



Cartagena de Indias D. T. y C. ocho (08) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA (IMPUGNACIÓN)
Radicado	13-001-33-33-009-2019-00005-01
Demandante	DAIRIS GÓMEZ ORTÍZ
Demandado	SECRETARÍA DE EDUCACION DISTRITAL DE CARTAGENA Y OTROS.
Tema	Derecho a la educación de discapacitado.
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionada, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA contra la sentencia de fecha veintinueve (29) de enero de 2019 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena a través del cual se concedió el amparo de solicitud de tutela al accionante, la señora DAIRIS GÓMEZ ORTÍZ, en representación de su hijo, el menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ.

III. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PETICIÓN ¹

Se señalan como petición de la Acción de Tutela lo siguiente:

"Se autorice una beca para mi hijo ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ de acuerdo a su diagnóstico médico que está presentando, Retraso mental con otros deterioros del comportamiento, pueda tener acceso de ingresar a estudiar en el centro de habilitación especial y capacitación ALUNA para

¹ Folio 6





que mi hijo reciba su atención profesional, especial, pedagógica y terapéutica acorde con sus necesidades, que la beca sea indefinida

También solicito que la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena le ponga un vehículo para que lo recoja y lo traiga'

1.2. HECHOS²

Se señalan como hechos relevantes los siguientes:

- El día 27 de abril del año 2016 el menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ asistió a una cita médica al HOSPITAL INFANTIL NAPOLEÓN FRNACO - PAREJA CASA DEL NIÑO, el cual fue atendido por la médica especializada en NEUROLOGÍA PEDIÁTRICA, la Dra. MARGARITA SUSANA GARCÍA MELÉNDEZ.
- De acuerdo a la historia clínica del menor, se le diagnosticó "F-718 RETRASO (SIC) MENTAL CON OTROS DETORIOS DEL COMPORTAMIENTO".
- La accionante, se dirigió a la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, de al diagnóstico médico de su hijo, solicitando una beca para que le otorgaran un cupo en un centro de habilitación especial y con lo cual conseguir el apoyo de parte de la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena.
- El día 24 de octubre de 2017 el menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ fue matriculado en el Centro de Habilitación y Capacitación Aluna de acuerdo a su diagnóstico, recibiendo atención profesional, pedagógica, y terapéutica acorde con sus necesidades.
- El menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ fue expulsado de la Fundación Aluna debido a un incumplimiento por parte de la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, por cuanto la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena no continuó con el apoyo de la beca otorgada al menor.
- La Secretaría de Educación Distrital de Cartagena vulneró los derechos fundamentales del menor, para que no siguiera estudiando más en la Fundación Aluna, por lo que en la actualidad no se encuentra estudiando.

² Fís. 3-6





2. CONTESTACIÓN DE TUTELA

FUNDACIÓN ALUNA³

La vinculada Fundación Aluna, allegó el informe solicitado, exponiendo:

"Es necesario aclarar que la fundación Aluna es una entidad de derecho privado que no hace parte de los órganos del estado, y es un particular que presta servicios en el marco de sus actividades misionales a entidades estatales o particulares que contratan sus servicios.

En el presente caso, la atención que se brinda al menor se encuentra enmarcada en el desarrollo del contrato celebrado con la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, que es la entidad estatal que tiene la responsabilidad en este tema en el marco de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

(...)

No es cierto que se haya expulsado de la Fundación Aluna al menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ la atención que se brindó al menor se encuentra enmarcada en el desarrollo del contrato celebrado con la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, que es la entidad estatal que tiene la responsabilidad en este tema en el marco de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

Al finalizar el periodo escolar, se termina el convenio firmado entre la Fundación Aluna y la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena y esta última no contrata nuevamente los servicios de la Fundación.

(...)

De la manera más comedida y atendiendo las razones fácticas expuestas solicitamos declarar IMPROCEDENCIA de las pretensiones de la acción de tutela respecto a la FUNDACIÓN ALUNA, por no encontrarse vulnerados los derechos fundamentales del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ. En especial los derechos a la educación y a la igualdad, por las siguientes razones:

³ Fls. 61-66.





La fundación Aluna es una entidad de derecho privado sin ánimo de lucro que no tiene obligaciones constitucionales ni legales para adelantar medidas de restablecimiento de derecho del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ. Su actividad en este caso, se ha circunscrito a cumplir en debida forma y manera idónea la instrucción impartida por el convenio suscrito con la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de atender a este menor en forma temporal, como parte del cumplimiento de un contrato vigente entre dicha entidad estatal y la fundación.

Desde el momento en que la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena indicó a la Fundación Aluna que realizara el procedimiento de ingreso y permanencia en la institución del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ, el día 13 de julio de 2017, la Fundación Aluna ha venido prestando la atención al menor, conforme a los protocolos internos y a los que ha señalado el convenio suscrito.

La competencia para adoptar medidas temporales o definitivas para el restablecimiento de derechos del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ corresponde exclusivamente a la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena; en materia de educación corresponde al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias a través de su Secretaría de Educación la definición de lo pertinente respecto del menor; así como en materia de salud compete a la entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliado el menor, la atención en este campo. Estas entidades diferentes y autónomas de la Fundación Aluna pueden definir la continuidad de la atención a través de diferentes entidades, protocolos o mecanismos según lo consideren pertinente. La Fundación Aluna no tiene capacidad ni competencias para definir estas medidas ni para ordenar la permanencia en la Fundación Aluna del menor, ya que éste se vinculó en la institución por órdenes de la Secretaría de Educación en el marco del contrato al que se hace referencia en el numeral anterior.

La Fundación Aluna tiene vigente un convenio de asociación No. 7-365-064-2017-SED-IUC de mayo de 2017 celebrado con el Distrito de Cartagena, Secretaría de Educación Distrital, que está vigente hasta el 31 de diciembre de 2017. En el marco de este convenio, la Fundación Aluna no ha recibido instrucciones de esta entidad territorial para la atención del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ.





La actuación de la Fundación Aluna frente a diferentes personas que se atienden en sus instituciones corresponde a la existencia de unas relaciones contractuales preestablecidas entre los padres o guardadores con nuestra institución. En el presente caso no existe tal vínculo contractual. La otra alternativa es que la atención de las personas sea producto de la instrucción que imparta una entidad estatal contratante de los servicios de la Fundación Aluna, como lo es en este caso la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena respecto al menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ.

Por lo tanto, no existen fundamentos jurídicos ni fácticos para que se ordene mediante un fallo de tutela a la FUNDACIÓN ALUNA, como entidad de derecho privado, a que por sí misma y a sus costas mantenga la permanencia indefinida del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ en sus protocolos de atención.

En este sentido, si se llegare a impartir cualquier orden, la misma debería realizarse a las entidades estatales demandadas respecto del menor, para que adelanten medidas en el marco de sus competencias para su adecuada protección."

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL⁴

El **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, presentó informe proponiendo la falta de legitimación en la causa por pasiva, exponiendo lo siguiente:

" (...) en cuanto a la administración e implementación del servicio educativo para personas con discapacidad, en cumplimiento de lo dispuesto en la ley 60 de 1993 el servicio público educativo se descentralizó y el Ministerio de Educación Nacional certificó a los departamentos que reunían los requisitos exigidos en la ley y le hizo entrega del personal docente y administrativo, de los establecimientos educativos y del manejo de los recursos para el pago de los mismos.

El acto legislativo N° 01 de julio 30 de 2001, modificó los artículos 356 y 357 de la Constitución Política. Mediante el artículo 356 de la Carta se crea el sistema general de participaciones de los departamentos, distritos, y municipios, para financiar adecuadamente los servicios de educación

⁴ Fls. 68-72





preescolar, primaria, secundaria y media, garantizando la prestación del servicio educativo y la ampliación de la cobertura.

La Ley 715 de 2001 en su artículo 7º, establece que es competencia de los Distritos y Municipios certificados dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica, media. Es de mencionar, que la Nación a través del Decreto 1075 establece que cuando el personal de apoyo actual, no sea suficiente para atender a los estudiantes con discapacidad y con capacidades excepcionales, las entidades territoriales deben acudir a la contratación de los servicios de apoyo pedagógico que requieran organizaciones de reconocida trayectoria e idoneidad en la prestación o promoción del servicio de educación.- Para ello la Nación reconoce un porcentaje adicional del 20% del valor de la tipología a las entidades territoriales certificadas, para garantizar la prestación del servicio de dicha población.

Con el fin de garantizar una eficiente y oportuna prestación del servicio educativo a la población que por su condición de discapacidad o de capacidades o talentos excepcionales, presenta necesidades educativas especiales, el Ministerio de Educación Nacional, en cumplimiento de lo establecido en el Decreto 1075 de 2015, asigna a través de documentos CONPES un veinte por ciento (20%) adicional a la tipología de cada entidad territorial, el cual está incluido dentro de la asignación por población atendida.

Así las cosas, con estos recursos, las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas deben contratar todos los servicios de apoyo pedagógico requeridos para ofrecer educación de calidad en los establecimientos estatales de educación formal que reportan matrícula de población NEE.

Por ello, la Secretaría de Educación de la entidad territorial debe organizar la oferta educativa, de acuerdo con la condición de discapacidad de los estudiantes. Así mismo, esta secretaría define la instancia o la institución encargada de determinar la condición de discapacidad, mediante una evaluación psicopedagógica y un diagnóstico interdisciplinario. De acuerdo con esta evaluación los niños y jóvenes que por su condición de discapacidad no puedan ser atendidos por el sistema educativo, ya que requieren apoyos extensos y generalizados y de programas de habilitación,





rehabilitación ocupacional y de protección deberán ser atendidos por la alcaldía y la gobernación, a través de sus secretarías de desarrollo y de bienestar social en convenio con otros organismos regionales y locales como establece la Resolución 2565 de 2003.

Por lo expuesto solicita "DESVINCULAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL de la presente tutela por cuanto esta entidad no está desconociendo ningún derecho fundamental, ya que la entidad competente para resolver este tipo de situaciones es la Secretaría de Educación de la jurisdicción en la cual se encuentre la persona con Necesidades Educativas Especiales (NEE)."

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵

A través de sentencia de fecha veintinueve (29) de enero de 2019, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena decidió **conceder** la solicitud de tutela teniendo en cuenta lo siguiente:

El A-Quo, encuentra que existe una real vulneración al Derecho a la Educación en condiciones de Igualdad, del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ, por parte de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA, toda vez que el menor en mención se encuentra retirado de las clases que venía recibiendo en un centro de habilitación y capacitación especial, siendo que este debe estar bajo la especial protección del Estado por su condición de discapacidad, y así mismo por su condición económica (ver certificado del DNP obrante a folio 17 con puntaje de SISBEN de 15.43), es deber del Estado adoptar acciones afirmativas tendientes a garantizarle la igualdad real frente a los demás estudiantes, pues no cuentan con recursos para acceder a una institución educativa flexible.

En primer lugar, se ordenó a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA, que dentro del término de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia, se sirviera de notificar al demandante sobre la oferta escolar con inclusión flexible disponible (Centros de estudios de habilitación y capacitación especial) en la ciudad de Cartagena, para que el menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ con su familia sean quienes elijan cuál de las instituciones académicas disponibles se ajustan más a sus necesidades y con base en ello, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE

⁵ Fls. 84-92.





CARTAGENA, dentro de los dos (2) días siguientes a dicha elección, procediera a asignarle el cupo para el presente año lectivo.

Así mismo, se ordenó a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA que una vez adjudicado el respectivo cupo a favor del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ, atendiendo a la disponibilidad, a través de una ruta escolar u otro plan, garantice al educando la asistencia al colegio en condiciones de seguridad, teniendo en cuenta las particularidades de su situación familiar.

4. IMPUGNACIÓN⁶

Mediante escrito de impugnación la entidad accionada solicita a esta Sala que revoque el fallo proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, y en su lugar proceda a rechazar la solicitud de amparo deprecada por improcedente, sustentando su solicitud de impugnación con base en las siguientes razones:

En primer lugar que, la competencia de la entidad accionada estriba en garantizar el Derecho a la Educación Inclusiva, por tanto el servicio integral de salud debe ser prestado por la entidad promotora de salud donde viene siendo atendido el menor, la Secretaría de Educación Distrital deberá garantizar el servicio de apoyo pedagógico para la oferta de educación inclusiva a los estudiantes que encuentran barreras para el aprendizaje y la participación por su condición de discapacidad en los términos de la Ley 115 de 1994, el Decreto 1075 de 26 de mayo de 2015 (Decreto ley 1421 de 2017) y la Ley Estatutaria 1618 de febrero 17 de 2013.

El servicio terapéutico que requiere el menor que prestan las I.P.S. prescritas para optimizar la estimulación de la función sensorial y cognoscitiva del menor, asunto concerniente a la salud, es un servicio que debe ser asumido por su E.P.S. COOSALUD, a través de la I.P.S con la cual tenga contrato, si en este trámite se demuestra su necesidad.

Respecto al servicio de transporte solo se garantiza de manera colectiva a las comunidades que no cuentan con Instituciones Educativas en su jurisdicción, es el caso de los barrios de expansión urbanística o asentamientos urbanos subnormales, se ofrece a todos los niños que

⁶ Fls. 98-100.





pertenezcan a un sector que no cuente con Instituciones Educativas Oficiales se les garantizará el transporte desde el sector que no cuenta con oferta pública hasta la Institución Educativa Oficial más cercana. El transporte individual no es asunto que competa a esta Secretaría de Educación.

Por otro lado, manifiesta la accionada que no tiene la potestad para destinar recursos con el objetivo de financiar gastos en materia de salud, dado que el servicio integral de salud – componente terapéutico de habilitación, no competen a esta entidad, ya que su obligación reside únicamente en prestar el Servicio Público Educativo a través de las Instituciones Educativas Oficiales y las Instituciones Educativas Especializadas habilitadas para prestar el servicio de tipo educativo.

Por último, la Secretaría de Educación accionada propone la improcedencia de la Acción de Tutela por falta de legitimación de la causa por pasiva ya que no se considera responsable del quebrantamiento de los derechos fundamentales del actor, por no existir nexo de causalidad entre la Acción De Tutela y la omisión o acción, o amenaza de los derechos fundamentales alegados.

5. TRÁMITE

La acción de la referencia fue admitida el día 16 de enero de 2019 (Fl. 57), notificada el día 16 de enero de 2019 (Fls. 58-60).

El día 17 de enero de 2019, la Fundación Aluna, rindió informe y presentó contestación de la Acción de Tutela de la referencia (Fls. 61-62).

El día 17 de enero de 2019, el Ministerio de Educación Nacional, rindió informe y presentó contestación de la Acción de Tutela de la referencia (Fls. 68-70).

El 29 de enero de 2019, se dictó el fallo de primera instancia (Fls. 84-92).

El día 01 de febrero de 2019, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, presentó el escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia (Fls. 98-100).





Finalmente, el expediente ingresó al Despacho para estudio de la impugnación, y el día 05 de febrero de 2019 concedió la impugnación para que sea resuelta por esta Corporación (Fl. 102).

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer de la impugnación propuesta por la parte accionada, por tratarse de un fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

El artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, enseña que la impugnación de los fallos de tutela será conocida por el superior jerárquico del Juez de primera instancia, siendo esta Corporación el superior de los Jueces Administrativos del Circuito de Cartagena.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En el caso bajo análisis, teniendo en cuenta el objeto de la impugnación la Sala considera necesario resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA, el derecho fundamental a la educación del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ, por cuanto al terminar el convenio firmado por dicha Entidad y la Fundación Aluna y no ser incluido en un convenio vigente, el menor dejó de recibir la atención que requiere como persona con necesidades educativas especiales?

Si la respuesta al problema jurídico es positiva, se debe confirmar el fallo impugnado; en caso contrario se revocará.

3. TESIS

Esta Sala de Decisión, considera que la omisión de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL, al no vincular al menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ a un nuevo convenio con una Institución Especial de Habilitación y Capacitación resulta violatoria de los derechos deprecados; en consecuencia se confirmará la providencia que concedió el amparo solicitado.





La anterior tesis se soporta en los siguientes argumentos:

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. LA ACCIÓN DE TUTELA -SU NATURALEZA JURÍDICA.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.1.1. -Requisitos de procedencia.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, esta requiere para su procedencia el cumplimiento de ciertos presupuestos, los que son analizados ulteriormente.

La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de





esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención”⁷.

Al respecto el inciso 3º del artículo 86 superior dice:

“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, ahí la especialidad de la Acción.

Sin embargo es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

5. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA:

5.1. ACTIVA

La legitimación en la causa por activa es aquel nexo sustancial que debe coexistir entre las partes de un proceso y el interés sustancial del litigio, es decir es la persona habilitada por la ley para actuar procesalmente.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.





En materia de acción de tutela, sobre la legitimación en la causa por activa el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 10 establece:

"Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud."

Sobre este tema la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional⁸ ha manifestado:

"El legislador de 1991 instituyó en el artículo 86 la acción de tutela como un mecanismo especial para que todos los ciudadanos pudieran reclamar ante los jueces, por sí mismos o por quien actué a su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o particulares encargados de la prestación de un servicio público.

En ese mismo sentido, el artículo 10 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, el cual reglamentó la acción de tutela, establece que ésta puede ser ejercida por "cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales". Así entonces, el amparo debe demandarse por el titular de los derechos presuntamente vulnerados, quien puede hacerlo por sí mismo o a través de representante. Igualmente, se permite la agencia de derechos ajenos, cuando el facultado legalmente para hacerlo "no esté en condiciones de promover su propia defensa"; por intermedio de la Defensoría del Pueblo o los personeros municipales.

De acuerdo con la normatividad, existen cuatro conductos a través de los cuales se puede interponer la acción de tutela por parte de la persona presuntamente vulnerada en sus derechos:

(i) Por sí misma. En este caso no se precisa de profesional del derecho.

(ii) Cuando se trata de personas jurídicas, incapaces absolutos o menores de edad, el facultado para presentar la demanda es el representante legal.

(iii) A través de abogado, caso en el cual se requiere de un poder que expresamente otorgue la facultad para interponer la acción tuitiva.

(iv) Por intermedio de un agente oficioso, o sea, una persona indeterminada, la cual no requiere de poder, pero debe especificar que lo hace en esa calidad y siempre que el titular del derecho "no esté en condiciones" de promoverla directamente.
(Negrillas fuera del texto)

⁸ Sentencia T- 406 de 2017 MP: Iván Humberto Escruera Mayolo





Respecto de la agencia oficiosa la Corte Constitucional⁹ ha señalado:

"Cuando la acción de tutela es interpuesta por intermedio de agente oficioso, la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes elementos normativos: (i) el agente oficioso debe manifestar que está actuando como tal; (ii) del escrito de tutela se debe poder inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancias físicas o mentales; (iii) la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y los agenciados; (iv) la ratificación de lo actuado dentro del proceso."

5.2. PASIVA.

En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negrillas fuera de texto)

La entidad accionada, Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, en principio tiene competencia para garantizar el derecho fundamental de Educación. Por lo tanto, está legitimada en la causa por pasiva frente a la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que el actor narra en su escrito de tutela.

6. De los Derechos Fundamentales Invocados

6.1. Derecho a la Educación

De conformidad con el artículo 67 Constitucional, la educación es un Derecho y al mismo tiempo un servicio público, cuyo objeto es garantizar el acceso de los ciudadanos al conocimiento, a la ciencia y a los demás bienes y valores culturales.

Sobre el Derecho a la Educación, la Corte Constitucional ha manifestado:

"Cada una de las dimensiones del derecho a la educación le impone a los Estados obligaciones de tres tipos: de respeto, que se traducen en la imposibilidad de interferir en el disfrute del derecho; de protección, que les exigen adoptar medidas para evitar interferencias de terceros y de cumplimiento, que comportan prestaciones e involucran, a su vez, obligaciones de facilitar y proveer. Cada una de ellas difiere, adicionalmente, en atención al momento en que debe verificarse su cumplimiento: inmediatamente, desde el

⁹ Sentencia T-004/13 MP: Mauricio González Cuervo





momento mismo de ratificación del instrumento internacional que las contempla, o de forma progresiva, esto es, avanzando de manera gradual pero constante, lo cual incluye la prohibición de medidas regresivas que afecten el grado de goce del respectivo derecho. Por regla general, las obligaciones de respeto y de protección son de cumplimiento inmediato, en la medida en que no exigen del Estado ningún tipo de erogación, sino, como acaba de indicarse, abstenerse de obstaculizar el disfrute del derecho a la educación o impedir que terceros lo alteren. Típicos ejemplos de este tipo de obligaciones son las de respetar la libertad de los agentes privados para crear instituciones de enseñanza, abstenerse de cerrar centros educativos, velar por el derecho de acceso sin discriminaciones a las instituciones y programas de enseñanza públicos y por la compatibilidad de la disciplina escolar con la dignidad humana. En cambio, las obligaciones de cumplir suelen requerir la movilización de recursos económicos y un desarrollo normativo, reglamentario y técnico destinado a identificar los requisitos que determinan su exigibilidad, al responsable de su garantía y las fuentes de financiación que permitirán cubrirlas¹⁰.

Por otro lado, en tratándose del Derecho a la Educación, en cuanto a las personas en condición de discapacidad la Ley Estatutaria 1618 de febrero 27 de 2013¹¹, estableció que:

" El Ministerio de Educación Nacional definirá la política y reglamentará el esquema de atención educativa a la población con necesidades educativas especiales, fomentando el acceso y la permanencia educativa con calidad, bajo un enfoque basado en la inclusión del servicio educativo. Para lo anterior, el Ministerio de Educación Nacional definirá los acuerdos interinstitucionales que se requieren con los distintos sectores sociales, de manera que sea posible garantizar atención educativa integral a la población con discapacidad. "

Sobre este tema, la Corte Constitucional¹² ha manifestado:

" Respecto al derecho a la educación de los menores en situación de discapacidad, esta Corporación estableció que, los niños y niñas con discapacidad son sujetos de especial protección constitucional, por el ciclo vital que afrontan y por la discriminación histórica a la que han sido sometidos debido a sus diferentes funcionales. Son titulares del derecho a la educación y el Estado tiene las mismas obligaciones concebidas frente a la educación para los niños que no presentan discapacidades. "

7. CASO CONCRETO

7.1. Hechos probados

Revisada la demanda y sus anexos, observa la Sala que se encuentran probados los siguientes hechos:

- Obra en el expediente copia historia clínica del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ (Fls. 7-11)

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-743/13.

¹¹ Artículo 11. Ley 1618 de 2013.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-247/14.





- Obra en el expediente fotografía del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ (Fl. 12)
- Obra en el expediente copia del carné de afiliación del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ a COOSALUD E.P.S. (Fl. 13)
- Obra en el expediente copia certificado de afiliación del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ a COOSALUD E.P.S. (Fl. 14)
- Obra en el expediente copia de la Tarjeta de Identidad del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ. (Fl. 15)
- Obra en el expediente certificación de matrícula del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ expedida por la Fundación Aluna. (Fl. 16)
- Obra en el expediente certificado del DNP con puntaje del SISBÉN en 15,43. (Fl. 17)
- Obra en el expediente copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora DAIRIS GÓMEZ ORTÍZ. (Fl. 18)
- Se encuentra en el expediente Auto de fecha dieciséis (16) de enero de 2019 mediante el cual, el A-Quo admite la solicitud de Tutela. (Fl. 57).
- Obra en el expediente contestación de tutela por parte de la vinculada Fundación Aluna. (Fls. 61-62)
- Se encuentra en el expediente copia del Convenio de Asociación No. 7-365-064-2017 SED-IUC, suscrito entre el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y la FUNDACIÓN ALUNA. (Fls. 63-65)
- Se encuentra en el expediente certificado de existencia y representación legal de la Fundación Aluna, expedido por la funcionaria competente de la Gobernación de Bolívar. (Fl. 66)
- Obra en el expediente contestación de tutela por parte del Ministerio de Educación Nacional. (Fls. 68-70)
- Se encuentra en el expediente Sentencia del veintinueve (29) de enero de 2019 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena en la cual se concedió el amparo de la Solicitud de Tutela al menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ. (Fls. 84-92)
- Obra en el expediente escrito de impugnación presentado por la accionada SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA contra la Sentencia No. T-003 de 2019 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena. (Fls. 98-100)





- Se encuentra en el expediente Auto de fecha cinco (05) de febrero de 2019 mediante el cual se concede la impugnación. (Fl. 102)

7.2. Análisis de los hechos probados frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto.

La señora DAIRIS GÓMEZ ORTÍZ, en representación de su hijo, el menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ, presentó Acción de Tutela a efectos de que se le ampararan sus derechos fundamentales a la educación, la salud y la vida digna.

El A-Quo, concedió el amparo de los derechos deprecados en la solicitud de tutela y ordenó a la accionada a que le permitiera continuar con sus estudios; decisión que fue objeto de la impugnación, de la cual se ocupa la Sala en este momento.

La impugnación la sustenta la accionada en el hecho de que el fallo no está ajustado a lo establecido en el Decreto 1421 de 2017 que establece que las entidades territoriales garantizarán la oferta educativa para los estudiantes con discapacidad dentro de la oferta general, es decir, igual a la ofrecida para todos los estudiantes, es decir, los menores que padezcan algún tipo de discapacidad ingresaran a un establecimiento Educativo Oficial o contratado más cercano a su lugar de residencia y al grado acorde a su edad cronológica.

En este contexto, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial, así como los hechos probados y el objeto de la impugnación.

Procede esta Corporación a determinar si la accionada viola los derechos fundamentales deprecados.

Por los hechos narrados en la demanda, y por lo contenido en los informes rendidos por las entidades vinculadas, se tiene que el menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ padece de retraso mental con otros deterioros en el comportamiento, por lo que estuvo vinculado a la Fundación Aluna mediante Convenio de Asociación No. 7-365-064-2017 SED-IUC suscrito entre dicha fundación y la Alcaldía Mayor de Cartagena, en que se le brindaría educación especializada; por perder vigencia el convenio en mención, en la actualidad el menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ, no se encuentra





recibiendo la educación pertinente para su condición de persona con Necesidades Educativas Especiales.

Si bien, la accionante solicita, que el menor sea reintegrado a la fundación Aluna; es necesario precisar que dicha fundación al ser una entidad de derecho privado, no se ve en obligación alguna de garantizar los derechos fundamentales de una persona que no se encuentre vinculada a su institución, de forma particular o mediante convenio, tal como se encontraba el menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ.

Es necesario precisar, que en el artículo 46 de la ley 115 de 1994 señala que la educación para personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, emocionales o con capacidades intelectuales excepcionales, es parte del servicio público educativo, y es obligación de los establecimientos educativos organizar directamente o mediante convenio, acciones pedagógicas y terapéuticas, que permitan el proceso de integración académica y social de dichas personas.

En armonía con la anterior disposición, el artículo 11 de la ley 361 de 1997, señala que nadie puede ser discriminado por razón de su limitación para acceder al servicio de educación, ya sea en una entidad pública o privada, y para cualquier nivel de formación. Así mismo, señala la norma en cita, que el gobierno nacional promoverá la integración de la población con limitación a las aulas regulares en establecimientos educativos que se organicen directamente, o por convenio con entidades gubernamentales y no gubernamentales. Precisa también, que las entidades territoriales deben apoyar a estas instituciones y dotarlas de los materiales educativos que correspondan a estas actividades.

Por otro lado, el artículo 7 de la Ley 715 de 2001 indica que es competencia de los municipios y distritos certificados dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media.

A su turno, el numeral 8 del artículo 2.3.3.5.1.1.4 del Decreto 1075 del 2015, dispone que es responsabilidad de las entidades territoriales certificadas, a través de su Secretaría de educación, organizar la oferta para la población con discapacidad; debiendo para ello coordinar y concretar con otros sectores, entidades o instituciones la prestación la prestación de los servicios educativos, para garantizar a los estudiantes con discapacidad los apoyos





y recursos técnicos, tecnológicos, pedagógicos, terapéuticos, administrativos y financieros.

Por lo anterior, la Sala encuentra que en el sub judice, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena vulneró el derecho a la Educación del menor ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ GÓMEZ, al no vincularlo a una institución idónea que pueda brindarle y garantizarle su formación académica, a pesar de su discapacidad, con los apoyos y recursos técnicos, tecnológicos y terapéuticos necesarios.

En este orden, se confirmará el fallo impugnado, que concedió el amparo de los derechos deprecados.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia de fecha veintinueve (29) de enero de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena.

SEGUNDO: COMUNICAR el contenido de esta providencia a las partes y al Juez Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena.

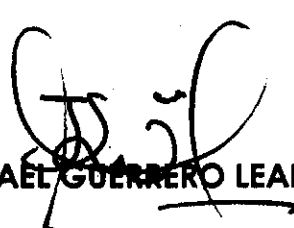
TERCERO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez (10) días siguientes de ejecutoriada ésta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

