

Consejo de Estado abre la posibilidad para que niños menores de cuatro años ingresen al grado obligatorio de transición

Como miembro del Equipo Jurídico de ASLEYES - MAESTROLegal comparto el triunfo obtenido en el Consejo de Estado que permite que el Ministerio de Educación, las Entidades Territoriales y las Instituciones Educativas, se abstengan de colocar barreras para el ingreso de niños y niñas al grado obligatorio de Transición, una vez hayan cumplido los cuatro años de edad.

En dos oportunidades este periódico tuvo la oportunidad de analizar este tema, el cual tiene una gran variedad de implicaciones, desde las socioeconómicas y laborales puesto que favorece a las familias de menores recursos y que necesitan que sus niños puedan ingresar al preescolar, permitiendo además la ampliación de cobertura en las instituciones educativas; hasta las pedagógicas puesto que deja en la palestra grandes inquietudes sobre la adaptación de ambientes que permitan formar a niños de cuatro años cumplidos, lo cual hace necesaria la preparación de los educadores que tienen esta difícil misión.

Haciendo un poco de historia, en la edición 32 del periódico Maestrolegal correspondiente al bimestre mayo – junio de 2011 se habló por primera vez de este importante tema con el título: *“¿Deben tener los niños que aspiren a ingresar al grado de transición cinco años cumplidos a la fecha del inicio del calendario escolar?”*

Posteriormente en la edición 40 de este informativo, de los meses de octubre – noviembre de 2012, se volvió a tratar este tema con el título: *“Consejo de Estado Suspende requisito de edad para el ingreso al preescolar”*. En esta oportunidad se hacía alusión como desde departamentos tan distantes como Nariño y Norte de Santander, muchas veces en contravía del centralismo capitalino hemos podido hacer sinergia en favor de la educación pública y de los derechos laborales de los educadores.

En estos artículos traíamos a colación una expresión común en nuestro medio: “Cumple X pero entras a Y”, la cual desde el punto de vista legal puede ser muy acertada, habida cuenta que los años de un ser humano empiezan a contarse desde cuando se es persona, es decir al momento de desprenderse completamente del vientre materno y respirar al menos un momento, tal como lo establece el artículo 90 del Código Civil Colombiano.

Cronológicamente, el primer año de vida del ser humano va del día cero hasta los 12 meses, el segundo año de los 12 meses a los 24; el tercero de los 24 a los 36; el cuarto de los 36 a los 48, y el quinto de los 48 a los 60. Es decir, para centrarnos en el asunto de estudio, se entra a los cinco años el día que se cumplen los 48 meses.

Usted se preguntara: Qué tiene que ver, lo anterior, con la Sentencia de Nulidad emanada de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, con fecha 27 de enero de 2011, cuando se demandó la Resolución 1515 de 2002, la cual anuló la barrera de condicionar el ingreso de los niños al grado de transición al cumplimiento de los cinco años de edad durante los primeros meses del calendario escolar y la reciente Sentencia de Nulidad del 25 de julio de 2019, que ratificó lo anterior?

Para iniciar, es importante anotar que como lo observó el máximo organismo de lo Contencioso Administrativo: *"... es claro que para permitir el ingreso de un menor de edad al grado de transición, obligatorio en el nivel preescolar, el criterio preferente es el de la edad según se infiere de los artículos 67 de la Constitución y 11 y 17 de la Ley 115 de 1994. No obstante lo anterior, estima la Sala que la resolución acusada vulnera normas de rango superior, específicamente, el artículo 8º del Decreto 2247 de 1997, pues desconoció las normas reglamentarias que establecen que el ingreso al nivel preescolar no puede sujetarse a ningún tipo de consideraciones física o mental, entre ellas, la edad"*.

En concordancia con lo anterior, según se describió, la Corte Constitucional también ha sostenido que el criterio de la edad y los límites establecidos en el artículo 67 de la Carta Magna, no deben ser entendidos como un criterio excluyente y deben aplicarse criterios incluyentes como en efecto se infiere de lo dispuesto en el precitado artículo 8º del Decreto 2247 de 1997, norma compilada actualmente en el Decreto 1075 de 2015 - DURSE -. De acuerdo con todo lo anterior, estima la Sala que la limitación dispuesta en el acto acusado, esto es, que el menor que pretenda ingresar al grado de transición debe tener cinco años al momento de iniciarse el calendario escolar, viola las normas legales y constitucionales en que debía fundarse.

Existen innumerables fallos emanados del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, que si bien es cierto, tienen efectos interpartes, si constituyen importantes antecedentes que refuerzan el tema bajo estudio.

Durante los años 2005 y siguientes el Departamento Norte de Santander, abanderó acciones importantes para que los niños menores de cinco años fueran recibidos en el grado de transición. Como ejemplo se cita una tutela promovida por padres de familia del municipio de Teorama, en la cual la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda concluyó: *" La Sala es del criterio que no se puede minimizar la prestación del servicio educativo, colocando un obstáculo de edad para ampliar la cobertura del servicio educativo, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 67 garantiza al educando cubrimiento del servicio y asegura a los menores las condiciones necesarias no solo para su permanencia en el sistema educativo sino también para su acceso "* (Expediente 08001 23 31 00 2005 00026 01).

Igualmente en acción promovida en Municipio de Salazar de las Palmas, se concluyó que: *"establecer límites de ingreso a las instituciones educativas es solo un criterio de selección y este no puede prevalecer sobre el derecho fundamental de educación.*

La Corte Constitucional, en importantes piezas jurisprudenciales, entre las cuales merece destacarse la Sentencia T-1030 d 2006, estableció: *"En este orden de ideas, la Corporación ha precisado (i) que la edad señalada en el artículo 67 de la Constitución, interpretado a la luz del artículo 44 ibídem, es sólo un criterio establecido por el constituyente para delimitar una cierta población objeto de un interés especial por parte del Estado; (iii) que las edades fijadas en la norma aludida no puede tomarse como criterios excluyentes sino inclusivos."*

En la Sentencia objeto de este artículo y en sentencia anterior la cual ya había anulado la barrera de ingreso a Transición, el órgano superior de lo Contencioso Administrativo, plasmó las siguientes reglas jurídicas que por su importancia citamos textualmente:

- 1.** El nivel de educación preescolar en Colombia está integrado por tres grados. Solo el de transición es de prestación obligatoria. (Ley 115 de 1994).
- 2.** El ingreso al grado de transición, que constituye el único obligatorio, preferentemente debe ser a los cinco años. (Ley 115 de 1994).
- 3.** No obstante lo anterior, el ingreso a cualquiera de los grados de la educación preescolar, entre ellos, el de transición, no está sujeto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 2247 de 1997, a ningún tipo de prueba de admisión o examen psicológico o de conocimientos, o a consideraciones de raza, sexo, religión, condición física o mental, entre ellas, la edad como criterio excluyente.
- 4.** En igual sentido, la Corte Constitucional en sentencias recientes ha dispuesto que los límites señalados en las normas constitucionales, que por ende son aplicables a las demás normas legales y reglamentarias, *deben ser entendidos como inclusivos y no excluyentes*, razón por la cual para determinar el ingreso de los menores que no tengan cinco años, se debe partir de criterios incluyentes.

Siete años después, la Sección Primera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, con la ponencia del Consejero Oswaldo Giraldo López, mediante sentencia 11 001 03 24 000 2012 00068 00 declaró de manera definitiva la nulidad solicitada, motivo por el cual ninguna autoridad puede impedir la matrícula para el grado de Transición a niños de cuatro años de edad, sin importar que cumplan los cinco años en cualquier fecha o mes del año académico correspondiente.

Como lo manifestó el Consejo de Estado, la Resolución acusada vulnera normas de rango superior, específicamente, el artículo 8 del Decreto 2247 de 1997, norma vigente a la fecha ya que se encuentra en el numeral 2.3.3.2.2.1.8 del DECRETO UNICO REGLAMENTARIO DEL SECTOR DE LA EDUCACIÓN DURSE -1075 DE 2015-, pues desconoció las normas reglamentarias que establecen que *el ingreso al nivel preescolar no puede sujetarse a ningún tipo de consideraciones física o mental, entre ellas la edad.*

Se espera que estos nuevos precedentes revivan la discusión y fortalezcan los proyectos sobre el derecho que tienen los niños y niñas colombianos de menos recursos al preescolar desde los tres años de edad.

Una vez desvirtuada la presunción de legalidad de un acto administrativo, la declaratoria de nulidad trae consigo la pérdida de validez y vigencia del acto administrativo y con ello de su fuerza ejecutoria, pues conforme al artículo 91 del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, todo acto administrativo es obligatorio mientras no sea suspendido o anulado por la jurisdicción especializada. En consecuencia, los artículos anulados no forman parte del ordenamiento jurídico, y no son fuente de la obligación. (Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Gustavo Aponte Santos. Bogotá 23 de enero de 2005. Radicación 1.672).

Este trascendental fallo, abre caminos a la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación – FECODE, en su lucha por la reimplementación de los grados de Prejardín para niños de tres años y Jardín para niños de cuatro años.

En caso de existir cualquier otra norma de igual o menor jerarquía donde se contemple la frase anulada en la sentencia comentada, igualmente estaría por fuera del ordenamiento jurídico en atención a que como se expuso, una prohibición inserta en una Resolución, no puede violar normas de superior jerarquía, establecidas en decretos, leyes y menos aún lo establecido en la constitución y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Por lo tanto desde este espacio se invita a los padres de familia de hijos de cuatro años cumplidos a solicitar la matrícula al grado de transición y en caso de que este derecho sea negado a interponer las acciones legales pertinentes.

Para este efecto ASLEYES - MAESTROLegal en su página web, en la sección DEFENSOR DEL MAESTRO está brindando el apoyo jurídico necesario mediante los formatos de derecho de petición y acciones de tutela a fin que los niños menores de cinco años puedan acceder al grado de transición, como es su derecho.

PD: Agradezco el apoyo y reconocimientos brindados por ASLEYES - MAESTROLegal, quienes me ha permitido rendir frutos en favor de la educación pública y de los derechos laborales de los Educadores.

José Rafael Carrillo Parada
Asesor Jurídico de ASINORT