



Artículo Maestría

La reparación del daño antijurídico en la prestación del servicio público de la educación



José Ignacio Manrique Niño*

Recibido: 02 de febrero de 2007

Aprobado: 22 de marzo de 2007

RESUMEN

De acuerdo con la Constitución Política, la educación tiene el doble carácter de derecho fundamental y de servicio público. Sin embargo, son varios los casos en que la administración ha vulnerado este derecho fundamental, ya sea por una deficiente prestación del servicio o sin ella. Lo cierto es que se ha vulnerado este derecho fundamental de los menores de edad, así lo ha dicho la Corte Constitucional en su jurisprudencia, ante la acción de tutela que en múltiples ocasiones se ha instaurado para buscar la protección de este derecho.

Pero, si bien se ha protegido el derecho a la educación, no se ha declarado la responsabilidad de la administración por este hecho. Para declarar tal responsabilidad, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución, es preciso responder los siguientes interrogantes: ¿en tales casos hubo daño antijurídico? ¿cómo determinar el daño?, ¿le es imputable a la administración? Si le es imputable ¿cómo pedir su reparación? Tratar de dar respuestas a estos interrogantes es el propósito del presente artículo.

Palabras clave: derecho fundamental, servicio público, daño antijurídico, responsabilidad, administración pública, imputación, reparación del daño.



* Abogado de la Universidad del Rosario; licenciado en filosofía y letras de la Universidad Santo Tomás; candidato a magister en derecho administrativo en la Universidad del Rosario. Correo electrónico: nachomanriqueni@yahoo.com. Bogotá. Colombia.

Repairing the illegal damage to education caused by the public service

ABSTRACT

In accordance with the Constitution, education has the double character of a fundamental right and a public service. Nevertheless, there are a variety of cases in which the administration has caused damage to this fundamental right, either by deficient provision of services, or by providing none at all. What is certain is that there has been damage done to a fundamental right of minor. This has been stated by the Constitutional Court in its jurisprudence, in trusteeship actions that, on multiple occasions, has been resorted to for the protection of this right.

But, although the right to the education has been protected, this alone does not declare the responsibility of the administration. In order to declare such responsibility, in compliance with Article 90 of the Constitution, it is precise to respond to the following questions: in such cases there was illegal damage? How do we determine the damage? Are the damages imputable to the administration? If it is imputable to the administration, how do we request his repair?. It is the intent of this article to provide answers to these questions.

Key words: fundamental right, public service, illegal damage, responsibility, public administration, imputation, repair of the damage.

INTRODUCCIÓN

Debido al alto impacto que tiene la educación tanto para la sociedad como para el mismo individuo, el Estado se ha interesado en ella, definiéndola como política pública, amén de que ha sido elevada a rango constitucional, dotándola de una doble naturaleza: por una lado, como derecho fundamental de las personas y, por otro, como servicio público a cargo del Estado.

El Estado se interesa por la educación por cuanto ella es instrumento que ayuda al progreso social y a la realización del proyecto personal de vida de los individuos. Por ello, para hacer realidad el cometido constitucional de derecho y servicio, la define como política pública, dedicándole importantes recursos humanos y financieros.

El presente trabajo tiene como propósito principal mostrar hasta qué punto la prestación del servicio público de educación en verdad refleja que ésta sea política pública por parte del Estado. Para ello

haremos referencia a casos puntuales donde ha habido incumplimiento o falla en la prestación de este servicio, bien porque los particulares para hacer efectivo su derecho a la educación han tenido que acudir al recurso de amparo o tutela, o porque efectivamente ha habido demanda directa al Estado para pedir indemnización de perjuicios por falla en la prestación de este servicio.

Seguidamente, y desde la perspectiva del artículo 90 de la Constitución, se hará un análisis para establecer el daño antijurídico en la prestación del servicio de educación, a efectos de determinar su imputación y pedir su reparación. En este sentido, se examinará si para pedir la reparación de los perjuicios primero se tiene que demostrar la falla del servicio o mejor inicialmente, establecer el daño antijurídico y a partir de ahí seguir el análisis para determinar la responsabilidad de la administración y pedir la reparación. En igual forma, se estudiarán los principios que se deben aplicar para la reparación de los perjuicios causados por el daño antijurídico.

Finalmente, se examinará el interés legítimo como criterio clave para determinar las consecuencias y los perjuicios en la prestación del servicio de educación, sobre todo para aquellos casos en los que: 1) no es fácil determinar el daño evento o 2) cuando la responsabilidad de la administración en la materia no se debe reducir a lo meramente patrimonial, dado que hay aspectos en la educación que rebasan lo económico. Todo esto para que no se siga permitiendo la vulneración del derecho a la educación por las irregularidades en la prestación del servicio.

1. MANIFESTACIONES DEL INCUMPLIMIENTO EN EL ACCESO Y LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO

En forma prolija la Carta Fundamental habla sobre la importancia de la educación y, por eso, además de derecho fundamental, le dio el carácter de servicio público, con todo lo que esto implica, en especial dando aplicación a los principios que le son propios a los servicios públicos, como son los de universalidad o cobertura, continuidad o permanencia, calidad y eficiencia.

No obstante, hay casos muy reveladores donde la prestación del servicio de educación a cargo del Estado ha sido defectuosa, lo cual de-

muestra que en realidad no es tan cierto (o por lo menos así parece para muchos funcionarios públicos) que la educación sea política pública.¹

En efecto, en los casos en que ha habido irregularidad en la prestación del servicio de educación, se ha vulnerado este derecho fundamental de los menores, ante lo cual se ha tenido que invocar su protección a través del recurso de amparo o de tutela. Pero si bien en la mayoría de casos la Corte Constitucional amparó el derecho, esto no significa que se haya declarado la responsabilidad de la administración. Y ello, por cuanto el órgano jurisdiccional al que se le ha atribuido constitucionalmente esa función es el Consejo de Estado.

Sin embargo, es muy escasa la jurisprudencia administrativa de esta Corporación en materia de responsabilidad por el servicio público de educación. Por tanto, nos referiremos preferentemente a los casos que han sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, con el propósito de reflexionar sobre el tema a efectos de incentivar el debate para determinar si hay o no lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado. A continuación se hará referencia a los casos en que se ha visto envuelta la administración por vulneración del derecho a la educación.

1.1. Violación del derecho a la educación por aplicación de política pública

En este caso, por cuenta de una decisión de la Secretaría de Educación, los dos colegios que había en el municipio fueron fusionados en uno solo, el cual sólo funcionaría en la jornada diurna y sabatina. En la diurna sólo estudiarían los menores y en la sabatina los adultos. Con esta decisión salió perjudicada una menor, quien en el año inmediatamente anterior había cursado el grado décimo en uno de ellos, en jornada nocturna, y en el nuevo colegio, la directora no la admitió en la jornada sabatina porque era menor de 17 años, y para cursar el grado 11^o en dicha jornada tenía que ser mayor de 18 años. La estudiante solicitó el amparo de sus derechos funda-



¹ Por la trascendencia que tiene la educación para el individuo y la sociedad, el Estado se ha "interesado" en ella y la ha definido como política pública, en su doble acepción de derecho y servicio público, para lo cual se ha reservado la dirección, inspección y vigilancia, buscando con ello maximizar el bienestar colectivo.

mentales de igualdad y de educación, los cuales consideró vulnerados por la negativa de la directora del colegio, pues no puede estudiar en la jornada diurna, por cuanto es de escasos recursos y vive en unión libre, fruto de la cual tiene una hija de un mes de nacida, razón por la cual debe atender las obligaciones de su familia.

La Corte Constitucional amparó el derecho a la educación, con base en el artículo 44 superior y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, señalando que “en materia del derecho a la educación de los menores, se debe entender por núcleo esencial, el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma. El núcleo esencial no está sometido a la dinámica de coyunturas políticas, por lo que no es posible negar injustificadamente a una persona el acceso y la permanencia en el sistema educativo”.²

En el caso no se cuestiona la validez de la fusión de los establecimientos educativos, pues ello corresponde a la esfera competencial de las autoridades territoriales. Lo que se reprocha es que no se hayan dispuesto los mecanismos necesarios para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los estudiantes de la jornada nocturna, pues no fueron efectivas las decisiones administrativas para facilitar el tránsito institucional que exigía la fusión de los dos colegios, tal como lo señalan los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución. Por eso, la Corte aplicó para el caso la excepción de inconstitucionalidad del Decreto 3011 de 1997, que ordenó la fusión de los establecimientos educativos en mención.

Otro caso donde se nota una irregularidad de la administración en la prestación del servicio de educación fue en el que se vio involucrada una menor ante una política pública de sectorización de la educación que imponía a los niños la obligación de recibir clases en el sector donde residían. La madre de la menor pidió el amparo constitucional de este derecho fundamental porque tal decisión vulneraba su derecho a elegir la educación que deseaba para su hija. Al respecto la Corte, aunque no cuestiona la sectorización de los usuarios del servicio de educación, reitera que éste es un derecho



² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 1017 del 9 de agosto de 2000, magistrado ponente Alejandro Martínez.

fundamental y un servicio público, y aunque su prestación puede estar condicionada por las limitaciones materiales y técnicas, sin embargo éstas deben apreciarse en función de las deficiencias en la prestación del servicio y como una interferencia indeseable que el Estado debe estar presto a superar y, por tanto, la obligación estatal de prestar el servicio de educación es impostergable. Por esa razón, se le ordenó a la Secretaría de Educación asegurar el cupo escolar de la niña ya fuera en el colegio donde reside o en otro sector.³

1.2. Irregularidad en el servicio de educación por desviar recursos fiscales destinados a la educación o por no ejecutarlos a tiempo

Un padre de familia interpone acción de tutela contra el departamento del Magdalena y el distrito de Santa Marta por cuanto por una discusión entre estas dos entidades territoriales y su desidia y negligencia, mantenían en total descuido (abandono de la planta física, falta de secretarías, aseadoras, etc.) un colegio en Santa Marta. Una decía que la obligación demandada por el accionante correspondía a la otra y viceversa. Esta situación obligaba a los profesores y a los estudiantes a dedicar parte de las horas de clase a realizar labores de aseo al colegio, porque era tal la suciedad que era imposible impartir educación y, además, había amenaza de cerrar el plantel por insalubridad. El colegio tenía mil estudiantes y una sola aseadora, y ésta no laboraba todo el tiempo.

Al respecto la Corte, citando la sentencia C-151 de 1995 señala que de acuerdo con el artículo 356 de la Constitución Política “se establece una *destinación específica del situado fiscal*, para financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles que la ley señale, con especial atención a los niños; lo que resulta un desarrollo de derechos constitucionales de la persona, cuyo amparo estatal en servicios privilegia el propio constituyente (artículos 1, 27, 44, 49, 67, 68, 69, 70 de la C. P)”. Por tanto, no se puede alegar la falta de recursos para proveer esos cargos porque la ley sólo autoriza hacer gastos de inversión. En efecto:



³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 236, del 17 de mayo de 1994, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

una *interpretación literal y exegética* del artículo 357 de la Carta podría dar a entender que la participación de los municipios en los ingresos corrientes sólo puede estar destinada a gastos de inversión, esto es, a gastos destinados a aumentar la formación bruta de capital fijo en el sector social respectivo, puesto que la norma constitucional habla expresamente de ‘inversión’ y no menciona los gastos de funcionamiento (...). Sin embargo la Corte considera que esa interpretación no es admisible por cuanto ella comporta conclusiones contrarias a los propios principios y valores constitucionales. Pues, si el artículo 357 de la Carta hubiera establecido una rígida dicotomía entre los gastos sociales de inversión y los gastos sociales de funcionamiento, entonces tendríamos que concluir que un municipio, por medio de su participación en los ingresos corrientes de la Nación, podría financiar la construcción de una escuela o de un hospital, pero no podría pagar los salarios de los médicos y los profesores respectivos. Esta conclusión es inaceptable puesto que el objetivo de la inversión y el gasto social en la Constitución no es aumentar la producción de determinados bienes físicos —como si éstos fueran valiosos en sí mismos— sino mejorar el bienestar general y satisfacer las necesidades de las personas, en especial de aquellos sectores sociales discriminados.

Por consiguiente, y como es obvio:

una inversión para una escuela que no podrá tener maestros o para un hospital que estará desprovisto de médicos es inútil e ineficiente, puesto que no sirve para satisfacer las necesidades de educación y de salud de la población del municipio respectivo. Por eso, en determinadas circunstancias, constituye una mejor inversión en el bienestar de la población que las autoridades gasten en el funcionamiento de las escuelas y los centros de salud, en vez de efectuar nuevas construcciones en este campo.

Por eso:

no tiene presentación que la desidia para tramitar la descentralización educativa conlleve una situación de abandono expresada en una planta física deteriorada, en condiciones de insalubridad. No es correcto que en un colegio no haya suficiente personal para cubrir elementales necesidades como las de secretaría o las de aseo, o que un servidor público destinado para tal efecto no labore las ocho horas diarias para las cuales se le paga, sino que lo haga solo dos horas porque esa es la costumbre, no es expresión de los deberes constitucionales mirar con indiferencia el deterioro de un colegio con la disculpa de trámites burocráticos o peleas interinstitucionales (...). Cuando se presentan estas circunstancias se colige que tanto los funcionarios administrativos como los educadores no están cumpliendo adecuadamente con su trabajo y que los alumnos no han comprendido la real dimensión de la adquisición del conocimiento.⁴

Igualmente, no es aceptable que un distrito cultural de departamento no se preocupe por asumir la competencia que le corresponde en



⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-516 del 9 de octubre de 1996, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

materia educativa, pero tampoco es justificable que, entre tanto, el Departamento le dé al colegio un tratamiento que podía ser mejor, habiendo fondos de destinación exclusiva para la educación. Por otra parte, no es aceptable que los funcionarios administrativos tanto del departamento como del municipio, y aún las directivas del colegio, no salgan de la discusión sobre quién es el responsable, cuando lo lógico es que pongan todo lo que puedan de su parte para que la juventud acceda al conocimiento.⁵

Significa entonces que ante situaciones como la planteada, tanto los educadores como los educandos están facultados para acudir al juez constitucional y mediante la acción de tutela formular la exigencia para la no distracción de los fondos presupuestados destinados para la educación. Tal posibilidad se predica en la medida en que la educación como derecho-deber impone a quienes interviene en la labor educativa un alto grado de colaboración para que haya eficacia y eficiencia en la utilización de todos los instrumentos para el acceso al conocimiento, porque el estudiante vale como ser humano y será mejor persona en cuanto esté bien educado. Actuar, pues, en consecuencia obliga a que se empleen los rubros destinados para la educación en tal forma que la dignidad de los alumnos y de quienes laboran en un establecimiento educativo no se vean afectadas por la desidia de funcionarios administrativos o por absurdos y engorrosos trámites burocráticos.

De lo anterior se sigue, por un lado, que como la educación ha sido incluida como precepto constitucional dentro del rubro de gasto público social y señalada como objetivo fundamental del Estado social de derecho, sería aberrante que se dijera que es un derecho fundamental, y que al mismo tiempo no se diera un apoyo económico del Estado para que se solucionara el problema educativo. Y por otro lado, como:

la educación no solo consiste en dictar una clase sino en señalar pautas para la vida, el conocimiento se adquiere en la lección y en el permanente ejemplo que se da y se recibe; para que sea provechoso, deben existir condiciones que hagan que la enseñanza sea humanamente aceptable y no desagradable. Y si ocurre lo último, habrá que emplear los correctivos necesarios, en este sentido se puede afirmar que la educación debe ser digna.⁶



⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

1.3. Irregularidad por no ofrecer instalaciones educativas en condiciones de seguridad y salubridad adecuadas

La ocurrencia este tipo de irregularidades es muy frecuente, pero de entre los muchos casos que existen, el siguiente ilustra cabalmente sobre lo que puede llegar a ser la desidia y la negligencia de la administración para cumplir su obligación de prestar el servicio de educación en forma eficiente, permanente y de calidad.

Una escuela pública ubicada en Cartagena se encontraba en grave estado de deterioro. Las organizaciones cívicas de la comunidad residente en el barrio donde ésta se encontraba demandaron por vía de tutela a la Sociedad Amor por Cartagena, para pedir la protección del derecho a la educación de los niños matriculados en la escuela SAC porque, no obstante haberles planteado el problema y solicitarles que adoptaran las medidas correspondientes, hicieron caso omiso. En efecto, la coordinadora de escuelas de la Secretaría de Obras Públicas de Cartagena, en compañía del delegado de la Alcaldía Menor de la zona, visitaron la escuela a petición de los actores y detectaron que dicha institución representaba amenaza para los estudiantes y profesores por el estado de deterioro, debido éste a fallas estructurales de la planta física de la escuela. Se concluyó que la solución para el mejoramiento de la misma era demoler lo existente para construir una planta física sólida y adecuada. Sin embargo, la coordinadora de escuelas observó a la Secretaría de Educación Distrital, y de paso a los demandantes, que las Escuelas SAC de Cartagena tienen un problema legal que aún no se ha definido y por lo tanto el distrito no debe invertir en esas instituciones.

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

ron oficialmente las autoridades, traicionando la confianza que debe presidir las relaciones entre los particulares y los servidores públicos. El Distrito Turístico dejó de ser demandado, ya que la Sociedad Amor a Cartagena negó indebidamente a los actores el acceso a los convenios sucesivos que le entregaron la administración de la escuela, y se reservó esa prueba hasta la impugnación de la sentencia de primera instancia.

En el caso concreto de la escuela, no se viene cumpliendo con la función social que la Constitución asigna a la educación, pues el servicio se presta en condiciones que ponen en peligro la vida de educandos y educadores, ofenden la dignidad, y ponen en riesgo la salud de esas personas, ya que desde hace años avanza el derrumbe paulatino de la edificación y sus servicios sanitarios desaparecieron. No se puede educar a un grupo de niños “en el respeto a los derechos humanos” cuando en el establecimiento donde se pretende impartirles esa formación, brilla por su ausencia tal respeto. Pretender que los alumnos y profesores de la escuela, así como la comunidad a la cual pertenecen los primeros, deba seguir soportando la violación y amenaza de sus derechos fundamentales, mientras tales relaciones se ajustan a las normas superiores vigentes, es imponerles una carga desproporcionada e injusta en un Estado social de derecho. Los padres de los alumnos, éstos, y sus profesores, tienen derecho a que las autoridades no les sometan a un riesgo grave para su vida y para su salud, y a recibir la educación básica obligatoria en condiciones dignas.

Por eso, a la vez que se tutelan los derechos fundamentales invocados, se le ordena al Alcalde Mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar la vida, la salud y el respeto por la dignidad humana de los alumnos y docentes de dicho establecimiento educativo, sin que por ello se interrumpa la prestación del servicio público de la educación para esos menores, o se les imponga cargas que no tienen porque soportar.⁷



⁷ Colombia, Corte constitucional, Sentencia T-385 del 1º de septiembre de 1995, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Ver también Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T 481 del 26 de septiembre de 1997, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

1.4. Irregularidad por la falta transitoria de docentes

Frente a esta irregularidad en el servicio, en la sentencia T-935 de 1999,⁸ la Corte Constitucional señala:

cuando una institución educativa carece de la planta de educadores mínima prevista para cubrir la enseñanza de los diferentes cursos programados, el servicio educativo se encuentra privado de uno de sus elementos esenciales, condición sin la cual el derecho a la educación pierde su efectividad. La ausencia transitoria de un profesor por falta de nombramiento de las autoridades competentes, al interrumpir el servicio, vulnera el derecho fundamental de la educación a los menores de edad. Por lo tanto, el juez constitucional está habilitado para ordenar la realización de las gestiones enderezadas a la provisión de cargos docentes, con miras a proteger el derecho que ha sido ignorado.

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

Así, pues, cuando el juez constitucional tiene que ordenar mediante tutela el nombramiento de docentes que forman parte de la planta de personal de la institución, esto contrasta con la obligación que tiene el Estado de: 1) velar por la prestación eficiente⁹ y continua¹⁰ del servicio educativo (artículos 335 y 336 de la Constitución: los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y hay prioridad de la educación en el gasto público); 2) garantizar el adecuado cubrimiento del servicio educativo, y 3) proveer diligentemente los cargos docentes en los niveles de educación básica.¹¹

No obstante, frente a la falta transitoria de docentes, la Corte Constitucional ha señalado que ésta no vulnera el derecho a la educación de los menores y por lo mismo no habría irregularidad en el



⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 935 del 19 de noviembre de 1999, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 516 del 9 de octubre de 1996, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 571 del 11 de agosto de 1999, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

¹¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 029 del 24 de enero de 2002, magistrado ponente Clara Inés Vargas.

servicio, en dos casos: uno, cuando los docentes no pertenecen a la planta regular de la institución educativa y, otro, cuando a pesar de no estar satisfechas las necesidades educativas por la falta transitoria de docentes la administración demuestra diligencia en las gestiones para nombrarlos. Este fue el caso de un estudiante que instauró una tutela contra el alcalde para que nombrara docentes porque la falta de ellos vulneraba su derecho a la educación. En esta ocasión se denegó la pretensión por cuanto se demostró que el alcalde estaba actuando diligentemente para nombrar los docentes. La Corte indicó que si bien la educación es a la vez derecho fundamental y servicio público, su prestación está condicionada por las limitaciones que surgen de las propias posibilidades operativas y de cobertura, luego es imposible obligar a quienes prestan el servicio a hacer lo que por circunstancias de orden social —falta de locales adecuados, de personal docente, de presupuesto— no es posible realizar.¹²

1.5. Irregularidad por negar el ingreso de niños desplazados a un establecimiento educativo por haber superado la edad del grado escolar al que aspiran

Este es el caso de un grupo de niños desplazados por la violencia al que le fue negada la posibilidad de ingreso al Colegio Sol de Oriente de Medellín y que no fue admitido al grado escolar al que los niños aspiraban, porque éstos habían superado la edad para ese grado escolar.

Al amparar el derecho a la educación de estos niños, mediante Sentencia SU 1150 de 2000, la Corte Constitucional advirtió que el desplazamiento forzado “se trata de un fenómeno social que da lugar a la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales de los colombianos obligados a migrar internamente”. Por ello la Corte fijó algunos lineamientos y criterios que deben regir la atención a la población desplazada para garantizar la vigencia de sus derechos fundamentales. Por eso es importante que la sociedad reconozca y se sensibilice de la tragedia humanitaria que es el desplazamiento forzado; que se impulse la cooperación internacional; no se estigmatice a los desplazados como problema



¹² Colombia, Corte constitucional, Sentencia T-100 del 8 de marzo de 1995, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

de orden público y que sean asumidos como víctimas del conflicto armado. Indicó también la Corte que la Nación debía asumir prioritariamente los costos financieros que demanda la atención de la población desplazada y que el Presidente de la República, como Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa debía actuar para superar el estancamiento en que se hallaba la atención a la población desplazada.¹³

Es importante tener en cuenta que el estado de desplazado no se adquiere en virtud de una declaración institucional, sino que se trata de *una situación de hecho*, ajena a la voluntad de la persona, pues ella abandona el lugar en el que se encuentra radicada por fuerza de las circunstancias y con el propósito de ponerse a salvo de los peligros que la acechan. Luego carece por completo de sentido que, a pesar de tener conocimiento de la situación objetiva de desplazamiento, el reconocimiento de esa calidad se supedita a exigencias que dificultan, si no imposibilitan, el acceso a los programas de atención a la población desplazada.¹⁴

Y si la educación es derecho fundamental, *el carácter de fundamental del derecho a la educación se potencia mucho más en el caso de los niños desplazados por el conflicto armado*. De allí que el Estado se encuentre obligado a solucionar el conflicto suscitado, facilitando a tales menores el acceso al sistema educativo en aquellos lugares en los que se radiquen para que no interrumpan su formación.¹⁵ Y así, si es imperativo para el juez constitucional proteger el derecho fundamental a la educación de los menores en circunstancias normales, lo es mucho más para los menores desplazados que se encuentran en total indefensión. Por tanto, no es razón suficiente para negar el ingreso a un colegio determinado, ni mucho menos al sistema educativo, el hecho que los niños hayan superado la edad límite establecida para acceder a un grado escolar. Por tal razón, la Corte tuteló el derecho a la educación de los menores desplazados en cuyo favor se interpuso la tutela, y ordenó a la Secretaría de Educación de Medellín evaluar la situación en que se encuentra cada uno de ellos y disponer su ingreso al sistema educativo en los grados escolares correspondientes a su grado de instrucción.



¹³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T -215 del 21 de marzo de 2002, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

1.6. Irregularidad en el servicio por falta de escuelas y ausentismo docente en zonas rurales

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

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

Sin embargo, a pesar de tales limitaciones, especialmente cuando la prestación del servicio educativo se ve interrumpida por el ausentismo docente por cuestiones de orden público, esto en manera alguna debilita la obligación institucional de mantener la prestación del servicio educativo, en condiciones aceptables, en las zonas rurales. Por tanto, *no es de recibo la diferenciación, que suele presentarse en la práctica, entre la calidad de la educación urbana y la calidad de la educación rural*. Los alumnos de una pequeña escuela campesina tienen derecho a recibir un servicio que les permita transcurrir por todo el proceso educativo sin encontrarse en condiciones de inferioridad frente a educandos provenientes de otros centros de enseñanza. De no cumplirse con esta exigencia, no sólo se estaría vulnerando el derecho fundamental de los niños a la educación básica obligatoria, sino que, además, se estaría afectando su derecho a la igualdad de oportunidades (Constitución Política, artículo 13).¹⁶

1.7. Irregularidad en el servicio a la educación por la falta de pago a los maestros

Un estudiante solicita al personero municipal instaurar acción de tutela para la protección de su derecho fundamental a la educación,



¹⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 467 del 26 de octubre de 1994, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

ya que en su centro docente, al igual que en los demás colegios y escuelas públicas del municipio, de los niveles preescolar, básica, secundaria y media, a esa fecha no se habían iniciado las clases correspondientes al año lectivo 1999-2000, pues la alcaldía municipal había suspendido los contratos de los docentes que venían prestando sus servicios en las zonas rural y urbana, aparentemente porque el municipio no tenía los recursos suficientes para vincularlos, perjudicando a más de 43 mil estudiantes del sector oficial.

Con fundamento en esa petición, el personero municipal instauró acción de tutela, coadyuvada por varios estudiantes (65 en total), contra el alcalde, el gobernador del departamento, los ministerios de Educación Nacional y de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, solicitando:

que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación del fallo de tutela, en forma coordinada inicien los trámites administrativos, presupuestales y contractuales encaminados a la vinculación efectiva del personal docente correspondiente y necesario, en relación con la prestación oportuna e ininterrumpida del servicio educativo del Municipio, los cuales deben estar laborando y los establecimientos educativos funcionando en un término que no podrá exceder de 30 días (...).

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

La Corte Constitucional, en revisión del caso, confirma la decisión del juez de instancia y señala que la continuidad en el servicio público de educación podía ser exigida por el personero municipal ante la jurisdicción constitucional de tutela, en clara protección de los derechos a la educación e igualdad de oportunidades de los alumnos afectados. Recalcó la Corte que el juez constitucional está autorizado para ordenar a las autoridades responsables de gestionar los recursos necesarios para garantizar el pago de los docentes y la continuidad del servicio público de educación, por lo que señaló:

La Sala observa que la decisión de amparo proferida por el (...) juez de tutela, estuvo ajustada a la jurisprudencia de esta Corte dentro de las facultades con las cuales cuenta dicha autoridad dentro de la jurisdicción constitucional de tutela, así como con respecto de las responsabilidades que comparten los municipios y departamen-

tos en la prestación del servicio de educación. Por lo tanto, la protección a la violación del derecho fundamental a la educación (...) de los estudiantes del sector oficial de este municipio, especialmente, de aquellos que coadyuvaron la petición de tutela, era imperiosa y las órdenes emitidas fueron oportunas y coherentes para efectos de lograr esa salvaguarda superior.¹⁷

Por otra parte, la Corte en la Sentencia T- 516 de 1996¹⁸ sostiene que respecto del derecho fundamental a la educación de los menores hay prevalencia, y tal prioridad:

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

1.8. Irregularidad en el servicio por negar el acceso al sistema educativo de los menores discapacitados en igualdad de oportunidades

La Corte Constitucional¹⁹ señala que los menores discapacitados no sólo tienen una importante proclamación de derechos, sino que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º de la Carta, aquellos pueden exigir el cumplimiento y la efectividad de sus derechos y de las garantías consagradas legal y constitucionalmente, pues “aparte del tratamiento de favor que debe dispensarse al niño, en cualquier proceso social, en el presente la consideración de disminuido psíquico del menor supone un trato todavía más especial”, por eso cuando no se atiende a esta circunstancia especial, se vulneran sus derechos y, para buscar su protección, es procedente la acción de tutela.

Sin embargo, no todos los derechos y garantías de las personas con limitaciones, que la Constitución consagra, se aplican inme-



¹⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1102 del 23 de agosto de 2000, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

¹⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 516 del 9 de octubre de 1996, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹ Colombia, Corte constitucional, Sentencia T-620 del 23 de agosto de 1999, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

diatamente, pues algunas garantías como las políticas de prevención, rehabilitación e integración social tienen un carácter programático, de acuerdo con el cual si bien no se aplican de manera inminente deben ser desarrolladas.

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

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

1.9. Irregularidad en el servicio de educación cuando la revisión de notas académicas no termina con una decisión motivada por parte del profesor

La madre de una menor de edad instauró acción de tutela en contra del rector y de un profesor de un establecimiento educativo oficial por considerar que a su hijo se le vulneró el derecho a la educación. Al respecto aduce que el profesor puso como tarea de clase la compra de un periódico de circulación nacional, la lectura de uno de sus artículos y su exposición en clase. Y aunque la menor realizó la exposición, lo que le mereció una nota de siete (7), no llevó el periódico a clase, por lo cual el profesor le puso una nota de uno (1). Tal hecho la afectó de tal manera que la llevó a perder la

materia y a la vez el año académico, pues ya había reprobado otras dos materias. Por tanto, solicita sea revisada la nota a efectos de no perder el año.

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

1. Los actos académicos son objeto de tutela porque no son objeto de control por parte de la justicia contencioso-administrativa.
2. En virtud de la libertad de cátedra, el profesor es autónomo para calificar, ni el rector ni funcionarios administrativos, pueden alterar el resultado de una evaluación. Pero la autonomía del profesor es limitada, nunca puede ir hasta extremos de irracionalidad, como sería el caso de una calificación contraevidente ya que esto atenta directamente contra el derecho a la verdad, configurándose un libertinaje académico que no puede ser tenido en cuenta bajo ningún aspecto.
3. Cuando el estudiante cree que hay arbitrariedad, puede acudir ante el profesor y pedir la revisión de la nota. Las decisiones del profesor deben sustentarse. El profesor al definir el reclamo debe tener en cuenta que una de las dimensiones del debido proceso es la motivación de la decisión que se tome, es decir, debe expresar las razones de su determinación. Si la libertad de cátedra no es absoluta, habrá que concluir que el maestro al calificar debe tener en cuenta que la nota sea justa, y si esto no ocurre, porque en la evaluación se tuvo en cuenta un factor extraño al logro de los objetivos del aprendizaje, el alumno puede reclamarle al profesor antes de que los resultados pasen a la secretaría del plantel y el profesor puede reconsiderar la calificación.
4. No se puede castigar al alumno por no tener los textos de clase.
5. El colegio y la Secretaría de Educación departamental tienen la obligación de enmendar su falta en forma objetiva, en la medida en que realizaron con la peticionaria ente un acuerdo extraproceso para revisar la nota, lo que llevó a la suspensión de la acción de tutela, pero que al final no surtió efecto porque no se tuvo en cuenta al profesor. De lo contrario, a la alumna y a su madre les queda abierto el camino para acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa para que en ejercicio de la acción de reparación directa tal jurisdicción juzgue si hubo o no

responsabilidad del Departamento y sus agentes por estas fallas del servicio.²⁰

1.10. Irregularidad por no proteger el derecho a la educación especial de los menores con capacidades excepcionales

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

La Corte Constitucional²¹ al resolver el caso establece lo siguiente:

1. El derecho a la educación especial de los menores con capacidades excepcionales es un derecho fundamental específico.
2. Este derecho puede ser exigido mediante acción de tutela por quienes acrediten capacidades cognitivas superiores a las comunes y posean méritos suficientes para acceder y permanecer dentro del sistema de educación especial.
3. Así como el Estado está en el deber de proteger a las personas que por su condición económica, física y mental se encuentran en situación de debilidad manifiesta (artículo 13, Constitución Política), igualmente debe hacerlo respecto de la educación de



²⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 314 del 11 de julio de 1994, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

²¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU – 1149 del 23 de agosto de 2000, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

personas con limitaciones físicas o mentales (artículo 68, inciso final Constitución Política).

4. La misma argumentación que se emplea para otorgar un trato constitucional diferenciado para los niños y niñas por su condición física o mental en circunstancias de debilidad manifiesta, debe emplearse para las personas con habilidades superiores.

1.11. Violación del derecho a la educación por falla en el servicio educativo

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

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

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

incluso ha podido incidir en la descalificación y estigmatización generalizadas de aquél en el medio estudiantil.

Las preguntas que los estudiantes formulan en clase y las respuestas que los profesores dan a las mismas, son actividades que pertenecen al proceso educativo. Además la Constitución traza las directrices generales de la educación y establece deberes y derechos cuyo objeto es orientar el proceso educativo de acuerdo con un determinado marco axiológico. En este sentido, dos valores fundamentales que se deben respetar y promover en el proceso educativo son: la democracia y el libre, pleno y armónico desarrollo de la personalidad.

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

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

Con todo, en el presente caso los fines de la educación no se han cumplido. De un lado, una parte de la comunidad estudiantil está entregada a la práctica más caracterizadamente antidemocrática por la discriminación que hace de una alumna y, de otro, la impotencia del cuerpo docente para clarificar en términos pedagógicos la situación presentada, ante la cual, la menor estudiante ve gravemente comprometido el desarrollo pleno y sano de su personalidad.

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

Las anotadas falencias revelan que el derecho a la educación no se limita al hecho de ingresar al sistema educativo o poder permanecer en él, sino que también incluye, en el Estado social de derecho, el derecho a que la enseñanza se imparta “por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica” (Constitución Política, artículo 68).

En el presente caso se configura *una falla objetiva en la prestación del servicio educativo público*, ante la falta de una estrategia educativa adecuada para resolver el conflicto que se presentó. Y por tal razón, la Corte ordenó al Ministerio de Educación Nacional examinar la situación y desplazar por el tiempo que se requiera un docente experto en las materias que a su juicio deban reforzarse, especialmente en lo atinente a educación sexual. Además ordenó a la Secretaría de Educación respectiva disponer lo necesario para someter a la menor a una evaluación psicológica a fin de establecer si requiere psicoterapia para ayudarla a salir de la perturbación a que fue sometida.²²

Los anteriores son, pues, algunos de los casos más protuberantes donde se le atribuye al Estado o la administración, concretamente, responsabilidad por falla del servicio de educación, pues con su actuar,



²² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 337 del 26 de julio de 1995, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver también Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 293 del 9 de junio de 1998, magistrado ponente (e) Carmenza Isaza de Gómez, y Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 440 del 2 de julio de 1992, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

ya por acción, ya por omisión, ha causado un perjuicio a los particulares que amerita ser reparado. Lo clave es encontrar la manera de hacerlo, pues no en todos los casos aplican los mismos criterios.

Los anteriores casos corresponden a algunos de los que han sido objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional, amparando el derecho a la educación y ordenando igualmente que se preste en condiciones adecuadas este servicio público.

Por su parte, el Consejo de Estado²³ en varias oportunidades ha declarado la responsabilidad de la administración señalando que ha habido falla en el servicio de educación cuando por descuido o negligencia por parte de los profesores algunos educandos han muerto en eventos escolares programados fuera de la institución escolar.

2. EL DAÑO ANTIJURÍDICO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN

En cuanto a la responsabilidad, el Consejo de Estado, después de decantar su jurisprudencia, ha señalado que el artículo 90 de la Constitución no convirtió en totalmente objetiva la responsabilidad estatal, sino que constitucionalizó el daño antijurídico, permitiendo así que junto a aquella perviviera también la culpa o falla en el servicio, pues hay situaciones en las que es necesario señalar la culpa o la falla para poder declarar la responsabilidad estatal. Y en tratándose de la educación pareciera que este fuera el criterio orientador, máxime que lo que se advierte en los casos citados anteriormente es una irregularidad en la prestación del servicio.

Sin embargo, aceptar tal tesis significa ir en contravía de lo que realmente propone el artículo 90 de la Constitución, que centra la atención en el deber de reparar el daño antijurídico, independientemente del hecho desencadenante de éste. Es decir, hay obligación de reparar el daño antijurídico, entendido como aquel que el particular no está en la obligación de soportar, no importa si la causa del mismo fue objetiva o subjetiva, por culpa o falla del servicio.



²³ Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 14.081 del 21 de febrero de 2002, consejero ponente Ricardo Hoyos Duque. Ver también Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 15462 del 14 de julio de 2005, consejero ponente Ruth Stella Palacio.

Este criterio sí corresponde a lo realmente querido por el constituyente, y así lo ha reconocido últimamente el Consejo de Estado, corrigiendo con esto su posición anterior, al señalar que “(...) es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado”.²⁴

Se supera así el esquema que se seguía anteriormente para declarar la responsabilidad del Estado, en el cual primero se miraba el hecho, luego se determinaba la culpa de la administración, posteriormente se analizaba la relación de causalidad y finalmente, se establecía el daño. Hoy en día, por el contrario, lo primero que se determina es la existencia del daño, luego se analiza si es o no antijurídico, y posteriormente se precisa qué fue lo que lo originó, lo que conlleva indagar por la causalidad. De esta manera el daño adquiere “un carácter objetivo en sí mismo, sin relación determinante con la actividad que lo causó”.²⁵ Entonces, al adquirir carácter objetivo, lo que se pretende en el daño no es hacer un juicio de desvalor de la conducta de la administración, sino indagar si existía o no el deber legal de soportarlo, pues de no existir tal deber, el daño es antijurídico y, por ende, hay obligación de repararlo.

Se precisa, pues, que el daño que causa el Estado puede ser jurídico o antijurídico. El primero se da cuando existe el deber legal de soportarlo, como en los casos de expropiación en los que mediante ley se determina que no hay lugar a la indemnización, o cuando, mediante decisión motivada y justa, se produce la destitución de un funcionario público de carrera; frente a estos casos, por expresa determinación legal no hay obligación de indemnizar, luego hay obligación de soportar el daño que se cause, es decir, el daño es jurídico. En tanto que el segundo, o sea el daño antijurídico, surge cuando no hay obligación legal de soportarlo. Y en este caso no importa si la actuación de la administración es lícita o ilícita. Es más, el daño antijurídico se predica fundamentalmente de las actuacio-



²⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 12625 del 4 de diciembre de 2002, consejero ponente Germán Rodríguez Villamizar.

²⁵ Gil Botero, Enrique, *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, 3ª edición, Legis, Bogotá, 2006, p. 42.

nes lícitas de la administración, porque de las actuaciones ilícitas resulta claro que hay deber de indemnizar.

Así, entonces, a partir del artículo 90 de la Constitución se fundamenta el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado sobre el patrimonio del particular como dato concreto, y si el actuar de la administración repercute directamente en el patrimonio de la víctima, existe la obligación de reparar, sin importar la anti-juridicidad o licitud de la conducta del funcionario. Por tanto, en la antijuridicidad del daño “se privilegia la reparación del daño injustamente sufrido, antes que el injustamente causado. Desde esta óptica se ha reconocido ampliamente el deber de reparar del Estado por su obrar lícito”.²⁶

Ahora, respecto de la causalidad, se tiene que ésta, como uno de los elementos que estructuran la responsabilidad, debe probarse, excepto que por expresa disposición legal se presuma. Pero en realidad en esos casos, lo que se presume no es la causalidad sino la responsabilidad, porque lo que se hace es prescindir de valorar la conducta causante del daño. Así que “no existe una reciprocidad entre la causalidad y la responsabilidad, no toda relación causal conduce inevitablemente al reconocimiento de la responsabilidad; en otros términos, la causalidad es una condición pero no suficiente de responsabilidad”.²⁷

De otra parte, cuando se habla de la relación de causalidad entre el daño y la actuación de la administración dentro de la institución de la responsabilidad, se habla es de la causalidad jurídica, o sea la causalidad que establece la ley y no la causalidad natural, entendida como causa-efecto. Tener en cuenta este aspecto es clave en la medida en que permite determinar quién es jurídicamente el obligado a reparar el daño en términos de imputación objetiva, en la medida en que liga el resultado al sujeto.

En definitiva, para poder estructurar la responsabilidad debe seguirse un proceso metodológico, donde “primero se debe estudiar el daño, luego la imputación y finalmente, la justificación del porqué se debe reparar, esto es, el fundamento”.²⁸ No obstante, se preci-



²⁶ Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto, *Responsabilidad civil*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1995, p. 384.

²⁷ Gil Botero, Enrique, *op. cit.*, p. 48.

²⁸ Henao, Juan Carlos, *El daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p.37.

sa que el daño ya no se reduce a considerarlo como lesión, herida, dolor, molestia, pérdida o detrimento, sino que va hasta tomarlo como el *quebrantamiento a un interés legítimo*, lo cual permite abarcar situaciones que clamaban reparación que antes, en la definición tradicional de daño, era impensable porque se lo consideraba meramente como el quebrantamiento a un derecho subjetivo. Así, pues, “entender el daño en el horizonte de quebrantamiento a un interés legítimo, posibilita una visión omnicomprendiva del fenómeno dañoso más allá de las limitaciones que llevaba a circunscribirlo al ámbito cerrado del derecho subjetivo y que implicaba un desconocimiento de realidades que clamaban por su resarcimiento”.²⁹

Establecido lo anterior, tenemos que respecto de la educación si bien lo que se advierte primeramente en la mayoría de eventos es una falla en el servicio por las diversas irregularidades en que ha incurrido la administración, para efectos de establecer su responsabilidad y reparar el daño causado, a la luz del artículo 90 constitucional, no podemos seguir utilizando el programa metodológico anterior donde lo que primero que se miraba era la antijuridicidad de la conducta para hacerle un reproche de desvalor, sino más bien ahora partir del daño, para determinar si es antijurídico y en caso de serlo, avanzar hacia la imputación a la administración para establecer su responsabilidad.

Así, entonces, examinaremos ahora, aunque sea someramente, si en los casos a manera de ejemplo arriba citados, hubo o no daño antijurídico y, por lo mismo, si le es imputable a la administración y, en caso de serlo, como sería posible su reparación.

En el primer caso, donde se ampara el derecho a la educación por causa de la aplicación de una política pública, la Corte Constitucional comprueba que efectivamente sí hubo vulneración de un derecho subjetivo y por ello ordena que cese tal quebrantamiento, pues el núcleo esencial o irreductible de este derecho en manera alguna está sujeto a los vaivenes de coyunturas políticas. Nótese que aquí no se cuestiona la validez de la fusión de los establecimientos educativos, pues ello corresponde a la esfera competencial de las autoridades. Esto indica que si bien la actuación de la administración es lícita, sí hubo ligereza pues no se dispusieron los mecanismos



²⁹ Gil Botero, Enrique, *op. cit.*, p. 57.

necesarios para garantizar los derechos fundamentales de los estudiantes de la jornada nocturna, ante la fusión de los dos colegios.

De acuerdo con lo anterior, para establecer la responsabilidad de la administración, se acoge el camino propuesto por el artículo 90 de la Constitución, donde se señala que se debe reparar el daño antijurídico, pues ya no es necesario esperar a declarar que hubo falla del servicio, sino que se mira si hubo o no daño.

Ahora, ¿en este caso se produjo un daño? Efectivamente, y éste consistió en la imposibilidad para la accionante de poder continuar con su formación educativa, lo cual a la vez que es su derecho fundamental, por cuanto es menor de edad; también quebranta su interés legítimo de superarse, en la medida en que gracias a la educación que está recibiendo, ve aclarar para sí y para su familia el horizonte para vencer la situación de marginalidad económica y cultural en que vive.

Establecido que se ha producido un daño, consistente en la vulneración de un derecho subjetivo o en el quebrantamiento a un interés legítimo, tal daño se erige como antijurídico, dado que la quejosa no está en la obligación jurídica de soportarlo, pues ello le implica perder la posibilidad de continuar educándose. Además, por cuanto la administración estaba en la obligación de ofrecer el servicio garantizando el acceso y permanencia o continuidad a toda la población.

Para el efecto, el daño antijurídico sufrido es directo, personal y cierto. 1) Directo en la medida en que es referible a la administración como causante del mismo por una actuación suya, o sea que hay conexión entre ésta y el resultado. La vulneración del derecho a la educación fue consecuencia del actuar de la administración; le es atribuible, le es imputable objetivamente. 2) Personal en cuanto se conoce quiénes son los perjudicados con el daño antijurídico y, por lo mismo, tienen derecho a reclamar su reparación. Pero aquí lo clave para la reclamación “no es el vínculo de parentesco, sino el título de perjudicado directo con el hecho dañoso”.³⁰ Así que bien podría reclamar por ello el compañero permanente de la accionante o su hija, pues todos son perjudicados directos por el hecho dañoso. 3) Cierto. Aquí la certeza del daño está dada en que es presente y futuro ya que al privarle de la oportunidad de estudiar en la jornada

³⁰ Gil Botero, Enrique, *op. cit.*, p. 69.

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

Visto que el daño es antijurídico y es imputable a la administración, resulta entonces que ésta es responsable del mismo y tiene la obligación de indemnizarlo. Pero, ¿cómo será la forma de indemnizar el daño antijurídico en esta materia? A ello nos referiremos más adelante.

En los casos 2, 3 y 7, que dan cuenta de la irregularidad en el servicio de educación por desviar recursos destinados a la educación o por no ejecutarlos, por no ofrecer instalaciones educativas en condiciones de seguridad y salubridad adecuadas y por el no pago de salario a los docentes, son parecidos en cuanto a la manera de actuar de la administración. En tales casos se demostró la omisión o desidia de la administración, pues, no obstante haber recursos fiscales con destinación específica para prestar el servicio en condiciones adecuadas, no actuó con diligencia para ejecutarlos y así disponer lo necesario para proveer una adecuada infraestructura y ofrecer el servicio en condiciones de salubridad y de seguridad a la comunidad escolar. Hubo, pues, en estos casos, una clara irregularidad por parte de la administración en la prestación del servicio: por un lado, quiso evadir su responsabilidad frente al tema de la educación y, por otro, incumplió el deber de ejecutar los recursos destinados específicamente para proveer el servicio en las mejores condiciones, máxime que la educación por precepto constitucional ha sido incluida dentro del rubro de gasto público social y señalada como objetivo fundamental del Estado social de derecho. Todo esto llevó a prestar el servicio en condiciones que ponen en riesgo la salud, ofenden la dignidad humana y en definitiva ponen en peligro la vida de la comunidad escolar.

Ese modo irregular de actuar de la administración generó un daño antijurídico, concretado en la vulneración del derecho subjetivo a la educación y en el quebrantamiento del interés legítimo a recibir el servicio en las mejores condiciones de seguridad y salubridad para, en el caso de los educandos, continuar sin ese tipo de sobresaltos el proceso de su formación académica. Por eso la Corte Constitucional, al encontrar que efectivamente se vulneró el derecho a

la educación por la prestación irregular del servicio, amparó este derecho. Y ello da pie para, en materia de responsabilidad, exigirle a la administración que responda por el daño causado, pues tenía el deber de obrar como garante de la educación de los menores. Y bien se sabe que cuando se tiene la posición de garante, toda omisión genera responsabilidad en la medida que existe el deber legal o negocial de obrar.³¹

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

Respecto de los casos 4 y 6, donde se establece que hay irregularidad en la prestación del servicio por la falta transitoria de docentes o por ausentismo de éstos debido a circunstancias de orden público, o por falta de escuelas en zonas rurales, se señala que efectivamente se vulnera el derecho fundamental a la educación y el derecho a la igualdad de oportunidades, máxime que es en las zonas rurales donde el Estado está en deuda con la población por la baja cobertura y calidad en la prestación del servicio de educación. Se quebranta así el interés legítimo de recibir educación porque la falta de docentes o de escuelas afecta la disponibilidad del servicio, lo interrumpe y viola el derecho fundamental. Y esto contrasta con la obligación de prestar el servicio en forma eficiente y continua.

En el caso número 5, donde se tutela el derecho a la educación a niños desplazados, a quienes se niega el acceso a la educación por superar la edad para el grado al cual desean ingresar, la Corte Constitucional señala que el desplazamiento forzado es “un fenómeno social que da lugar a la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales de los colombianos obligados a migrar internamente”. Y en el caso de la educación para los menores reitera que si la educación es derecho fundamental, “*el carácter de fundamental del derecho a la educación se potencia mucho más en el caso de los niños desplazados por el conflicto armado*. De allí que el Estado se encuentre obligado a solucionar el conflicto suscitado facilitando a tales menores su acceso al sistema educativo en aquellos lugares en los que se radiquen para que no interrumpan su formación”.



³¹ Díez-Picazo, Luis. *Derecho de daños*, 2ª reimpresión, Civitas, Madrid, 1999, p. 290.

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

Así, pues, casos como éste claman porque se establezcan responsabilidades y se efectúe la reparación del daño causado para que no queden impunes. Y tal reclamación tiene mayor asidero al considerar lo preceptuado por el artículo 44 de la Constitución que indica que los derechos de los menores prevalecen sobre los demás.

Este tipo de análisis puede hacerse para los casos 8 y 10. El 8 da cuenta de la vulneración del derecho a la educación a menores discapacitados, pues en el decir de la Corte Constitucional:

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

Y en el caso 10, que versa sobre la tutela para proteger el derecho a la educación de menores con capacidades excepcionales, la Corte señala que la misma argumentación que se emplea para otorgar un trato constitucional diferenciado para los niños y niñas por su condición física o mental en circunstancias de debilidad manifiesta, debe emplearse para las personas con habilidades superiores. Luego el derecho a la educación de los menores discapacitados o con capacidades excepcionales es un derecho con contenido específico; o como lo establece el artículo 68, inciso 6 de la Constitución, son obligaciones especiales del Estado, que de no cumplirse, se causa daños a los menores que deben ser reparados.

En los casos 9 y 11 la Corte Constitucional al amparar el derecho a la educación de los menores, expresamente abre la posibilidad de acudir directamente a la jurisdicción contencioso administrativa para pedir la reparación del daño porque efectivamente considera que se configura *una falla objetiva en la prestación del servicio educati-*

vo público ante la falta de una estrategia educativa adecuada para resolver el conflicto que se presentó. De modo que tales falencias revelan que el derecho a la educación no se limita al hecho de ingresar al sistema educativo o poder permanecer en él, sino que también incluye, en el Estado social de derecho, el derecho a que la enseñanza se imparta “por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica” (Constitución Política, artículo 68).

Estas falencias en la prestación del servicio de educación llevan a concluir que efectivamente debe establecerse la responsabilidad de la administración, pues “la responsabilidad es inseparable de las pautas de calidad en la prestación de los servicios y a los imperativos del buen funcionamiento”.³²

Todo esto significa que desde la perspectiva del daño antijurídico, los daños causados por la falla del servicio de educación imputable a la administración, ameritan exigir su reparación. Igualmente exige de parte de la sociedad una reflexión seria y consciente a efectos de exigir que se ofrezca el servicio de educación en condiciones óptimas, de tal forma que, acorde con la definición de política pública por su alto impacto social, haya un decidido compromiso por parte de todos los actores educativos, Estado, familia, sociedad e individuos, para que la educación cumpla su cometido: lograr la realización del proyecto personal de vida de cada individuo y el progreso social, económico y cultural del país.

3. PRINCIPIOS QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA PARA REPARAR EL DAÑO

Para efectos de reparar la totalidad del daño causado, tradicionalmente se ha distinguido entre el daño material y el daño inmaterial. Por el primero se entiende todo aquel perjuicio que se causa al patrimonio económico o físico de la víctima o del perjudicado; en tanto que por el segundo, es decir el daño inmaterial, se entiende todo aquel perjuicio causado al patrimonio moral, psíquico, psicológico o espiritual de la persona.



³² Saavedra Becerra, Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*, 2ª reimpresión, Ediciones jurídicas Ibáñez, Bogotá, 2004, p. 195.

Con relación a la reparación del daño material no ha habido mayor problema, bien se trate del daño emergente o del lucro cesante, en la medida en que es fácilmente determinable aplicando reglas matemáticas. En cambio, respecto del daño inmaterial sí ha habido mucha discusión por cuanto no es fácil su determinación mediante regla matemática. Todavía se debate cuáles son los aspectos que abarca el daño inmaterial. Sin embargo, últimamente con gran acierto la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, ha venido sentando precedente al tomar en cuenta nuevos elementos del patrimonio espiritual de la persona, entre otros, el daño a la vida de relación, el daño a la alteración de las condiciones de existencia, el daño estético y el daño psicológico, ordenando su reparación. El reconocimiento de los nuevos elementos de este tipo de daños, que antes era impensable, se ha venido haciendo gracias a la conciencia cada vez mayor que existe por el respeto a la dignidad humana, de lo cual la administración pública y el Estado en general, deben ser ejemplo.

Por tal razón es necesario definir los criterios y principios que han de orientar la manera de ordenar la reparación del daño. Así, entonces, tenemos que para determinar el daño material se deben tener en cuenta los principios de daño a la persona y el de la reparación integral. Mientras que para el daño inmaterial, además de éstos y otros que puedan aplicarse al caso, debe aplicarse el principio de equidad.

Por eso, para contribuir a la construcción de criterios para determinar el daño inmaterial respecto del perjuicio causado con ocasión de la prestación del servicio de educación, consideremos los principios que han de guiar la exigencia de reparar el daño irrogado.

3.1 Principio de daño a la persona

El daño antijurídico en materia de educación, atendiendo los postulados de daño evento y daño consecuencia, obliga a replantear conceptualmente el tema, en la medida en que invita a pasar de una visión meramente patrimonial del daño a una visión antropocéntrica expresada en lo que se conoce como daño a la persona,³³ acorde con los postulados del Estado social derecho. Es decir, si se



³³ Gil Botero, Enrique, *op. cit.*, p. 55.

limita a considerar el daño antijurídico en educación como un evento aislado, tal vez el monto de su reparación no sea considerable, pero si se lo mira como una consecuencia dañosa que en el futuro repercute negativamente en los directamente afectados, como un daño a su persona, porque trunca su interés legítimo de educarse para desarrollar su proyecto personal de vida y aportar al progreso de la sociedad, entonces sí merece toda consideración y adecuada ponderación. Por eso, la Corte Constitucional en varias oportunidades le reconoció legitimidad a representantes de las comunidades para interponer acción de tutela, donde por el actuar irregular de la administración se estaba vulnerando el derecho fundamental a la educación de los menores, pues ellos como miembros de la comunidad tienen interés legítimo en que sus menores se eduquen de la mejor forma posible, dado que su buena formación va a repercutir positiva y directamente a su favor, en la medida en que ayuda a crear mejores condiciones de vida para toda la comunidad.

Acorde con lo anterior, podemos decir que la educación, en tanto que es derecho fundamental y servicio público, goza de un *plus* de protección, por cuanto su efectividad, por medio de acción de tutela, puede reclamarla 1) el directamente afectado, 2) el agente oficioso (por ejemplo, el personero municipal) y, 3) en general cualquier persona, buscando no sólo la protección del derecho subjetivo vulnerado del particular, sino también el interés legítimo que tiene la sociedad por que se brinde el servicio de educación en las mejores condiciones, pues entre más y mejor educados estén los ciudadanos, mayores serán las oportunidades de progreso para la comunidad.

De otra parte, lo que se busca primordialmente con la responsabilidad administrativa no es que se repare el perjuicio con dinero, sino que se controle el buen funcionamiento de los servicios públicos, pues si se busca principalmente el pago, éste se hará no importa que haya funcionado bien o mal, y entonces se llegará a la conclusión perversa de para qué preocuparse por actuar bien si de todas maneras se paga.³⁴ Por eso, no debe olvidarse que la administración pública es “actor esencial en la realización del Estado social de derecho”,³⁵ y esto se logra hacer realidad por medio del derecho administrativo, que tiene la doble tarea de proteger a los ciudadanos y de favorecer la correcta prestación de los servicios públicos.

³⁴ Saavedra Becerra, Ramiro, *op. cit.*, p. 193.

³⁵ *Ibid.*, p. 194.

3.2 Principio de reparación integral

El principio de reparación integral junto con el de equidad, se encuentran establecidos en el artículo 16 de la Ley 448 de 1998.

En cuanto a la reparación integral como principio general de responsabilidad, ya lo había señalado la Corte Constitucional en 1993, cuando expresó que “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa entre la magnitud del daño con el perjuicio causado, más no puede superar ese límite”.³⁶ Por su parte, el Consejo de Estado acerca del tema ha señalado: “(...) en aplicación del principio tutelar del derecho de daños, que enseña que se repara el daño, todo el daño pero nada más que el daño, tiene derecho a un reparación integral del perjuicio experimentado como consecuencia del daño antijurídico a ello irrogado”.³⁷

Lo anterior significa que debe haber coherencia lógica entre el daño causado y la reparación efectuada, pues de no ser así, sencillamente no hay equilibrio y, por tanto, no hay verdadera reparación. Luego, si se habla de reparación integral, ésta debe abarcar todos los aspectos afectados por el daño, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

3.3 Principio de la equidad

La equidad fue elevada a canon constitucional, como principio general de derecho, en el artículo 230 de la Constitución Política, y desarrollada en el artículo 16 de la Ley 448 de 1998. Sobre este tema debe advertirse lo que considera la Corte Constitucional:

los principios fundamentales del Estado son una norma de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.³⁸



³⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-197 del 20 de junio de 1993, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

³⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 12009 del 10 de septiembre de 1998, consejero ponente Daniel Suárez Hernández.

³⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita Barón.

Por esta razón, como lo sostiene Gil Botero, cuando el juez al momento de decidir un caso descubre que “la intensidad y naturaleza del daño va más allá del *petitum*”, dando aplicación a los principios hermenéuticos establecidos por la Constitución, puede privilegiar el principio que realiza el derecho y la justicia social, en este caso la equidad, dejando de aplicar el principio de la congruencia de la sentencia.

Téngase en cuenta que cuando hay colisión de principios, el conflicto se resuelve mediante el criterio de la ponderación o pesaje de cada uno de ellos para la solución del caso, de modo que se escoge el que mejor lo resuelve, dejando de aplicar el otro. Y esto es lo que se haría en los casos en que el valor de la reparación del daño va más allá de lo pedido en la demanda, pues de lo que se trata es de hacer justicia, y la equidad consulta directamente con ella.

Así que el principio de la equidad tiene aplicación especial cuando se trata de cuantificar el perjuicio para el que no existe prueba matemática para determinar el monto del mismo.³⁹ Pero ya de vieja data, la jurisprudencia del Consejo de Estado, aceptó la equidad como criterio cuantificador del daño cuando señaló que hay casos que resaltan el que “un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudos-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas ni instrumentos de precisión”.⁴⁰ Y en recientes fallos, esta misma Corporación “ha aceptado la aplicación de la equidad no solamente como criterio cuantificador, sino, además, como fundamento de la reparación”.⁴¹

En efecto, en aplicación del principio de la equidad, ya es línea jurisprudencial del Consejo de Estado que cuando se comprueba que el daño va más allá de lo pedido en la demanda debe ordenarse su reparación, dando aplicación al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo puramente ritual. Así se determinó en



³⁹ Gil Botero, Enrique, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 414 del 17 de noviembre de 1967, consejero ponente Gabriel Rojas Arbeláez.

⁴¹ Gil Botero, Enrique, *op. cit.*, p. 78.

casos de contaminación de VIH en transfusión sanguínea⁴² y de privación injusta de la libertad.⁴³

4. CÓMO CUANTIFICAR EL PERJUICIO POR LA NO PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO

Como se ha señalado, hoy se considera el daño ya no como la lesión a un derecho subjetivo, sino más bien como el quebrantamiento de un interés legítimo, y como señala Gil Botero, esto “posibilita una posición omnicomprendensiva del fenómeno dañoso más allá de las limitaciones que llevaba circunscribirlo al ámbito cerrado del derecho subjetivo”,⁴⁴ lo cual permite plantear que frente al servicio de educación cuando hay incumplimiento por parte del Estado, no se está solo ante un derecho subjetivo sino ante un interés legítimo, educarse para progresar, desarrollar su proyecto personal de vida y aportar a la sociedad.

Sin embargo, ¿cómo establecer el valor del perjuicio causado por las deficiencias en el servicio de educación en casos como los citados? Resulta complejo o por lo menos problemático establecer la forma adecuada, pues en realidad se está ante el verdadero y auténtico *interés legítimo* tanto de los menores, como de los docentes y de la comunidad en general para que el servicio de educación se preste en condiciones de continuidad, eficiencia, universalidad y calidad.

Algunos podrían indicar que en realidad no hay daño alguno, pues se estaría apenas ante una mera expectativa. Pero aceptar esta posición ¿no es permitirle a la administración que siga manejando la educación según su propio capricho, contrariando el propósito de tomarla en serio como política pública por su alto impacto tanto para el individuo como para la sociedad? ¿Acaso tanto atraso cultural, económico y social, tanta marginalidad no tiene relación directa con una deficiente cobertura y calidad de la educación que se imparte? ¿De ello no es responsable el Estado?

En definitiva, creemos que se debe abrir el debate para tratar de establecer las consecuencias para la administración por la negligencia



⁴² Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 18273 del 29 de enero de 2004, consejero ponente Alíer Hernández Enríquez.

⁴³ Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 14022, del 5 de mayo de 2005, consejero ponente Alíer Hernández Enríquez.

⁴⁴ Gil Botero, Enrique, *op. cit.*, p. 57.

o desidia con que a veces maneja el tema del servicio de educación. Lo cierto es que para establecer la responsabilidad de la administración en esta materia no podemos reducir tal responsabilidad a lo meramente patrimonial, pues hay situaciones que escapan a este aspecto, por lo que obligatoriamente hay que ampliar la óptica puramente indemnizatoria.

En algunos países europeos como Escocia, Suiza y Alemania, para reparar los perjuicios no económicos se acogen las ideas de *satisfacción* y de *consolación*.⁴⁵ Si bien éstas pueden no ser precisas, sí nos pueden ayudar a pensar cómo reparar entre nosotros los perjuicios extrapatrimoniales, máxime que en cuanto a indemnización no todos los perjuicios sufridos por los administrados son indemnizables individualmente. Sin embargo, antes que nada urge precisar cuál es el contenido del interés legítimo para el caso particular de la educación.

En aras de la precisión, podemos señalar que la indemnización del daño antijurídico, en el caso del servicio de educación puede darse así: 1) Reparación patrimonial cuando el daño es evidente y ha afectado el patrimonio material e inmaterial de la víctima, y 2) reparación por satisfacción, consolación o equidad cuando hay quebrantamiento del interés legítimo, y no es fácil determinar mediante regla matemática los perjuicios inmateriales.

Todo lo anterior, no obstante no debe hacer olvidar que el principio que debe guiar e irradiar el sistema de responsabilidad de la administración pública, y del Estado en general, es el de la dignidad humana, en la medida en que éste es uno de los pilares en que está fundado nuestro Estado social de derecho (Constitución Política, artículo 1). Por eso hay que luchar para que la responsabilidad estatal sea la forma expedita para garantizar a las personas sus derechos, a efectos de poder lograr su realización personal, pues “la responsabilidad debe, sin duda alguna, ser un instrumento de progreso y de defensa de los más débiles, que resultan ser, en la inmensa mayoría de las veces, las únicas víctimas del incumplimiento de los más elementales deberes de la Administración Pública”,⁴⁶ como sucede con los menores respecto del servicio público de educación, según se ha visto.

⁴⁵ Saavedra Becerra, Ramiro, *op. cit.*, p. 603.

⁴⁶ Saavedra Becerra, Ramiro, *op. cit.*, p. 734.

CONCLUSIÓN

No obstante que la educación está definida como política pública, de especial interés para el Estado, por lo que se le dio a la vez el carácter que derecho fundamental y de servicio público, muchas de las actuaciones de la administración pública respecto de la misma no reflejan tal cometido estatal. Por el contrario, hay evidentes y ostensibles fallas en la prestación del servicio que causan daños a los administrados, particularmente a los menores.

Para determinar las consecuencias de la irregularidad en la prestación del servicio, a la luz del artículo 90 de la Constitución, se debe partir del daño, para determinar si es o no antijurídico, y en caso de serlo, establecer la responsabilidad de la administración y así pedir su reparación.

Sin embargo, frente al tema de la educación, más que mirar el daño evento en sí mismo, derivado de la actuación de la administración, lo que hay que mirar es el daño consecuencia, pues éste sí puede ser de gran trascendencia tanto para los menores como para la comunidad en general. Por eso hay que pasar del daño en sí mismo, como evento a considerar, al quebrantamiento del interés legítimo que tienen no sólo los educandos sino toda la sociedad, para que por medio de la educación se logre el desarrollo del país y se mejoren las condiciones de vida.

Justamente, a partir de precisar el contenido del interés legítimo es como deben delimitarse los verdaderos alcances de la reparación que debe hacer el Estado a los afectados por la irregularidad en el servicio de educación.

BIBLIOGRAFÍA

- Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto, *Responsabilidad civil*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1995.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 12625 del 4 de Diciembre de 2002, consejero ponente Germán Rodríguez Villamizar.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 12009 del 10 de septiembre de 1998, consejero ponente Daniel Suárez Hernández.

- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 15462 del 4 de julio de 2005, consejero ponente Ruth Stella Palacio.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 14.081 del 21 de febrero de 2002, consejero ponente Ruth Stella Palacio.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 414 del 17 de noviembre de 1967, consejero ponente Gabriel Rojas Arbeláez.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 18273 del 29 de enero de 2004, consejero ponente Alier Hernández Enríquez.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 14022 del 5 de mayo de 2005, consejero ponente Alier Hernández Enríquez.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-197 del 20 de junio de 1993, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita Barón.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 1017 del 9 de agosto de 2000, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 236 del 17 de mayo de 1994, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T - 516 del 9 de octubre de 1996, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-385 del 1º de septiembre de 1995, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T 481 del 26 de septiembre de 1997, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 935 del 19 de noviembre de 1999, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 516 del 9 de octubre de 1996, Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 571 del 11 de agosto de 1999, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 029 del 24 de enero de 2002, magistrado ponente Clara Inés Vargas.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-100 del 8 de marzo de 1995, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T -215 del 21 de marzo de 2002, magistrado ponente Jaime Córdoba Treviño.

- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 467 del 26 de octubre de 1994, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T -1102 del 23 de agosto de 2000, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T - 516 del 9 de octubre de 1996, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-620 del 23 de agosto de 1999, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T - 314 del 11 de julio de 1994, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU - 1149 del 23 de agosto de 2000, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T - 337 del 26 de julio de 1995, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Constituciona, Sentencia T- 293 del 9 de junio de 1998, magistrado ponente (e) Carmenza Isaza de Gómez.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T - 440 del 2 de julio de 1992, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, 2ª reimpresión, Civitas, Madrid, 1999.
- Gil Botero, Enrique, *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, 3ª ed., Legis, Bogotá, 2006.
- Henao, Juan Carlos, *El daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- Saavedra Becerra, Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*, 2ª reimpresión, Ediciones Jurídicas Ibáñez, Bogotá, 2004.