dispone expresamente que "[c]orresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos..." (Art. 67, inc., 5o.). Por su parte, el inciso 3o. del artículo 68 *ibidem*, estipula que "[l]a enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica...".

²²⁷ Dentro de los principios fundamentales consagrados en la Constitución Política de Colombia, aparece aquel que dispone que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios; y que la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe (C.P., artículo 10).

1.4 Obligaciones de inmediato cumplimiento, de realización progresiva y de no retroceso en la esfera del derecho a la educación

En este punto, resulta de gran importancia retomar lo relativo a las obligaciones de inmediato cumplimiento y aquellas de cumplimiento progresivo en el ámbito de protección de los derechos sociales. Decíamos en el segundo capítulo que la progresividad supone una cierta gradualidad, en la medida en que la realización de los derechos no podrá lograrse en un periodo corto de tiempo, sin que ello quiera decir que el Estado no deba cumplir su obligación de adelantar todas aquellas actividades necesarias para lograr la plena efectividad de estos derechos de la manera más rápida y eficaz posible. Así mismo, hacíamos referencia a que esta noción de progresividad implica, a la vez, la idea de progreso en sí considerado, que consiste en la obligación de mejora en las condiciones de goce y ejercicio de los derechos.²²⁸ Y, por último, que dicha noción contiene un tercer elemento que es la prohibición de regresividad o retroceso que impide a los Estados la adopción de políticas públicas y medidas que representen una desmejora en la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que ya goza la población.²²⁹

En relación con el derecho a la educación, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que son obligaciones de cumplimiento inmediato: (i) garantizar el ejercicio del derecho a la educación sin discriminación alguna; (ii) adoptar medidas deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia el pleno ejercicio del derecho a la educación, hasta el máximo de los recursos

²²⁸ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 93.

²²⁹ *Ídem*, pp. 93-94.

de que el Estado disponga; y (iii) asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales del derecho a la educación.²³⁰

Queda claro, según lo anterior, que el Estado debe adoptar de forma inmediata medidas tendentes al logro de la plena efectividad de los derechos sociales, si bien se reconoce de igual manera la posibilidad de actuar de manera progresiva en la consecución de dicho fin. Los Principios de Limburgo interpretan estas obligaciones del Estado y disponen que todos los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen las siguientes obligaciones: a) comenzar de inmediato a adoptar medidas que persigan la completa realización de los derechos en él reconocidos; b) emplear todos los medios apropiados a fin de cumplir las obligaciones asumidas en virtud del Pacto, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales consistentes en la naturaleza de los derechos; c) adoptar medidas legislativas en casos en los que la legislación existente viole las obligaciones adquiridas bajo el Pacto; d) disponer de recursos judiciales efectivos que garanticen un debido proceso y el principio de doble instancia; e) definir los medios adecuados a emplear a fin de dar cumplimiento a sus obligaciones.²³¹

En igual sentido, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador) también consagra la obligación de

²³⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, 21 período de sesiones, Documento ONU E/C. 12/1999/10, párrafo 43.

²³¹ Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafos 16 a 20. Si bien estos Principios dotan de cierta autonomía a los Estados, en materia de diseño de medidas para cumplir sus obligaciones, también prescriben que el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, podrá revisar la adecuación de dichas medidas, con el asesoramiento del Comité, sin perjuicio de las competencias que al respecto puedan tener otros órganos de conformidad con lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas.

los Estados de adoptar medidas, pero precisa que el cumplimiento de dicha obligación debe tener en cuenta el grado de desarrollo del Estado y destaca la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter, cuando el ejercicio de los derechos establecidos en el Protocolo no esté garantizado aún por este tipo de normas.²³²

De la misma manera, es el propio Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el que establece que los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales "hasta el máximo de los recursos de que disponga[n]". Este contenido normativo ha sido interpretado por los Principios de Limburgo, que han precisado lo siguiente al respecto: a) los Estados Partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas; b) la fórmula de "los recursos de que disponga" hace referencia a los recursos con que cuenta un Estado, así como a los recursos provenientes de la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales; c) se deberá tener en cuenta el acceso y uso equitativo y eficaz de los recursos disponibles en la determinación de las medidas a ser adoptadas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto; y d) en la utilización de los recursos disponibles, se deberá dar prioridad a la efectividad

²³² En efecto, el Protocolo de San Salvador, dispone lo siguiente: "Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo". Por su parte, el artículo 2o. estipula: "Artículo 2. Obligación de Adoptar Disposiciones de Derechos Interno. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos".

de los derechos previstos en el Pacto, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar a todos la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y la prestación de servicios esenciales.²³³

Según lo dicho más arriba, si bien los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos establecen obligaciones de cumplimiento inmediato por parte de los Estados, también reconocen que en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados adquieren obligaciones de cumplimiento progresivo. Esto, por supuesto, tiene plena aplicabilidad en el ámbito de protección del derecho a la educación. La progresividad, como ya ha sido expuesto antes, no puede, sin embargo, ser interpretada de manera que las obligaciones sólo deban ser cumplidas una vez alcanzado cierto desarrollo económico. Antes bien, para aplicar el elemento de progresividad, éste debe ser entendido como la obligación de proceder de la manera más eficaz y expedita posible para alcanzar el objetivo de plena efectividad de los derechos sociales, aún cuando se haga de manera paulatina y gradual.

Los Principios de Limburgo contienen una interpretación muy precisa del alcance y contenido de las obligaciones de cumplimiento progresivo, a fin de lograr la plena efectividad de los derechos. Así, establecen que: a) es necesario que los Estados Partes actúen con toda la celeridad posible para lograr la efectividad gradual de los derechos, sin que esto pueda ser interpretado en el sentido de que estos tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar su

²³³ Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, citado, párrafos 25 a 28.

plena efectividad, sino que, por el contrario, tienen la obligación de iniciar de manera inmediata la adopción de medidas dirigidas a cumplir las obligaciones adquiridas en virtud del Pacto; *b*) algunas de las obligaciones relativas a los derechos consagrados en el Pacto exigen la plena e inmediata aplicación por parte de los Estados, como es el caso de la aplicación del principio de prohibición de discriminación; *c*) se requiere de una utilización eficaz de los recursos de que se disponga, independientemente de cualquier aumento de recursos; *d*) la aplicación progresiva no sólo puede ser conseguida por medio de un aumento en los recursos, sino que también se puede lograr a través del desarrollo de los recursos ya disponibles.²³⁴

Ahora bien, el correlato necesario de la progresividad en la consecución de la plena efectividad de los derechos sociales, como ya habíamos señalado, es la prohibición de regresividad o retroceso en los niveles de protección alcanzados. Así pues, el Estado no puede adoptar políticas, medidas, o normas jurídicas, que de manera irrazonable empeoren la situación de estos derechos. De ello se deriva una consecuencia muy importante, en virtud de la cual, toda medida deliberadamente regresiva debe ser justificada plenamente por el Estado, pues se presume su irrazonabilidad. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado en relación con este punto, lo siguiente:

La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del

²³⁴ *Ídem*, párrafos 21 a 24.

aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que disponga el Estado Parte.²³⁵

La prohibición de regresividad no es pues absoluta. Un Estado puede adoptar una política regresiva sin que incurra en el incumplimiento de sus obligaciones, si logra demostrar que la misma está justificada en relación con todos los derechos del PIDESC o de otros instrumentos de los que sea parte, teniendo en cuenta la utilización del máximo de los recursos disponibles. La medida regresiva respecto de un derecho específico, entonces, es válida si se adopta con el fin de ampliar o posibilitar la satisfacción de otros derechos, o su goce de una manera más igualitaria, habida consideración de los recursos con que cuenta el Estado. De todas maneras, sobre una medida regresiva siempre recaerá la presunción de ser violatoria del Pacto y corresponde al Estado probar que una tal medida encuentra justificación de conformidad con los criterios expuestos.²³⁶

A continuación elaboraré una exposición de la jurisprudencia relativa a la prohibición de regresividad o retroceso, en general, a fin de comprender los alcances que la Corte Constitucional colombiana ha atribuido a dicho principio. Ello servirá, asimismo, para conocer las subreglas que dicho Tribunal ha establecido en esta materia. Este aparte brindará las herramientas de análisis de la jurisprudencia relativa a medidas regresivas en la esfera del derecho a la educación que será objeto del aparte final de este capítulo.

²³⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, citado, párrafo 45.

²³⁶ Sobre el tema de las obligaciones que en materia de derechos económicos, sociales y culturales adquieren los Estados Partes del Pacto, véase PARRA VERA, Oscar, ARÁNZAZU VILLANUEVA, María y ENRIQUE MARTÍN, Agustín, *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales...*, op. cit., pp. 140 y ss.

2. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA RELATIVA AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD

La Corte Constitucional colombiana, en el marco de sus competencias de control abstracto de constitucionalidad de leyes, así como mediante el control concreto que realiza a través de la revisión de sentencias de tutela proferidas en virtud de la solicitud de amparo constitucional de derechos fundamentales amenazados o vulnerados,²³⁷ ha ido elaborando una jurisprudencia consistente en torno al tema de la prohibición de regresividad en el ámbito de protección de los derechos sociales. Si bien es cierto, la Corte ha adoptado diferentes posturas, no debe perderse de vista que ha intentado también consolidar herramientas metodológicas de control de actuaciones públicas en desmedro de estos derechos. Así, ha procurado aplicar la vinculatoriedad normativa del principio de prohibición de regresividad como correlato del principio de progresividad contenido en los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales, mediante el control de las medidas que impliquen retrocesos en los niveles de satisfacción alcanzados en el ámbito de estos derechos.

Antes de iniciar la recapitulación de la jurisprudencia más significativa en casos de control constitucional de medidas regresivas y de analizar los aspectos más importantes del trabajo de la Corte en la materia, considero pertinente hacer referencia a un caso paradigmático en la protección de derechos sociales de dicho Tribunal, en el cual recogió los parámetros establecidos en los instrumentos inter-

²³⁷ La Corte Constitucional colombiana tiene dos competencias básicas. Una de ellas es de control abstracto de las leyes, la cual es ejercida por el impulso de las demandas ciudadanas o en aquellos casos en que la Constitución prescribe un control automático de constitucionalidad. La otra competencia es la que tiene para llevar a cabo la eventual revisión de los fallos de tutela proferidos por Jueces de instancia dentro de las acciones de tutela invocadas para el amparo de derechos fundamentales vulnerados o amenazados. (C.P., artículo 241).

nacionales y regionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que en la jurisprudencia emitida por los órganos de interpretación de los mismos. Se trata de la sentencia T-025 de 2004, en la cual la Corte se pronunció sobre la situación de vulneración de los derechos fundamentales de la población en situación de desplazamiento forzado interno e hizo especial hincapié en los derechos sociales de esta colectividad.²³⁸ En dicho marco, esta Corporación sostuvo, en relación con la materia que nos ocupa, que existe una obligación del Estado de corregir las desigualdades sociales, así como de facilitar la inclusión y participación de los sectores más marginados y vulnerables de la población en la vida social, económica y política del país y que para ello se hace necesario adelantar todas las actividades necesarias, a fin de lograr una mejora progresiva de las condiciones materiales de existencia de los sectores más desfavorecidos de la sociedad. Para este Tribunal, las autoridades estatales están en la obligación de dar aplicación a la denominada "cláusula de erradicación de las injusticias presentes", para lo cual debe cumplir con dos tipos de deberes: (i) implementar las políticas, programas y medidas que persigan el logro de una igualdad real en las condiciones y oportunidades de todos los habitantes del Estado, mediante la satisfacción progresiva de los derechos sociales básicos de la población. Y, (ii) abstenerse de promover o ejecutar

²³⁸ Esta sentencia fue proferida por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional en el caso de varias acciones de tutela presentadas por personas en situación de desplazamiento forzado interno. Ante el nivel de desprotección y de violación de los derechos fundamentales de la población desplazada, esta Corporación decidió declarar el "estado de cosas inconstitucional" referido a la vulneración masiva y continuada de los derechos de la población desplazada originada en factores estructurales. Para superar tal situación, la Corte profirió una serie de órdenes dirigidas a las autoridades estatales concernidas en la protección y satisfacción de los derechos de esta colectividad, a fin de que las mismas adoptaran decisiones y adelantaran las actividades necesarias dentro de la órbita de sus competencias, enderezadas principalmente a superar tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional. Esta sentencia de la Corte Constitucional tuvo un gran impacto en el país, y suscitó un fuerte debate entre quienes defienden el papel de los Jueces en este tipo de asuntos y en la toma de decisiones relativas a la protección de derechos "prestacionales" y quienes sostienen que estas materias son competencia del legislativo y del poder ejecutivo, únicos legitimados democráticamente para decidir asuntos de políticas públicas. A este respecto, recuérdese el debate planteado en el segundo capítulo.

políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales que conduzcan a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos.

De esta suerte, estableció el Alto Tribunal que los deberes estatales frente a los derechos sociales deben ajustarse a cuatro parámetros. El primero de ellos, relativo a la prohibición de discriminación; el segundo, que tiene que ver con la necesidad de la medida, lo cual exige el estudio cuidadoso de medidas alternativas que resulten inviables o insuficientes; en tercer lugar, ha de tenerse en cuenta la condición de avance hacia la plena realización de estos derechos, por manera que la disminución del alcance de la protección sea un paso inevitable para que una vez terminadas las condiciones que llevaron a tomar la medida transitoria, se retome el camino de la progresividad, a fin de lograr un mayor desarrollo del derecho; y, por último, la prohibición de desconocer unos mínimos de satisfacción del derecho, lo cual implica que las medidas no pueden comportar tal magnitud que conlleven el desconocimiento del núcleo básico de protección que asegure la supervivencia en condiciones de dignidad del ser humano.²³⁹

Como se ve, la Corte recogió en este caso el marco internacional de protección de los derechos sociales que fue esbozado en el aparte anterior del presente capítulo, y tuvo en cuenta de manera íntegra los tipos de deberes, cuyo compromiso ha asumido el Estado en la protección y satisfacción de los derechos sociales de la población. Uno de ellos, y que comporta una relevancia particular desde la perspectiva de la vinculatoriedad jurídica que implican estos derechos, es el de la prohibición

²³⁹ Corte Constitucional colombiana, sentencia T-025 de 2004.

de regresividad. Como pasa a ilustrarse enseguida, después de ciertas decisiones que restaron toda fuerza normativa al principio de no retroceso, la Corte colombiana se ha tomado en serio la dimensión justiciable de tal principio, pues ha estimado que, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, le corresponde la labor de ejercer el control sobre las medidas que impliquen retrocesos en el ámbito de protección de los derechos sociales, sobre las cuales pesa la presunción de inconstitucionalidad, en virtud del mandato de realización progresiva y de prohibición de regresividad en relación con los niveles que en dicha materia se hayan alcanzado. Veremos entonces, de manera breve, la evolución de la jurisprudencia de la Corte en estos casos,²⁴⁰ para estudiar posteriormente aquellos en que los retrocesos se han presentado en ámbitos protegidos del derecho a la educación.

Como acabamos de apuntar, en un primer momento, el Alto Tribunal colombiano restó fuerza normativa al principio de no regresividad al considerar que éste no limitaba la libertad de configuración del legislador en asuntos relativos a la esfera de regulación de los derechos sociales. Tal fue el caso de la sentencia C-168 de 1995, en la cual la Corte asumió el examen de constitucionalidad de una reforma introducida en el régimen pensional vigente a la fecha que resultaba claramente menos favorable, pues aumentaba la edad y el tiempo de servicio para acceder a la pensión de vejez, además de disminuir el monto de dicha prestación. Los argumentos de la Corte para declarar la constitucionalidad de la reforma demandada giraron en torno a la diferencia entre las meras expectativas y los derechos adquiridos, dos figuras clásicas del derecho civil. Así, la sentencia estableció que hasta tanto no se hayan cumplido los requisitos determinados en la ley para adquirir un derecho, sólo

²⁴⁰ Para una visión completa del tratamiento del principio de prohibición de regresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana, véase UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana "¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad?..", art. cit.

se tiene una simple expectativa y el legislador tiene libertad para modificar el régimen anterior y establecer, incluso, condiciones menos favorables en el nuevo, sin que ello implique una actuación ilegítima ni abra la posibilidad a las vías judiciales de reclamo individual, pues la simple expectativa no está protegida constitucionalmente.²⁴¹

Con posterioridad, esta Corte Constitucional asumió la posición contraria al tomar la prohibición de retroceso como una regla de estricto cumplimiento sin que se le pudieran oponer excepciones. De lo anterior se derivaba que cualquier reducción en el nivel de protección de un derecho social suponía una violación directa del principio de prohibición de regresividad. Para ilustrar esta etapa de la jurisprudencia pueden mencionarse las sentencias C-1165 de 2000 y C-754 de 2004. En la primera de ellas, el Alto Tribunal encontró que la disminución de recursos para el régimen subsidiado de salud²⁴² contradecía abiertamente el mandato constitucional de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social para toda la población colombiana. En el segundo de estos fallos, al estudiar la constitucionalidad de un régimen de transición pensional menos favorable que el anterior, decidió declarar la inconstitucionalidad de la disposición acusada bajo el argumento de que las personas cobijadas por un determinado régimen de transición pensional, tienen derecho a que se les respeten las condiciones allí establecidas. Para la Corte, el

²⁴¹ Una posición similar adoptó la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-781 de 2003, en la cual consideró constitucionalmente válida una norma que disminuía de manera significativa el monto de la indemnización que debía recibir el trabajador cuando a la terminación del contrato laboral el empleador no pagaba los salarios debidos. Para la Corte tal disposición no resultaba contraria a la Constitución, reiterando que la ley puede válidamente modificar las regulaciones laborales, con el único límite del respeto a los derechos adquiridos.

²⁴² En Colombia existen dos regímenes de seguridad social en salud. Uno de ellos es el régimen contributivo, que es al que pertenecen quienes cuentan con capacidad económica por percibir unos ingresos mensuales fruto de su trabajo y que es financiado con los aportes de los empleadores y trabajadores. Por su parte, el régimen subsidiado, que se rige por el principio de solidaridad, es mediante el cual se presta el servicio de salud a aquellos que por su situación económica no pueden ingresar al sistema contributivo.

legislador únicamente estaba facultado para modificar las condiciones de aquellos que aún no habían sido cobijados por un régimen de transición, pero en ningún caso para reducir los beneficios respecto de aquellos que ya habían sido incluidos en uno. En estos dos casos la Corte no entró a evaluar los argumentos presentados por el Estado a fin de justificar la medida de reducción, sino que adoptó una interpretación estricta de la prohibición de retroceso.

Finalmente, la jurisprudencia ha optado por una tesis que podríamos llamar intermedia, que "busca garantizar una protección lo más plena posible a este principio pero sin desconocer la importancia del contexto económico y sin someter a la legislación a su congelamiento".²⁴³ De esta manera, la Corte reconoce que el retroceso en la protección alcanzada respecto de un determinado derecho social resulta inconstitucional en principio, pues comporta una violación de los estándares internacionales sobre el deber de desarrollo progresivo de estos derechos. No obstante, admite que no toda disminución en su alcance está prohibida, como quiera que al legislador le está permitido restringir el contenido protegido de un derecho, siempre que justifique de manera adecuada y suficiente la razonabilidad y proporcionalidad de la medida regresiva con respecto a la finalidad de alcanzar propósitos constitucionales de gran relevancia, o incluso de imperioso cumplimiento.

Esta postura intermedia ha sido empleada en varias ocasiones por este Tribunal Constitucional. Ello le ha llevado, algunas veces, a otorgar protección a los derechos sociales en juego, dando prevalencia a la prohibición de retrocesos en esta materia, y otras, por el contrario, a privilegiar la libertad de configuración del legislador en la

²⁴³ UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana. "¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana", citado, p. 7.

regulación de acceso y ejercicio de derechos sociales. Lo anterior, como resultado del empleo de la herramienta metodológica del juicio de proporcionalidad entre el fin que se persigue con la medida y el sacrificio que ello implica para los derechos que resultan afectados.²⁴⁴

Ejemplos de la aplicación en favor de los derechos sociales es la decisión adoptada por la Corte colombiana en la sentencia C-789 de 2002, en la cual debió examinar de nuevo la constitucionalidad de una norma que excluía del régimen de transición pensional a las personas de determinada edad que decidieran voluntariamente cambiarse de sistema.²⁴⁵ En este caso, si bien la Corte reconoció que el legislador cuenta con un amplio margen para la configuración de los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez en su función de actualización del ordenamiento, estableció, asimismo, que dicha potestad no puede ser ejercida de forma arbitraria, de manera que desconozca el principio de confianza legítima o el derecho constitucional irrenunciable a la seguridad social. Ello le llevó a decidir que las personas que tuvieran 15 o más años de cotizaciones para el momento de la entrada en vigencia del nuevo sistema de pensiones, no podían ser excluidas de los beneficios del régimen de transición pensional.

²⁴⁴ Para un análisis profundo del test de constitucionalidad de las medidas regresivas en materia de derechos sociales, véase ARANGO, Rodolfo, "La prohibición de retroceso en Colombia", en COURTIS, Christian (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 153-171. El autor plantea que la jurisprudencia constitucional colombiana en materia de prohibición de regresividad de los derechos sociales permite demostrar la tesis de la concepción discursiva de estos derechos, en la medida en que el legislador puede ejercer su libertad de configuración, pero dentro del marco constitucional que exige su progresividad y prohíbe, salvo argumentos de gran peso, el retroceso del nivel de realización alcanzado.

²⁴⁵ En Colombia existen dos sistemas pensionales diferenciados. Uno de ellos es el de prima media con prestación definida, en el cual los beneficiarios adquieren el derecho a la pensión de vejez al momento de cumplir los requisitos legales exigidos, independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas. El otro es el de ahorro individual con solidaridad, en el cual los aportes efectuados por los afiliados van a un fondo privado de capitalización, con el fin de obtener el pago de las correspondientes pensiones. Estos sistemas fueron establecidos por la Ley 100 de 1993 que creó el sistema de seguridad social integral en el país.

Tal postura intermedia no sólo ha tenido aplicación en el marco del ejercicio de la competencia del control abstracto de constitucionalidad. Así, por ejemplo, en la sentencia T-1318 de 2005, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional conoció de la invocación de amparo constitucional por parte de una señora que consideraba vulnerado su derecho a la vivienda digna, por cuanto el municipio de Palmira—entidad que le había otorgado un subsidio para la construcción de vivienda—, había procedido a reducirlo de manera intempestiva, aduciendo razones de orden financiero. En este caso el Alto Tribunal estableció que la prohibición de retroceso no sólo vinculaba al poder legislativo, sino que también debía ser respetado por las autoridades administrativas con competencia en el diseño de políticas públicas y que, si bien éstos contaban con un amplio margen en la proyección de las medidas para la satisfacción de los derechos sociales de la población, una vez establecida una determinada regulación, el contenido protegido desarrollado por la ley o por reglamentos administrativos, no sólo admitía reclamos judiciales individuales, sino que de conformidad con el principio de progresividad de los derechos sociales, tales medidas regresivas eran consideradas *prima facie* inconstitucionales y era deber de las autoridades justificar la necesidad de su adopción, a fin de desvirtuar dicha presunción.

En el caso concreto, las alegaciones presentadas por el municipio para reducir el monto del subsidio, giraron en torno a argumentos de carácter financiero, consideradas válidas en abstracto por la Corte, pero no en el caso específico bajo su examen. En efecto, para la Sala el argumento de los problemas presupuestarios del municipio resultaba insuficiente para destruir la presunción de inconstitucionalidad del retroceso, pues la crisis financiera existía con anterioridad al inicio del proyecto de vivienda y además, obedecía a la falta de planificación de las propias autoridades administrativas sin que fuera posible pretender que la población bene-

ficiaria del subsidio de vivienda tuviera que soportar las consecuencias del mal manejo de los recursos. Declaró entonces que el derecho a la vivienda de la peticionaria había sido efectivamente conculcado y ordenó al municipio que le entregara el subsidio íntegro, es decir, en el monto inicialmente reconocido.

Ahora bien, como quedó enunciado anteriormente, la adopción de una tesis intermedia también ha llevado a la Corte Constitucional colombiana a la conclusión de que ciertas medidas regresivas eran válidas en casos específicos, después de haber efectuado el ejercicio hermenéutico de control de razonabilidad y proporcionalidad de dichas medidas, en relación con los beneficios obtenidos en términos del conjunto de los derechos y del sacrificio que implicaban para el derecho afectado en particular. A tal conclusión llegó la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2004 al estudiar una reforma introducida al Código Sustantivo del Trabajo en relación con la reducción de un conjunto de garantías laborales y prestacionales reconocidas en favor de los trabajadores. En dicha ocasión, la Corte declaró la constitucionalidad de la reforma al considerar que, aun cuando era claro que se trataba de una reforma que disminuía la protección de derechos de los trabajadores, era una estrategia proporcionada para promover el empleo y el crecimiento económico y que, además, había sido adoptada en desarrollo de una amplia discusión democrática en el seno del órgano legislativo.²⁴⁶

²⁴⁶ Esta decisión de la Corte Constitucional fue fuertemente criticada por diversos sectores sociales del país. El argumento principal que subyacía a dichas críticas era aquel según el cual resultaba ilegítimo limitar un derecho social, como en este caso, las garantías laborales, bajo pretexto de incentivar el crecimiento económico, pues dicha estrategia implicaba el empleo de criterios de corte utilitarista bastante criticables y debido también a que era muy cuestionable que las medidas de flexibilización laboral contribuyeran efectivamente a la generación de nuevos empleos.

Después de esta breve referencia a la jurisprudencia que en materia de medidas de retroceso de los derechos sociales ha proferido la Corte Constitucional colombiana,²⁴⁷ podemos apreciar que si bien su posición frente al tema ha variado considerablemente y ha ido desde el extremo de restar todo valor vinculante al principio de prohibición de regresividad de los derechos sociales, hasta conferirle el carácter de principio de obligatorio cumplimiento que no admite excepciones, finalmente la jurisprudencia parece haberse ubicado en un punto intermedio, según el cual, si bien existe una libertad de configuración del legislador y de las autoridades administrativas en el diseño de regulaciones normativas e implementación de políticas públicas en la búsqueda de la satisfacción de los derechos sociales de la población, ésta no puede desconocer los niveles de protección alcanzados con respecto a un derecho, en tanto ello implica un retroceso que se presume inconstitucional y, por ello, será sometido a un examen de razonabilidad y proporcionalidad que tendrá lugar de conformidad con la justificación que se dé para la adopción de una tal medida.²⁴⁸

Una vez estudiada la jurisprudencia de la Corte colombiana en relación con el deber de progresividad y la aplicación del principio que de éste se deriva: la prohibición de regresividad, procederé en el siguiente aparte a analizar la jurisprudencia producida en el seno de este Alto Tribunal cuando ha debido examinar medidas regresivas en los niveles de satisfacción del derecho a la educación de la población colombiana.

²⁴⁷ Es importante destacar que sólo se hizo referencia a algunas de las sentencias más representativas en la materia. Sin embargo, la jurisprudencia que en este tema ha proferido el Alto Tribunal constitucional ha sido muy abundante. Pueden consultarse también sobre el tema del principio de no retroceso, entre muchas otras, las sentencias: C-035 de 2005, T-043 de 2007, T-069 de 2008.

²⁴⁸ Un profundo análisis de las oscilaciones en que ha incurrido la Corte Constitucional colombiana en el tema de la prohibición de regresividad en los niveles de satisfacción de los derechos sociales, puede encontrarse en UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad?...*, art. cit., pp. 15-25.

3. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL EXAMEN DE MEDIDAS DE CARÁCTER REGRESIVO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Para abordar el estudio de la jurisprudencia en que la Corte Constitucional de Colombia ha analizado medidas de disminución o retroceso en ámbitos ya protegidos del derecho a la educación, tomaré en consideración tres casos. El primero de ellos es la sentencia C-931 de 2004, en la cual la Corte ejerció el control de constitucionalidad sobre una disposición de la ley anual de presupuesto que establecía una disminución en las partidas presupuestales que la Nación debía otorgar a las universidades públicas. El segundo caso es un conjunto de sentencias de revisión de tutela proferidas por diversas Salas de la Corte, con ocasión de las peticiones de amparo interpuestas por padres de niños y niñas menores de cinco años de edad, quienes venían recibiendo, o aspiraban a acceder al servicio educativo de preescolar en instituciones públicas y que, como consecuencia de una decisión administrativa, vieron interrumpida dicha prestación, o imposibilitado su acceso. Y, en tercer lugar, analizaré la sentencia T-884 de 2006, sobre una acción de tutela invocada por un joven con discapacidad auditiva, a quien no se le permitió el ingreso a un centro público de educación superior a cursar la carrera técnica de su elección, cuando ésta venía siendo ofrecida a personas con este mismo tipo de discapacidad en años anteriores.

A partir del estudio de estos casos intentaré mostrar cuáles son los principales contenidos de las sentencias, así como construir una línea jurisprudencial que dé cuenta de la posición que ha asumido la Corte en cuanto a la validez constitucional de la adopción de medidas regresivas en niveles de protección ya alcanzados del derecho a la educación. Retomando el marco normativo y jurisprudencial esta-

blecido en los apartes anteriores del presente capítulo, examinaré si en estos casos la Corte ha conferido valor normativo al principio que establece la prohibición de regresividad en la protección de los derechos sociales, y de qué manera ha estructurado la salvaguardia del principio de progresividad que rige el carácter de algunas de las obligaciones del Estado, en aras de alcanzar la plena satisfacción de estos derechos para la población. Así, intentaré extraer algunas conclusiones en relación con el peso específico que en los casos concretos objeto de estudio esta Corporación ha otorgado a la libertad de configuración del legislador o de las autoridades administrativas que diseñan estrategias de promoción de los derechos sociales para introducir retrocesos en esta materia en relación con la vinculatoriedad jurídica del principio de prohibición de regresividad. De igual manera, el análisis de estos fallos me permitirá examinar la doctrina de la Corte en lo que hace referencia al alcance y contenidos esenciales del derecho a la educación.

3.1 Sentencia C-931 de 2004. El examen sobre la "congelación" de las partidas presupuestales destinadas a las universidades públicas, desde la perspectiva de la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales

En la sentencia C-931 de 2004, como había indicado, la Corte Constitucional debió examinar la concordancia de la disminución introducida en la ley anual de presupuesto en cuanto a las partidas presupuestales que la Nación debía asignar a las universidades públicas del país, con la Carta Fundamental, como quiera que durante la vigencia fiscal de 2004 las mencionadas transferencias no fueron reajustadas.²⁴⁹ La Corte estableció que en virtud de la doctrina y de los tratados internacionales que

²⁴⁹ Este reajuste implica la actualización del valor de los recursos, por manera que mantengan su poder adquisitivo constante y se ajusten al valor actual.

forman parte del bloque de constitucionalidad, existe un mandato que obliga al Estado a mantener actualizados los recursos financieros destinados al funcionamiento de las universidades públicas, como condición necesaria para la realización progresiva del derecho de acceso a la educación superior y señaló, además, que tal carácter progresivo implica no sólo el compromiso estatal de ampliar la cobertura del derecho hasta satisfacer el principio de universalidad, sino también el aumento del contenido y de la cantidad de prerrogativas en sí, que dicho derecho confiere a sus titulares. Destacó que tal deber estatal comporta, principalmente, la prohibición *prima facie* de retrocesos. Según esta línea de argumentación, si bien es cierto el carácter progresivo de los derechos sociales no es absoluto, no lo es menos que su restricción exige una adecuada justificación en la persecución de objetivos prioritarios de carácter constitucional, y que debe ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. De lo anterior coligió que las medidas económicas que no actualizan el valor de los recursos disponibles para atender la progresividad de este derecho no están absolutamente proscritas —pese a configurar retrocesos en la cobertura del derecho— y que, en principio, pueden ser válidas desde la perspectiva constitucional, siempre y cuando no resulten desproporcionadas.

Así pues, la Corte Constitucional consideró necesario realizar el juicio de proporcionalidad sobre la medida limitativa del carácter progresivo del derecho a la educación pública superior puesta a su consideración, a fin de determinar si el retroceso que ella implicaba resultaba válido desde la perspectiva constitucional. Esta Corporación observó que, si bien la medida de disminución del presupuesto destinado a la educación pública superior podía considerarse adecuada para alcanzar el objetivo constitucionalmente legítimo de mejora en la situación de déficit fiscal, el Gobierno no había explicado de manera apropiada y suficiente por qué era nece-

saría para el logro de tal objetivo y por qué no podía ser sustituida por otra estrategia menos lesiva para la financiación de la educación pública superior, concluyó entonces que "la limitación consagrada, aunque pretende obtener un objetivo constitucional relevante —aliviar el déficit fiscal que presentan las finanzas públicas desde hace varios años y disminuir el crecimiento de la deuda pública— es un medio para la obtención de tal fin que en este caso no está constitucionalmente justificado en términos de necesidad y proporcionalidad".²⁵⁰ Por esa razón, la sentencia ordenó al Gobierno incluir en el presupuesto nacional los montos necesarios para mantener en pesos constantes las partidas presupuestales otorgadas a las universidades estatales.

Como se ve, la Corte colombiana adoptó una posición intermedia, en la medida en que reconoció el valor normativo del principio de prohibición de retroceso, sin desconocer la posibilidad de modificaciones regresivas en el ordenamiento, siempre y cuando las mismas cumplieran las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad en cuanto (i) al fin que persigue la medida, (ii) el medio utilizado por el legislador para alcanzar el fin propuesto, y (iii) la adecuación entre el medio y el objetivo que se persigue. Al adelantar este juicio en el caso sometido a su control, el Alto Tribunal encontró, no obstante, que el empleo de la medida adoptada no aparecía suficientemente justificado en relación con el sacrificio que implicaba en términos de la progresiva cobertura del derecho al acceso a la educación superior, por lo cual concluyó que la medida regresiva no era constitucionalmente válida y, en consecuencia, la norma que la establecía debía ser expulsada del ordenamiento jurídico.

²⁵⁰ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-931 de 2004.

3.2 ¿Constituye la suspensión de la prestación del servicio público de educación en el nivel preescolar de los niños y las niñas menores de cinco años de edad una medida regresiva?

Este es el caso de varias acciones de tutela presentadas por padres de menores que alegaban la vulneración del derecho a la educación de sus hijos e hijas por parte de algunas autoridades administrativas que no les permitían matricularles en el nivel de preescolar en instituciones educativas públicas, o que suspendían de manera abrupta la prestación del servicio, con fundamento en una Resolución administrativa expedida por el Ministerio de Educación en el año 2003, en la que el Gobierno establecía como edad mínima para ingresar a dicho nivel de enseñanza cinco años cumplidos a la fecha de inicio del año académico. El problema se suscitó en consideración a que, desde años atrás, se permitía realizar la matriculación de menores de tres y cuatro años de edad en preescolar en centros educativos públicos y que la decisión administrativa de no permitir su ingreso a este nivel de enseñanza en instituciones oficiales, se traducía en la imposibilidad de escolarización de muchos de ellos por, al menos, dos razones: (i) en la mayoría de los casos, no se contaba con alternativas para la prestación del servicio público de educación preescolar a menores de estas edades en los municipios de residencia de los peticionarios, y (ii) se trataba de personas de escasos recursos que no tenían capacidad económica para matricular a sus hijos o hijas en colegios privados, debido a los altos costos en matrículas y pensiones que ello suponía. Estos factores implicaban la directa exclusión de los menores que se encontraran en dichas edades, del sistema educativo.

El primer grupo de casos que llegó para revisión de la Corte Constitucional fue resuelto mediante sentencia T-671 de 2006 de la Sala Segunda. En esta ocasión la Corte decidió conceder el amparo solicitado, pero sin hacer alusión a la regresiva-

vidad de la medida que establecía una edad mínima mayor a la que venía siendo aplicada antes de la adopción de la resolución del Ministerio de Educación. Lo que la Sala de Revisión tuvo en cuenta para amparar el derecho a la educación de los niños y niñas que se habían visto afectados con la decisión administrativa fue el conjunto de condiciones particulares que hacía que estos menores quedaran excluidos del sistema educativo por falta de recursos económicos.

Poco tiempo después, la Corte adoptó la sentencia T-787 de 2006, con ocasión de un caso idéntico al anterior. Ya en este momento la Corte empezó a hablar del carácter claramente regresivo de la medida adoptada por el Ministerio de Educación. Señaló que, de conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política y los artículos 11 y 17 de la Ley 115 de 1994,²⁵¹ la educación formal comprende al menos un año de educación preescolar y que dicho nivel de enseñanza, a su vez, debe contemplar, como mínimo, un grado obligatorio en los establecimientos educativos estatales, para niños menores de seis años de edad. La Corte derivó de ello que el contenido mínimo del derecho de los niños a la educación en dicho nivel incluía la garantía de, al menos, un año de enseñanza en las instituciones educativas estatales y, además, que el contenido del derecho debía ir ampliándose progresivamente hasta alcanzar la cobertura en los tres niveles que integran la educación preescolar: pre-jardín, jardín y transición.

Con base en dichas consideraciones, y tomando en cuenta que (i) el centro educativo de carácter público había permitido la preinscripción del menor, en cuyo nombre se solicitaba el amparo constitucional, en la asignación de cupos para el año lectivo respectivo, y (ii) que de manera intempestiva, luego de haber ampliado

²⁵¹ Ley General de Educación.

la cobertura de la prestación del servicio de educación preescolar, la Secretaría de Educación del municipio había decidido suspender la financiación en este nivel de enseñanza a niños y niñas menores de cinco años de edad, la Corte encontró que se configuraba la vulneración del principio de confianza legítima, al haber creado la expectativa de ingreso al sistema escolar del niño y luego haberlo privado de ello sin justificación razonable. Adicional a lo anterior, observó que la conducta del municipio violaba el derecho a la educación del menor en su faceta de acceso.

En un caso posterior resuelto mediante sentencia T-938 de 2006, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional realizó una interpretación diferente a la que había llevado a cabo en las anteriores providencias. En esta oportunidad, el alto Tribunal indicó que no podía perderse de vista que la Constitución Política dispone que el Estado debe ofrecer, como mínimo, un grado de preescolar, que corresponde al grado de transición y que la legislación establece la posibilidad de ampliar dicha obligación sólo si se ha cumplido previamente con la condición de cubrir al 80% de los niños y niñas de cinco años con dicho grado de preescolar obligatorio y al 80% de los niños y niñas entre los cinco y los quince años de edad, con la educación básica.²⁵² Por ello, consideró que tal fijación de prioridades no podía ser considerada como contradictoria con el mandato de desarrollo progresivo de los derechos sociales, pues en todos los casos se perseguía ampliar el cubrimiento del derecho a la educación, bien fuera para los niños menores de cinco años (que se reclamaba mediante la acción de tutela) o para los mayores de cinco años, según lo estipulado por el Congreso, en la Ley 115 de 1994. A pesar de esta línea de argumentación, la Corte decidió amparar los derechos de los menores, en atención a que ya habían iniciado el año lectivo y la prestación del servicio había sido interrumpida de manera

²⁵² Artículo 18 de la Ley 115 de 1994.

intempestiva, con lo cual se configuraba la violación del principio de confianza legítima, así como su derecho a la continuidad en el sistema educativo.

En la sentencia T-1030 de 2006, esta Corporación resolvió conceder la acción de tutela interpuesta en favor de una niña a quien se le había negado el cupo en una institución educativa, para lo cual tuvo en cuenta, en primer lugar, que el municipio de que se trataba en ese caso concreto, ya había superado el cubrimiento del 80% que ordena la ley, tanto en el nivel de transición, como en el de educación básica, lo cual ya hacía procedente la ampliación de la cobertura del ingreso de los menores de cinco años a los niveles de pre-jardín y jardín; y, de otra parte, que la madre de la niña manifestaba no contar con recursos económicos para matricularla en una institución privada.

En sentencia T-263 de 2007 la Corte Constitucional colombiana retomó la doctrina establecida en sentencia T-787 de 2006 en relación con la prohibición de retroceso e imprimió mayor fuerza al fundamento jurídico del carácter regresivo de la directiva ministerial, tras considerar que ésta había introducido un claro retroceso en los niveles de protección alcanzados en la educación pública a nivel de preescolar, con la restricción significativa de la población beneficiaria de dicho servicio. La Sala de Revisión consideró que, en el caso concreto, resultaban afectados los derechos fundamentales de la niña, en cuya representación se solicitaba la tutela, por las siguientes razones: (i) la institución educativa a la que aspiraba ingresar la menor venía ofreciendo los niveles de pre-jardín y jardín desde 1997, siendo suspendidos para el periodo 2006-2007, lo que significaba que aún con posterioridad a la expedición de la directiva ministerial del año 2003, había continuado ofreciendo el servicio de preescolar a esos dos niveles con una cobertura ampliada en relación con los mínimos establecidos en la normatividad; (ii) la propia institución había

afirmado contar con la infraestructura física, administrativa, pedagógica y docente para ofrecer el servicio en la cobertura ampliada, de lo que derivó que el ingreso de la niña no afectaría el acceso de otros menores que cumplieran con los requisitos de ley; y (iii) la madre de la menor no poseía los recursos económicos necesarios para sufragar los gastos de un servicio de preescolar privado. La Sala constató, no obstante, que al momento de adopción de la decisión la niña había sido admitida para el grado de jardín en la institución pública demandada, ante lo cual declaró la carencia actual de objeto de la acción constitucional.²⁵³

Una línea de argumentación muy similar fue expuesta por la Corte en sentencia T-805 de 2007, en la que también reconoció la regresividad de la medida que impedía a la menor, en nombre de quien se solicitaba el amparo, acceder a la educación preescolar debido a su edad. En esa ocasión, la Corte apreció, además, que la institución educativa que había negado su acceso, continuaba prestando el servicio público de educación en sus niveles de cobertura ampliada aún durante el año lectivo 2006-2007, al que se había negado el acceso a la menor, lo cual hacía más notoria la vulneración de sus derechos.

Por último, en la sentencia T-775 de 2008, que se ocupó del tema de la permanencia de niños y niñas menores de cinco años en la enseñanza preescolar, la Sala Octava tomó en consideración la jurisprudencia anterior en cuanto al carácter regresivo de la directiva ministerial. No obstante, los fundamentos jurídicos que llevaron a la Corte a declarar la vulneración de los derechos de los niños afectados apunta-

²⁵³ Esta figura es empleada en la jurisprudencia constitucional colombiana cuando se ha constatado que el motivo que dio lugar a la interposición de la acción de tutela ha desaparecido, bien sea por la cesación de la amenaza o vulneración del derecho fundamental, o cuando la situación se ha consumado y una orden de tutela carece de objeto, por la imposibilidad fáctica de subsanación del mismo.

ron a la violación del principio de confianza legítima, al haberse permitido el ingreso de los menores a preescolar y luego proceder a interrumpir tal prestación de manera abrupta, con mayor razón, al constatar que la institución educativa de la que se trataba, contaba con la infraestructura física, administrativa y docente para ofrecer el servicio de educación preescolar en la cobertura ampliada. La Sala también señaló que la afectación producida con la interrupción de la prestación del servicio era aún más grave, en consideración a que los niños pertenecían a contextos socio familiares de pobreza, lo cual mermaba de manera considerable sus posibilidades de acceder a centros privados de educación.

Realizado este recorrido jurisprudencial, podemos concluir que la doctrina sobre la prohibición de regresividad no ha sido aplicada de manera sistemática por la Corte Constitucional colombiana en los casos suscitados por la interrupción o imposibilidad de acceso de niñas y niños menores de cinco años a niveles de educación preescolar, en virtud de la directiva ministerial a que se hizo referencia. Sin embargo, se observa que es un fundamento jurídico que está presente en casi todas las sentencias sobre el tema, sin llegar a convertirse en la *ratio decidendi* en ninguna de ellas. En efecto, si bien en algunas de las sentencias reseñadas se imprime fuerza jurídica al principio de prohibición de regresividad, derivado del principio de progresividad que aparece reconocido en los instrumentos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, sólo en aquellas sentencias en las que las Salas no profirieron decisiones de fondo por haberse configurado el fenómeno de la carencia actual de objeto, la Corte declaró su violación y coligió la vulneración del derecho a la educación de los menores, del desconocimiento de este principio por la Resolución del Ministerio de Educación. Tampoco aplicó el juicio de proporcionalidad a dicha medida administrativa, con el propósito de examinar si en el caso concreto el fin de lograr el cubrimiento del 80% en los niveles de transición

y de educación básica hacía legítimo el retroceso en el cubrimiento a nivel de pre-escolar en los grados de pre-jardín y jardín, al haberse excluido a los niños y niñas de tres y cuatro años de edad.

3.3 La vulneración del derecho a la educación en su faceta de acceso al nivel de enseñanza superior en el caso de población con discapacidad. Retroceso en el nivel de protección alcanzado

Para finalizar, dentro de la jurisprudencia que se ocupa de analizar el carácter regresivo de ciertas medidas adoptadas en el ámbito del derecho a la educación, encontramos la sentencia T-884 de 2006. En aquella ocasión, la Corte Constitucional revisó el caso de un joven que padecía hipoacusia sensorial profunda bilateral, a quien un establecimiento público de educación técnica profesional había negado el acceso al programa por él seleccionado, pues para ese año lectivo no se ofrecería a personas con limitaciones auditivas, sino únicamente a personas oyentes. Ante la actuación del centro educativo, el peticionario consideró vulnerados sus derechos a la igualdad y a la educación y solicitó el amparo de los mismos. Concurría, además, una situación que, en su opinión, hacía más evidente la conculcación de sus derechos, que consistía en que el centro educativo había ofrecido durante varios periodos lectivos anteriores el programa seleccionado por él en la modalidad de cursos mixtos integrados por personas oyentes y sordas,²⁵⁴ y para el año en que el joven quiso participar en el proceso de admisión para adelantar dichos estudios, la institución

²⁵⁴ La propia sentencia señala que "[d]e conformidad con los instrumentos internacionales y la hermenéutica efectuada por sus intérpretes autorizados, los mandatos constitucionales, la legislación en materia de derecho a la educación de las personas con discapacidad, y la reiterada jurisprudencia proferida por este Tribunal Constitucional, el modelo por el que deben propender los Estados contemporáneos, en la medida de sus posibilidades, es el de la *integración* de las personas con discapacidad al sistema general de educación, a fin de garantizar una verdadera integración social".

no ofreció el programa de su interés ni en la modalidad de programa mixto, ni tampoco en cursos especiales para personas sordas.

La Sala Séptima de Revisión de tutelas decidió conceder el amparo constitucional de los derechos invocados por el peticionario, pues consideró que la suspensión de la prestación del servicio de educación que venía adelantando la institución educativa demandada —y que se compadecía con las previsiones que en materia de integración de la población con discapacidad y, en particular, con limitaciones auditivas contempla el ordenamiento jurídico colombiano—, representaba una medida regresiva injustificada, que implicaba el incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de efectividad progresiva del derecho a la educación, particularmente respecto de sujetos de especial protección como la población sorda.

La Sala de Revisión puntualizó que una medida que implicara un retroceso en los logros alcanzados respecto de derechos sociales dirigidos a garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, requería de una justificación satisfactoria que conllevara el cumplimiento de un fin imperioso a la luz de los principios constitucionales, y que en ningún caso podía obedecer a criterios voluntaristas o que no resistieran el análisis de razonabilidad, por implicar un sacrificio desproporcionado de los derechos de los discapacitados, en calidad de sujetos de especial protección constitucional. En el caso concreto encontró insuficiente la justificación aportada por el establecimiento educativo que adujo serias dificultades en la etapa de adaptación de los currículos para la comprensión de los alumnos sordos oralistas (que leen los labios), sordos parlantes, sordomudos (con pérdida profunda de la audición) y sordos que manejan lenguaje de señas, por las dificultades de lectoescritura que en general presenta esta pobla-

ción; así como la ausencia de patrocinio para la etapa de prácticas que hacía parte integrante del programa curricular.

La Corporación hizo énfasis en el deber del Estado de remover los obstáculos que impiden a este colectivo acceder en igualdad de condiciones a la plena realización y efectividad de sus derechos, regido, además, por la prohibición de retroceso en los avances logrados en la materia y, a su vez, por el compromiso de efectividad progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales de esta población.

Se ve entonces cómo en esta ocasión la Corte aplicó un juicio de proporcionalidad de la medida regresiva en el nivel de satisfacción logrado en materia de derecho a la educación de las personas con discapacidad, para verificar si la misma se enderezaba a la consecución de un fin constitucionalmente imperioso y que no implicara un sacrificio desproporcionado para los derechos de este grupo poblacional de especial protección por el ordenamiento constitucional que, como ya fue explicado, integra el derecho internacional de los derechos humanos, mediante la figura del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, para la Corte Constitucional, la autoridad concerniente no logró desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que recaía sobre el retroceso introducido con la decisión de suspender la prestación del servicio educativo técnico profesional dirigido a personas con limitaciones auditivas.

4. LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LAS MEDIDAS REGRESIVAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

A continuación intentaré mostrar cuál ha sido la orientación de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, aplicando un esquema de presentación que da

cuenta de las variaciones que se han producido en la jurisprudencia.²⁵⁵ El punto que nos interesará evaluar será el del tratamiento que ha dado la Corte Constitucional al principio de prohibición de regresividad, en términos de si lo ha considerado un principio con vinculatoriedad jurídica o le ha atribuido el valor de mero criterio de interpretación carente de obligatoriedad normativa en el caso de la protección del derecho a la educación.²⁵⁶

<p>El principio de prohibición de regresividad es más un criterio de interpretación que un principio vinculante de aplicación directa en el ámbito de protección del derecho a la educación</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ T-938/06 ■ T-1030/06 ■ T-775/08 	<ul style="list-style-type: none"> ■ C-931/04 ■ T-787/06 ■ T-884/06 ■ T-263/07 ■ T-805/07 	<p>El principio de prohibición de regresividad constituye un principio vinculante, lo cual hace viable su reclamo judicial en caso de desconocimiento en el ámbito del derecho a la educación</p>
---	---	--	---

De acuerdo con la figura anterior se puede apreciar que en parte de las sentencias analizadas, la Corte Constitucional colombiana se ha inclinado más por

²⁵⁵ Se seguirá el modelo propuesto por Diego López, ya comentado previamente en el presente capítulo. Su metodología, como había sido señalado, se encuentra ampliamente explicada en LÓPEZ, Diego, *El derecho de los jueces*, *op. cit.*, p. 137 y ss.

²⁵⁶ Dentro de la línea jurisprudencial no se verá reflejada la sentencia T-671 de 2006, por cuanto en ella la Corte Constitucional no tuvo en cuenta el principio de prohibición de regresividad, dentro de los fundamentos jurídicos del fallo. Esta providencia fue referenciada dentro de los casos bajo análisis únicamente por tratarse de la primera que analizó el problema de la Resolución ministerial que excluía a los niños y niñas menores de 5 años del servicio público educativo en el nivel de preescolar.

considerar el principio de prohibición de regresividad como un principio vinculante para el Estado, en la medida en que ha establecido que éste tiene el deber de justificar de manera suficiente en términos del fin que se persigue, las razones que lo han llevado a disminuir los niveles de protección alcanzados en el ámbito del derecho a la educación. Lo anterior, en consideración a que al Estado le corresponde desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que se cierne sobre cualquier medida regresiva respecto de los niveles de satisfacción del derecho, pues los mandatos internacionales y constitucionales apuntan al desarrollo y eficacia progresivos una vez se han efectivizado sus contenidos mínimos, lo cual hace presumir inválidas las medidas contentivas de retrocesos.

Así, por ejemplo, en la sentencia C-931 de 2004 sobre la congelación de los presupuestos destinados a las universidades públicas, la Corte aplicó el principio de prohibición de regresividad como el correlato del carácter progresivo del derecho a la educación y del deber jurídico que el Estado tiene en la materia. De esta manera, tuvo en cuenta que el deber de desarrollo gradual, comporta la prohibición *prima facie* de retrocesos en los niveles de protección y satisfacción alcanzados. En virtud del valor normativo vinculante de este principio, consideró necesario aplicar el juicio de proporcionalidad a la medida de no ajustar las partidas presupuestales que la Nación destinaba a la educación pública superior, en relación con los fines de alivio del déficit fiscal que el Estado alegaba perseguir con la medida. El examen de proporcionalidad entre los fines perseguidos y la limitación que implicaba para la educación pública superior del país llevó a la Corte a concluir que la medida regresiva constituía una limitación desproporcionada a la luz de dicho fin y que, por consiguiente, resultaba inconstitucional.

Este Tribunal interpretó el carácter del principio de prohibición de regresividad en un sentido similar en las sentencias T-263 de 2007 y T-805 del mismo año, en las que, a pesar de haberse configurado el fenómeno de la carencia actual de objeto, comoquiera que los niños afectados ya habían sido incorporados al sistema público educativo en el nivel preescolar y, por ende, había desaparecido el motivo que había dado lugar a la interposición de las acciones de tutela, las Salas de Revisión entraron a examinar el fondo de los asuntos, a fin de determinar si la vulneración de sus derechos fundamentales había tenido lugar. En estas dos providencias la Corte también reconoció el valor vinculante del principio bajo análisis, y concluyó que su desconocimiento, aunado a otros elementos fácticos de los casos, había provocado la vulneración del derecho a la educación de los niños que se habían visto afectados con la medida administrativa.

Así mismo lo hizo en la sentencia T-884 de 2006 en la que analizó la suspensión del servicio de formación técnica profesional que venía prestando una institución de educación superior en favor de la población con limitaciones auditivas. La Sala Séptima de Revisión se inclinó por el reconocimiento del valor normativo del principio de prohibición de regresividad en relación con los derechos fundamentales de la población con discapacidad y en ese caso, específicamente en cuanto al derecho a la educación de este colectivo, pues hizo énfasis en que una medida que implicara un retroceso en los logros alcanzados respecto de deberes del Estado enderezados a garantizar el pleno goce y ejercicio de derechos sociales de las personas con limitaciones, requería una justificación satisfactoria que conllevara el cumplimiento de un fin imperioso a la luz de los principios constitucionales y que superara el examen de razonabilidad y proporcionalidad. De esta suerte, al considerar insuficiente la justificación aportada por el centro educativo, señaló que el desconocimiento del

principio de prohibición de regresividad había redundado en la violación del derecho de igualdad de acceso a la educación del joven peticionario.

Con todo, la apreciación de que la tendencia de la jurisprudencia constitucional ha sido la de reconocer un valor normativo vinculante al principio de prohibición de regresividad en la esfera de protección del derecho a la educación precisa ciertas matizaciones, pues si bien es cierto, la jurisprudencia ha propendido por dicho extremo de la disyuntiva que planteamos —como se ve reflejado en la figura anterior— no lo es menos que en algunos casos, como ocurre con la sentencia T-787 de 2006, tal toma de postura ha tenido un carácter más bien retórico. Como hemos señalado, en dicho fallo, relativo al derecho de los niños menores de cinco años a la educación preescolar en su faceta de acceso y permanencia, la Sala Sexta de Revisión tomó en consideración el valor jurídico vinculante de la prohibición de retroceso, en el sentido ya expuesto, pero es de destacar que no fue éste el fundamento jurídico determinante o la *ratio decidendi* de la sentencia. En efecto, en este fallo la Corte desarrolló toda la argumentación tendente a mostrar que la medida había implicado la vulneración del derecho a la educación del menor y, a pesar de haber tomado en consideración su carácter regresivo, no declaró el desconocimiento del principio de prohibición de retroceso, sino que la razón de la decisión fue la violación del principio de la confianza legítima, por haberse permitido la preinscripción del niño y haberse impedido, con posterioridad, su acceso efectivo.

También es necesario hacer algunas diferenciaciones entre los fallos que aparecen ubicados en el extremo contrario del gráfico como exponentes de la posición contraria; es decir, que emplean el principio de prohibición de regresividad como un criterio de interpretación más para reforzar la argumentación principal. Este es el caso de la sentencia T-775 de 2008, en la cual dicho principio es mencio-

nado, pero se constituye en un *obiter dicta* que refuerza la argumentación central del fallo. Es oportuno destacar que la calidad de criterio de interpretación del principio que nos ocupa se desprende del empleo que del mismo se hace en el fallo, no de la consideración expresa que de dicho valor haga la Sala, pues nada dice al respecto, se limita a señalar que el recorte introducido mediante la Resolución del Ministerio de Educación configura una medida regresiva, sin pronunciarse sobre su validez constitucional para el caso concreto, ni en relación con el valor jurídico del principio de prohibición de regresividad en el ordenamiento interno.

Distinta es la situación que se presenta en la sentencia T-938 de 2006 (así como en la T-1030 del mismo año) que reitera la jurisprudencia sentada en la primera y decide con base en el mismo fundamento jurídico tomado en consideración en la anterior. La línea argumentativa empleada en la sentencia T-938 de 2006 amerita, a mi juicio, una referencia especial, pues en dicha oportunidad la Sala Tercera de Revisión dio un alcance diferente al mandato de desarrollo progresivo de los derechos sociales y concretamente del derecho a la educación, lo cual le llevó a una conclusión distinta, respecto de la validez constitucional de la medida que restringía el acceso a preescolar de los niños y niñas menores de cinco años de edad, que aquella a la que habían llegado otras Salas de Revisión en casos similares.

La Sala partió del hecho de que, de conformidad con los mandatos constitucionales, el Estado sólo está en la obligación de garantizar la educación pública gratuita a los niños y niñas entre los cinco y los quince años de edad, lo cual debe comprender un año de preescolar y nueve de educación básica. Continuó su argumentación señalando que, a pesar del mandato constitucional, dicho contenido normativo ha sido desarrollado por el legislador, quien mediante la Ley 115 de 1994 (arts. 17 y 18) estableció un proceso gradual de ampliación de la educación preescolar,

bajo ciertas condiciones: (i) la generalización previa del grado de transición en todos los municipios en un plazo que empezaría a contarse desde 1994, al menos con un cubrimiento del 80 por ciento. Y (ii) la posibilidad para las entidades territoriales de ampliar hasta los tres grados (pre-jardín, jardín y transición) el cubrimiento de la educación preescolar, siempre y cuando demostraran que cumplían con el cubrimiento del 80% de la educación básica para los menores entre los seis y los quince años de edad. En consideración a lo anterior, la Sala sostuvo que resultaba claro que solamente después de cumplirse con el requisito del cubrimiento del 80% en el grado de transición y en los nueve años de la educación básica, se podía ofrecer los cursos de pre-jardín y jardín con utilización de los recursos del Sistema General de Participaciones asignados a las entidades territoriales. Así no podía tildarse de arbitraria a la medida que estipulaba la edad de 5 años para acceder a la educación pública a nivel preescolar; pues, en últimas, obedecía a las regulaciones que de la materia había hecho el Congreso de la República, en aras a dar cumplimiento a las exigencias constitucionales referidas, esto es el cubrimiento total de los niveles de educación que están contemplados como obligatorios en la Constitución, de una manera gradual y progresiva, al haberlos considerado prioritarios. Añadió a su argumentación el elemento de respeto del principio democrático al mantener que no correspondía a la Corte Constitucional en sede de tutela juzgar la constitucionalidad del requisito del 80% de cobertura en los niveles educativos que el legislador había considerado prioritarios, pues dicha política pública se encaminaba a satisfacer las exigencias constitucionales y había sido definida por el propio Congreso de la República, mediante leyes democráticamente adoptadas, que se encontraban vigentes y cuya constitucionalidad se presumía.

Lo anterior le llevó a concluir que el argumento del deber estatal de desarrollo progresivo de los derechos sociales no resultaba determinante en el caso bajo

estudio, por cuanto la aplicación de la medida, tomada en desarrollo de la política pública trazada por el legislador, perseguía, igualmente, la ampliación del cubrimiento del derecho a la educación, si bien no para los niños y niñas menores de cinco años, sí para los mayores de dicha edad, precisamente en cumplimiento del compromiso de eficacia progresiva de los derechos sociales. No consideró, en consecuencia, que la medida convertida por los padres que solicitaban el amparo constitucional de los derechos fundamentales de sus hijos, configurara una medida regresiva, sino que, como se ha señalado, había sido tomada en desarrollo de la política pública diseñada por el legislador. Concedió así la acción de tutela por una razón diferente, cual es la vulneración del principio de confianza legítima, en tanto se había permitido la inscripción de los menores y posteriormente la administración había ordenado cerrar los cursos para los que habían sido admitidos, con la consecuente afectación de su derecho a la continuidad en la prestación del servicio de educación.

A través del recuento de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre medidas regresivas en materia educativa, hemos podido apreciar que no ha habido un único criterio uniforme en relación con el valor jurídico del principio de prohibición de regresividad en el ámbito de protección de este derecho. Según el análisis previo,, si bien la tendencia ha sido la de reconocer valor normativo vinculante a este principio, la Corte no ha mantenido una única línea argumental, ni siquiera en el conjunto de sentencias que conforman el caso de la reducción en la cobertura de la enseñanza preescolar en los grados de pre-jardín y jardín, pues en unos casos ha optado por dar aplicación directa al mismo, mientras en otros ni siquiera lo ha tomado en consideración. Así pues, no puede hablarse de un precedente claro en la materia, fenómeno éste que tiene lugar con cierta frecuencia tratándose de sentencias de tutela, pues las Salas de Revisión cuentan con mayor libertad para apartarse de los

precedentes que han establecido otras Salas de la misma jerarquía, al no existir una sentencia de unificación adoptada por el pleno de la Corte para el caso.

A pesar de estas dificultades provenientes de la lógica misma del funcionamiento de los tribunales constitucionales, no se pueden desconocer los avances que en materia de aplicación, como principio normativo, esta Corte ha dado a la prohibición de retroceso en materia de derechos sociales, y que si bien no ha sido tan fructífera en el caso del derecho a la educación, ha comenzado a tomar fuerza en el examen de retrocesos que pueden implicar el incumplimiento del compromiso de ampliación progresiva de los derechos sociales, si no se encuentran suficientemente justificados a la luz de valiosos fines constitucionales.