



Sentencia T-341/20

Referencia: Expediente T-7.676.912

Asunto: Acción de tutela presentada por María Margarita Bolaños Maya en representación de su hija Elena Tatiana Rosero Bolaños en contra del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social –Programa Familias en Acción– y la Alcaldía Municipal de Pasto.

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO
PÉREZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela adoptados por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Pasto y la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, correspondiente al trámite de la acción de amparo constitucional presentada por María Margarita Bolaños Maya en representación de su hija menor de edad Elena Tatiana Rosero Bolaños en contra del

Departamento Administrativo para la Prosperidad Social –Programa Familias en Acción– y la Alcaldía Municipal de Pasto.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes

(i) La señora María Margarita Bolaños Maya es madre de la menor Elena Tatiana Rosero Bolaños, de 14 años¹, quien fue diagnosticada con retraso mental profundo, parálisis cerebral tipo doble², daño neurológico secular grave, y discapacidad crónica permanente³.

(ii) Según advierte la accionante, como consecuencia de estas patologías la menor es dependiente en todas las actividades de la vida cotidiana, pues no puede caminar⁴ y presenta retardo en el desarrollo del lenguaje⁵.

(iii) La menor fue beneficiaria del programa de Familias en Acción desde el año 2005 hasta el año 2012⁶, recibiendo en ese lapso una serie de incentivos económicos con destino a la salud. Sin embargo, fue retirada del programa por haber cumplido los siete años de edad.

(iv) Al solicitar la continuidad en el pago de incentivos para su hija, la señora Bolaños Maya fue informada de que el plan de incentivos educativos supeditaba el pago a que la menor estuviese escolarizada⁷. No obstante, la accionante manifiesta que su hija no puede asistir con regularidad a ningún establecimiento educativo, debido a las patologías que padece⁸.

(v) La familia se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud⁹ y la actora expone que no puede laborar, pues se dedica exclusivamente al cuidado de su hija.

2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los hechos descritos, la señora María Margarita Bolaños Maya interpuso la acción de amparo buscando la protección de los derechos a la vida digna, al mínimo vital y a la igualdad de su hija Elena Tatiana Rosero Bolaños y, en consecuencia, se ordene al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social –Programa Familias en Acción– y a la Alcaldía Municipal

¹ Nacida en octubre de 2005, como se observa en el folio 5 del cuaderno principal.

² Folios 6 y 7 del cuaderno principal.

³ En el expediente obra parte de la historia clínica, la cual data del año 2012, por lo que no se tiene certeza de la condición actual.

⁴ Folio 6 del cuaderno principal.

⁵ Folio 7 del cuaderno principal.

⁶ Acorde a las autoridades accionadas el último incentivo pagado data de diciembre de 2012, folio 20 del cuaderno principal.

⁷ Respecto a estas solicitudes no obra en el expediente prueba de las mismas y, por consiguiente, se desconoce en qué fecha se elevaron tales peticiones.

⁸ Sobre la imposibilidad absoluta de acudir a un centro educativo, aun a uno especializado, no se encuentran pruebas en el expediente, pues la historia clínica aportada no hace referencia al respecto.

⁹ Información consultada a través de la página web del ADRES <https://www.adres.gov.co/BDUA/Consulta-Afiliados-BDUA>

de Pasto que: (i) procedan a incluir a su hija en el programa de Familias en Acción; y (ii) en consecuencia, reanuden el pago de los incentivos.

3. Respuesta de las entidades accionadas

3.1. Mediante escrito¹⁰, del 14 de agosto de 2019, el Secretario de Bienestar Social de la Alcaldía Municipal de Pasto dio respuesta a la acción de amparo haciendo dos tipos de precisiones.

En primer lugar, se aclara que la entidad es ajena a la controversia planteada por la demandante, ya que solo ejecuta el Convenio No. 663 de 2016 celebrado con el Departamento Administrativo de la Prosperidad Social, desarrollando actividades netamente administrativas, tales como recibir documentos, cargar información al sistema SIFA, atención al público y similares, y que, en este marco, no le corresponde determinar qué personas pueden optar al programa gubernamental.

Por su parte, con respecto a la exigencia planteada por la accionante, se argumenta que no existe evidencia de la violación *iusfundamental* alegada en la demanda de tutela, ya que la decisión del Departamento Administrativo de Bienestar Social es consistente con la finalidad y la estructura del programa Familias en Acción. En efecto, el programa cuenta con dos tipos de incentivos, el primero orientado a la satisfacción de las demandas en salud durante los primeros seis años de vida, y el segundo, orientado a promover el proceso educativo entre los cuatro y los 20 años. De allí que para acceder al primero de estos incentivos se deba acreditar la edad del menor, así como la asistencia periódica a los controles de crecimiento y desarrollo, y para el segundo, estar matriculado en los establecimientos educativos públicos o privados registrados en el directorio único de establecimientos educativos, la edad entre cuatro y 20 años, y la asistencia, al menos, al 80% de las clases programadas. Consultado el sistema se encontró que la menor Elena Tatiana Rosero Bolaños se encuentra activa en el programa, pero que no recibe incentivos por cuanto “*no se encuentra escolarizada, en este sentido se cumplen las directrices establecidas por el ente rector del sistema que es Prosperidad Social, por lo cual la Alcaldía de Pasto – Secretaría de Bienestar Social, no puede tomar determinaciones que son ajenas a nuestra competencia*”¹¹. Así pues, es claro que, al momento de la interposición de la acción de tutela, la hija de la accionante no cumplía los requisitos establecidos para obtener los incentivos.

3.2. Por su parte, la asesora jurídica del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social dio respuesta al amparo constitucional los días 15 y 16 de agosto, aclarando el alcance del programa Familias en Acción.

En tal sentido, se aclara que este programa gubernamental tiene por objeto la entrega de incentivos monetarios a las familias más vulnerables de la población colombiana, condicionada a la verificación de la corresponsabilidad de las familias en materia de salud y educación. El incentivo de salud se entrega a las

¹⁰ Folios 17 y 18 del cuaderno principal.

familias conformadas con niños menores de seis años, otorgándose hasta uno por cada familia, independientemente del número de menores de edad; por su parte, el incentivo de educación se otorga a las familias con niños en edad escolar que cursen entre los grados transición y undécimo, con el propósito de promover el aumento en los años de escolaridad y de reducir la deserción escolar; se entregan hasta tres incentivos por cada familia, excepto cuando los niños y jóvenes pertenecen a la población con discapacidad, pues en este evento no están sujetos al referido límite. En este caso, se debe acreditar la inscripción en el Registro de Localización y Caracterización de la Población con Discapacidad, la vinculación efectiva al sistema escolar, y la pertenencia de la familia al Programa Familias en Acción¹².

4. Sentencias objeto de revisión

4.1. Primera instancia

En sentencia del 22 de agosto de 2019, el Juzgado Cuarto Contencioso Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pasto concedió la protección a los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital, a la educación y al debido proceso de la menor Elena Tatiana Rosero Bolaños. Por consiguiente, ordenó a la Alcaldía de Pasto que en el término de 48 horas adelante los trámites necesarios para que la menor sea inscrita a una institución educativa.

Para llegar a esta decisión, el juez constitucional consideró que los niños con discapacidad son sujetos de especial protección constitucional y titulares del derecho a la educación, razón por la cual el Estado tiene que garantizar el acceso al servicio de educación y, para ello, debe propender por el levantamiento de obstáculos que impidan el acceso al mismo. Por otra parte, respecto al pago del incentivo a educación, el juez determinó que, al no estar escolarizada la menor, *prima facie* no procedería el pago del incentivo, pero que como en el caso bajo estudio esta determinación pone en riesgo su mínimo vital, resulta indispensable el desembolso sin necesidad de acreditar la escolarización efectiva, al menos hasta tanto la Alcaldía de Pasto ofrezca a la menor su ingreso a una institución educativa acorde con su particular situación¹³.

4.2. Impugnación

Mediante escrito del 26 de agosto de 2019, la coordinadora GIT de acciones constitucionales y procedimientos administrativos del Departamento Administrativo de Prosperidad Social impugnó el fallo de primera instancia, reiterando que el programa sí otorga las garantías necesarias para la población con discapacidad, pero que es indispensable cumplir con los requisitos impuestos para obtener el pago de los incentivos existentes¹⁴.

4.3. Segunda Instancia

¹² Folio 26 del cuaderno principal.

¹³ Folios 52 a 62 del cuaderno principal.

¹⁴ Folios 66 a 73 del cuaderno principal.

En sentencia del 30 de septiembre de 2019, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negó la protección solicitada, al considerar que no se presentó vulneración de derechos en el caso bajo estudio¹⁵.

El *ad-quem* sostuvo que no se configuraba la vulneración alegada por la accionante, teniendo en cuenta lo siguiente: (i) los trámites y gestiones tendientes a obtener la escolarización de la menor de edad le corresponden a sus padres; (ii) transcurrieron siete años desde el momento en que se suspendió el pago de los incentivos y el momento en que se acudió a la acción de amparo; (iii) las autoridades accionadas no lesionaron el derecho fundamental de la accionante, pues el pago de los incentivos está supeditado al cumplimiento del requisito de escolarización; y (iv) ordenar el pago del incentivo sin el cumplimiento de los requisitos supondría un trato desigual e injustificado con aquellos niños con discapacidad que se encuentran escolarizados y reciben el incentivo o, incluso, con aquellos que estando en la misma condición no reciben el incentivo.

Sin embargo, en aras de garantizar los derechos de Elena Tatiana Rosero Bolaños, se ordenó a la accionante realizar las gestiones necesarias para la escolarización de su hija, al municipio de Pasto poner “*a disposición de la familia de la menor, la opción de las diversas instituciones educativas que pudieran brindar a la menor una posibilidad de ingreso al sistema educativo*”¹⁶; y al Departamento Administrativo de Prosperidad Social otorgar el beneficio reclamado una vez se acredite el cumplimiento de la exigencia de escolaridad.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente T-7.676.912 fue seleccionado para su revisión mediante auto¹⁷ del 26 de noviembre de 2019 proferido la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional.

2. Examen de procedencia de la acción de tutela

2.1. Previo al estudio de fondo, es necesario verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de amparo contemplados en el artículo 86 de la Carta Política y en el Decreto 2591 de 1991, para lo cual procederá con el análisis de la *legitimación*, la *subsidiariedad* y la *inmediatez*.

2.2. Con respecto a la *legitimación*, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que “*la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar,*

¹⁵ Folios 91 a 96 del cuaderno principal.

¹⁶ Folio 96 del cuaderno principal.

¹⁷ Folios 2 a 18 del cuaderno de revisión.

por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.

Este requisito se encuentra satisfecho en este caso particular, ya que la señora María Margarita Bolaños Maya, madre de la accionante, actúa en su calidad de representante legal de la menor de edad Elena Tatiana Rosero Bolaños, quien es la titular de los derechos invocados. Por otra parte, los sujetos demandados son la Alcaldía Municipal de Pasto y el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social; la primera autoridad es la encargada de la ejecución del convenio interadministrativo de participación y cooperación No. 663, por medio del cual desarrollan actividades que permiten la materialización del programa de familias en acción en el municipio de San Juan de Pasto; por su parte, el Departamento Administrativo de Prosperidad Social es la entidad encargada de la liquidación de los incentivos tanto en educación como en salud del programa de Familias en Acción. Ambas autoridades se encuentran legitimadas por pasiva, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991¹⁸.

2.3. Con respecto al requisito de *subsidiariedad*, el artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela es una acción de naturaleza excepcional y subsidiaria, por lo cual, este instrumento sólo procede cuando el titular de los derechos presuntamente vulnerados no cuente con otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo dicho mecanismo, carezca de la idoneidad y eficacia para evitar la lesión *iusfundamental*, o sea necesario adoptar una medida transitoria en el marco del amparo constitucional para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso bajo estudio la Sala encuentra satisfecho este requisito, teniendo en cuenta, por un lado, que la accionante no cuenta con un mecanismo de naturaleza jurisdiccional que atienda a la particularidad de su pretensión de que las autoridades gubernamentales inapliquen las directrices del programa Familias en Acción previstas en la Resolución 1691 de 1991, para otorgarle el incentivo económico sin acreditar que su hija se encuentra escolarizada, que es el presupuesto básico para la entrega de los apoyos dinerarios.

Además, la solicitud proviene de una familia que, por hacer parte del programa Familias en Acción, se encuentra presumiblemente en un alto nivel de vulnerabilidad, por lo cual, el examen de procedencia debe ser flexibilizado ante la urgencia de la ayuda.

¹⁸ Artículo quinto del Decreto 2591 de 1991: “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”.

2.3. Finalmente, con respecto al *requisito de inmediatez*¹⁹, este tribunal ha entendido que entre el momento de la vulneración o amenaza *iusfundamental* y el momento de la interposición de la acción de tutela debe transcurrir un plazo razonable de tiempo, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza²⁰.

En el caso bajo estudio podría pensarse que el requisito de inmediatez no se cumple, pues el incentivo de salud fue dejado de pagar en el año 2012 y se acudió a la acción de amparo en el año 2019, dejando transcurrir siete años entre uno y otro evento.

Sin embargo, la Sala considera satisfecho este requisito por tres razones: (i) por un lado, al tratarse de una prestación económica periódica la presunta lesión de los derechos invocados resulta ser actual en el tiempo; (ii) asimismo, la tardanza en la interposición del amparo puede explicarse por los intentos de la familia de hacer frente por sí solos, sin la ayuda gubernamental, a las dificultades económicas, de suerte que únicamente cuando se hizo evidente que la menor no podría integrarse a una institución educativa, y de que la precaria situación económica del núcleo familiar tornaba indispensable el incentivo contemplado en el programa Familias en Acción, se acudió al amparo constitucional. Finalmente, como ya se expuso anteriormente, la menor es un sujeto de especial protección constitucional respecto de quien los requisitos de procedencia deben ser evaluados con mayor flexibilidad.

Siendo así, la Sala encuentra que se cumplen todos los requisitos de procedencia en el caso bajo estudio y se procederá al planteamiento del problema jurídico y la resolución del caso.

3. Problema jurídico y esquema de resolución

A partir de las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, de las pruebas recaudadas y de la decisión adoptada por el juez de instancia, este tribunal debe determinar si se configuró una vulneración a los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la igualdad de la menor Elena Tatiana Rosero Bolaños, por la decisión adoptada por el Departamento Administrativo de Prosperidad Social de suspender el pago de los incentivos del programa Familias en Acción bajo el argumento de no cumplir con el requisito de escolarización, esto a pesar de la condición de discapacidad de la menor. Para resolver esta problemática la Sala de Revisión estudiará: (i) el derecho a la educación de los menores con discapacidad; (ii) la escolaridad como condición

¹⁹ Véanse, entre otras, las sentencias: T-1140 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-279 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-832 de 2012, T-719 de 2013, T-201 de 2015 y T-138 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-153 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa; y T-106 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁰ Precisamente, el artículo 86 dispone que: “*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la **protección inmediata** de sus derechos constitucionales fundamentales (...)*”. Énfasis por fuera del texto original.

del incentivo educativo del programa Familias en Acción en el caso de la población con discapacidad; (iii) el análisis del caso concreto.

4. El derecho a la educación de las personas con discapacidad

4.1. De acuerdo con el artículo 67 de la Constitución Política, la educación es tanto un derecho de toda persona como un servicio público con una función social que permite a la sociedad y a sus miembros acceder “*al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura*”. Esta corporación ha sido enfática en señalar que este acceso al conocimiento está estrechamente ligado con una gran variedad de derechos, pues a través de la educación la persona puede desarrollar su proyecto de vida²¹ y, además, es una importante herramienta para la superación de la pobreza²² y para la construcción de equidad social²³.

Así mismo, el artículo 44 del texto superior señala que:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (subraya fuera del texto original).

De esta manera, queda clara la obligación en cabeza del Estado, la familia y la sociedad de procurar el goce efectivo del derecho a la educación de los niños.

4.2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴ consagra en su artículo 13 el derecho a la educación y establece que esta debe “*orientarse hacia*

²¹ Al respecto, se puede ver la sentencia T-743 de 2013, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

²² El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, quien actuó como intérprete del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC–, resaltó la importancia de la enseñanza como herramienta para salir de la pobreza al señalar que “*la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades*”.

²³ Al respecto se puede ver, entre otras, las sentencias T-743 de 2013, M.P Luis Ernesto Vargas Silva y C-170 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁴ Aprobado por el Congreso de Colombia a través de la Ley 74 del 26 de diciembre de 1968.

el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

A su vez, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la observación No. 13²⁵ se pronunció sobre el componente de *adaptabilidad* del derecho a la educación, explicando que este exige flexibilizar los esquemas de enseñanza, de tal manera que estos se adapten a las transformaciones de la sociedad y a las particularidades de sus miembros, buscando que los diversos contextos culturales y sociales de los estudiantes no conlleven una barrera en el ejercicio de su derecho.

En otras palabras, la adaptabilidad busca que no sean los estudiantes quienes necesariamente se deban amoldar a un único modelo de educación, sino que el sistema educativo se adapte a las diversidades y necesidades de los estudiantes, en procura de combatir la deserción escolar. Siendo así, la satisfacción de este componente se da con la adopción de medidas que flexibilicen el sistema acorde a las necesidades de los estudiantes, adecuando la infraestructura escolar o modificando los programas escolares cuando uno u otro conlleve una barrera al ejercicio pleno del derecho a la educación.

Este tribunal ha estudiado esta faceta del derecho a la educación y ha señalado ciertas obligaciones derivadas del elemento de la *adaptabilidad*, entre otros, se destacan los deberes de: (i) implementar medidas respecto a la infraestructura de las instituciones educativas, de modo que se superen las barreras sociales que impiden o entorpecen la permanencia de los menores con discapacidad motriz; (ii) garantizar la existencia de los medios de comunicación adecuados para eliminar las barreras a las que se ven sometidas las personas con discapacidad oral o visual; (iii) establecer procedimientos que faciliten la presentación del examen de Estado de las personas con discapacidad²⁶; (iv) abstenerse de adoptar sanciones o medidas discriminatorias que impongan barreras a las mujeres embarazadas para gozar del derecho a la educación²⁷; y (v) garantizar en las instituciones de educación pública el acceso a la educación y la capacitación en los niveles primario, secundario, profesional y técnico de las personas con capacidades o talentos excepcionales²⁸.

4.3. Respecto al derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes, esta Corporación se pronunció en la sentencia T-139 de 2013²⁹ señalando que *“también los niños y niñas con discapacidades físicas, cognitivas o de cualquier otro tipo, tienen derecho a la educación. Esta afirmación que es aparentemente obvia, tiene relevancia puesto que recuerda que no hay razones*

²⁵ La Sala estima pertinente exponer que las observaciones referenciadas no hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Sin embargo, como se señaló anteriormente, estas observaciones han sido adoptadas como criterio de interpretación de las obligaciones del Estado y la sociedad respecto al derecho a la educación.

²⁶ Estas obligaciones se encuentran consagradas en la sentencia T-139 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁷ Al respecto, se puede ver la sentencia T-656 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual se estudió el caso de una estudiante que fue desescolarizada por estar en estado de embarazo.

²⁸ Ver al respecto la sentencia T-294 de 2009, M.P. Clara Helena Reales Gutiérrez.

²⁹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

constitucionalmente admisibles para considerar que los niños con discapacidad carecen del derecho a recibir educación³⁰, ni para pensar que el Estado está eximido de todas o alguna de las obligaciones derivadas de los componentes que integran el derecho de acuerdo con los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional sobre la materia”.

Ahora bien, la clara titularidad del derecho a la educación del que gozan las personas con discapacidad no desconoce las problemáticas históricas que estas personas afrontan para poder cursar sus estudios, ya sea por la existencia de barreras como por la discriminación de la que pueden ser sujetos. Así pues, la adopción de medidas afirmativas no solo es deseable, sino que puede ser en ciertos contextos una obligación exigible a través de la acción de amparo³¹.

5. La escolaridad como condición para el otorgamiento del incentivo escolar del programa Familias en Acción

5.1. El artículo 2 de la Ley 1532 de 2012³² definía el programa de Familias en Acción como “la entrega, condicionada y periódica de una transferencia monetaria directa para complementar el ingreso y mejorar la salud y, educación de los menores de 18 años de las familias que se encuentran en condición de pobreza, y vulnerabilidad. Se podrán incorporar las demás transferencias que el sistema de promoción social genere en el tiempo para estas familias” (subraya fuera del texto original). Así mismo, la redacción original de dicha ley señalaba como objetivo del programa el contribuir a la superación y prevención de la pobreza³³.

Desde la promulgación de la Ley 1532 de 2012 se determinó que este programa está dirigido a: (i) las familias en situación de pobreza; (ii) las familias en situación de desplazamiento; (iii) las familias indígenas en situación de pobreza y las familias afrodescendientes en pobreza.³⁴ Igualmente, la redacción anterior de la ley regulaba los motivos de exclusión del programa, exponiendo en el parágrafo segundo del artículo cuarto que aquellas familias beneficiarias “con menores de 18 años, que sean desescolarizados, explotados laboralmente, muestren desnutrición, sean víctimas de maltrato físico y/o sexual, abandono o negligencia en su atención, que sean notificados por el ICBF perderán tos derechos a ser beneficiados por Programa Familias en Acción”³⁵ (subraya fuera del texto original).

³⁰ Ver al respecto la sentencia T-826 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

³¹ Al respecto, ver la sentencia T-443 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

³² Por medio de la cual se adoptan unas medidas de política y se regula el funcionamiento del Programa Familias en Acción.

³³ El artículo tercero de la Ley 1532 de 2012 señala: **“Artículo 3°. Objetivos.** Contribuir a la superación y prevención de la pobreza y la formación de capital humano, mediante el apoyo monetario directo a la familia beneficiaria”.

³⁴ Esto se puede ver en el artículo cuarto de la referida ley.

³⁵ Redacción original del parágrafo segundo del artículo cuarto de la Ley 1532 de 2012

5.2. Posteriormente, la Ley 1948 de 2019³⁶ modificó la Ley 1532 de 2012, estableciendo como objetivo del programa *“contribuir a la superación y prevención de la pobreza, la formación de capital humano, a la formación de competencias ciudadanas y comunitarias, mediante el apoyo monetario directo y acceso preferencial a programas complementarios a las familias beneficiarias y titulares del programa Familias en Acción (...) fomentar la asistencia a los controles de crecimiento y desarrollo de los niños y niñas de primera infancia, la asistencia y permanencia escolar en los 9 años de educación básica y 2 años de educación media, el acceso preferente a programas de educación superior y formación para el trabajo; la formación de competencias ciudadanas y comunitarias para la autonomía y el bienestar de las familias y contribuir a la prevención del embarazo en la adolescencia”* (subraya fuera del texto original). El artículo 11 de la Ley 1948 de 2019 establece la obligación progresiva de garantizar que aquellos jóvenes beneficiarios del programa Familias en Acción que hayan culminado el bachillerato, tengan acceso preferente a programas de educación superior. Por su parte, también se determinó la pérdida del incentivo *“cuando la autoridad administrativa competente decreta la existencia de una vulneración de derechos de los niños”*³⁷.

Como se observa, el programa de Familias en Acción tiene como uno de sus pilares básicos el acceso y la permanencia en los programas de educación, considerada como uno de los instrumentos de mayor importancia para la superación de la pobreza. Es por eso que no solo se creó un incentivo económico a la educación, sino que se condicionó la entrega efectiva de este incentivo a la escolarización real del niño, niña o adolescente.

5.3. Mediante la Resolución 1691 de 2019³⁸ proferida por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social se adoptó el Manual Operativo del Programa de Familias en Acción en su quinta versión.

El referido manual³⁹, al establecer la estructura externa del programa, señala que las alcaldías municipales son las responsables directas del funcionamiento del programa en cada municipio y que, en el marco de sus competencias, deberán garantizar una oferta adecuada de los servicios de educación y salud para la atención a las familias participantes del programa.

Posteriormente, en el numeral 6.2.3, se regulan los componentes e incentivos que integran el programa gubernamental, estableciendo que existen dos clases de incentivos: el de salud y el de educación. El incentivo de salud se otorga a aquellas familias con niños y niñas menores de seis años y busca complementar los ingresos familiares, en aras de mejorar la salud de los infantes durante la

³⁶ “Por medio de la cual se adoptan criterios de política pública para la promoción de la movilidad social y se regula el funcionamiento del programa familias en acción”.

³⁷ Al respecto, ver el artículo cuarto de la Ley 1948 de 2019.

³⁸ “Por medio de la cual se adopta el Manual Operativo del Programa Familias en Acción – versión 5”.

³⁹ El Manual Operativo del programa Familias en Acción en su quinta versión puede ser consultado en el link: <https://www.prosperidadsocial.gov.co/que/fam/famacc/Documents/M-GI-TM-3%20MANUAL%20OPERATIVO%20FAMILIAS%20EN%20ACCI%20c3%93N%20VERSI%20c3%93N%205.pdf>

etapa crítica de su crecimiento. Por su parte, el incentivo en educación se concede a las familias con niños, niñas y adolescentes en edad escolar, que cursen los grados de transición a undécimo, en procura de facilitar y estimular la asistencia escolar, aumentar los años de escolaridad y reducir la deserción.

Así mismo, el numeral 6.2.4 establece la corresponsabilidad de las familias participantes, donde se expone claramente que la recepción de los incentivos económicos está supeditada al cumplimiento de los compromisos familiares. En lo respectivo a educación, el numeral establece que las familias deberán: *“matricular a los niños, niñas y adolescentes en los establecimientos educativos aprobados por el Ministerio de Educación Nacional-MEN y cumplir con la asistencia a mínimo el 80% de las clases Programadas por bimestre escolar”*.

Por su parte, el numeral 6.3.3.2 regula la verificación del cumplimiento de requisitos, en lo que respecta al incentivo en educación el objetivo del proceso de verificación es asegurar que las familias inscritas en el programa cumplen con el compromiso de asegurar la asistencia escolar de los menores al menos al 80% de las clases programadas durante cada bimestre escolar.

El manual dispone que el proceso de verificación se realiza en dos fases:

- Primero, la llamada actualización escolar, mediante la cual se identifica a los estudiantes matriculados en los establecimientos educativos públicos o privados registrados en el Directorio Único de Establecimientos Educativos-DUE del Ministerio de Educación Nacional. Adicionalmente, en esta fase se identifica a los graduados de bachiller el año escolar inmediatamente anterior con el fin de no incluirlos como potenciales beneficiarios.

- La segunda fase es la verificación de la asistencia escolar, en cada período bimestral, como ya se expuso se establece una asistencia mínima al 80% del calendario académico como requisito para obtener el incentivo. Esta verificación se divide en cinco periodos al año los cuales varían según el tipo de calendario con el que cuente la institución educativa.

Finalmente, este numeral, buscando impulsar la obtención del grado de bachiller de los jóvenes, permite dos años de rezago escolar y beneficia a los jóvenes entre 18 y 20 años que se encuentren cursando los grados de 10° (máximo 19 años) y 11° (máximo 20 años).

Como se observa, el proceso de formación académica y la obtención del título de bachiller es uno de los objetivos principales y pilares del programa Familias en Acción, siendo este el motivo por el cual no solo se establecieron requisitos relacionados con el estudio de los niños, niñas y adolescentes con el fin de otorgar los incentivos económicos, sino que también se creó todo un proceso de verificación de este requisito en procura de evitar su elusión por parte de los beneficiarios.

Ahora bien, el manual operativo también se pronuncia sobre los menores con discapacidad, imponiendo los mismos requisitos en lo que respecta a salud y educación y adoptando medidas afirmativas a favor de esta población.

Así pues, el numeral 6.2.3 deja claro que los niños, niñas y adolescentes con discapacidad deben cumplir con los requisitos establecidos en las guías operativas del programa de Familias en Acción para tener acceso a los incentivos. A su vez, se observa que el programa prevé un límite de tres beneficiarios por casa, sin embargo, los niños, niñas y adolescentes con discapacidad son potenciales de la entrega del incentivo sin importar el número de menores del grupo familiar.

5.4. En este marco, la Corte ha analizado la escolarización como requisito para el reconocimiento del pago de un subsidio o incentivo. En tal sentido, este tribunal ha señalado que la adopción de criterios o condiciones para la asignación de estos subsidios es admisible, como quiera que los recursos para los mismos son limitados y, por consiguiente, existe el deber de garantizar que estos incentivos lleguen a la población para la cual están destinados.

La sentencia C-653 de 2003⁴⁰ estudió una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la exigencia de escolaridad de los hijos menores de 18 años para poder ser beneficiarios de subsidios familiares. En dicha ocasión la Corte Constitucional consideró que *“el requisito de la acreditación de la escolaridad no sólo persigue un fin constitucionalmente válido sino que, como se ha indicado, armoniza con los artículos 44 y 67 de la Carta en cuanto a la responsabilidad de la familia en la educación de los niños”*. Sin embargo, la sentencia consideró que las Cajas de Compensación –quienes se encargan de pagar el subsidio familia– podrán valorar de manera diferentes aquellos casos donde los padres de un menor de edad hubiesen buscado con diligencia la escolarización del mismo y por motivos imputables al Estado dicha situación no sea posible, en esos casos será admisible que se reconozca el subsidio sin el lleno de los requisitos exigidos.⁴¹

La sentencia C-559 de 2001⁴² estudió una demanda contra el artículo 30 de la Ley 21 de 1982 el cual, entre otras, estableció como beneficiarios de doble cuota del subsidio familiar a los hijos con más del 60% de pérdida de capacidad laboral que reciban educación o formación profesional especializada en establecimiento idóneo.

En aquella ocasión la Corte Constitucional consideró que *“todas las instituciones de educación, incluidas las de nivel Superior (como las universidades), deben adoptar las medidas tendientes a la consecución de los medios y recursos indispensables a una educación idónea de las personas con*

⁴⁰ M.P. Jaime Córdoba Triviño

⁴¹ Al respecto, la sentencia C-653 de 2003 señaló que: *“las Cajas de Compensación encargadas de cancelar el subsidio familiar sólo de manera excepcional, y en casos donde esté demostrada la diligente y sostenida actividad de la familia en orden a la consecución del cupo escolar en establecimientos educativos públicos, y éste, no se haya obtenido por razones debidamente probadas e imputables al Estado, podrán valorar esa situación particular en aras al reconocimiento del subsidio”*.

⁴² M.P. Jaime Araujo Rentería.

limitaciones, lo cual comporta positivamente una apertura de la educación especializada en pro de sus necesidades, intereses y capacidades”.

Bajo esta argumentación, la sentencia señaló que la exigencia de cursar estudios es constitucionalmente admisible y no rompe con el derecho a la igualdad entre aquellas personas con discapacidad que se encuentran cursando estudios y quienes no, pues *“se trata de supuestos distintos que por consiguiente ameritan consecuencias jurídicas diferentes entre sí”*. Así pues, en dicha sentencia se declaró la exequibilidad de la norma atacada.

5.5. Partiendo de estas directrices, en la sentencia T-139 de 2013⁴³ se estudió un caso similar al que es objeto de revisión, en el que, por un lado, se suspendió el pago del incentivo en salud de una menor de nueve años, con discapacidad, por haber superado la edad límite para dicho incentivo y, por otro, no se iniciaba el pago del incentivo en educación por no encontrarse estudiando en un programa de educación formal. En dicha ocasión, la Corte concedió el amparo, ordenando a las instancias competentes a realizar las gestiones necesarias para que la menor pudiese acceder a una institución educativa que atendiera a sus particularidades de salud, para que, en un tiempo prudencial a partir de dicho momento, su familia recibiese el respectivo incentivo económico.

Sobre el derecho a la educación, sostuvo que *“la Corte ha adoptado la doctrina del sistema internacional de derechos humanos y ha distinguido en el contenido del derecho cuatro dimensiones básicas, y dos niveles en las obligaciones (...) Para empezar, se ha reiterado en la jurisprudencia que el derecho a la educación comprende una dimensión de asequibilidad o disponibilidad del servicio, que exige garantizar la existencia de infraestructura, docentes y programas de enseñanza en cantidad suficiente y a disposición de todos los niños y niñas. La segunda dimensión, denominada accesibilidad, exige eliminar todo tipo de discriminación en el ingreso al sistema educativo, y brindar facilidades desde el punto de vista geográfico y económico para acceder al servicio. En tercer lugar, el derecho a la educación tiene un componente de adaptabilidad de acuerdo con el cual las autoridades deben implementar acciones tendientes a garantizar la permanencia en el sistema educativo. Por último, el componente de aceptabilidad está relacionado con la obligación del Estado de prever mecanismos que contribuyan a asegurar la calidad de los programas, contenidos y métodos de la educación” (Subraya fuera del texto original).*

De esta suerte, este tribunal determinó que la entrega de incentivos económicos en procura de garantizar la permanencia en el sistema escolar es una política dirigida a garantizar la accesibilidad del derecho a la educación, eliminando las barreras que la falta de recursos económicos impone al acceso o goce efectivo de este derecho. Así mismo, la adopción de medidas afirmativas a favor de la población con discapacidad se circunscribe a la faceta de la adaptabilidad, pues busca que las personas con discapacidad no abandonen sus estudios.

⁴³ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En la misma sentencia, se expusieron como obligaciones del Estado las siguientes:

- “i) Que los funcionarios respeten los derechos fundamentales de los receptores de los subsidios, en especial el debido proceso, el mínimo vital y el principio de no discriminación;*
- ii) Que los requerimientos técnicos no constituyan un obstáculo para la realización plena de una educación accesible, aceptable, disponible y adaptable, que reconozca las particularidades de la educación para los niños y niñas con discapacidad.*
- iii) Que los programas de subsidios incluyan medidas afirmativas que garanticen el acceso de los beneficios a las personas con discapacidad, considerando las posibles limitaciones en el goce del derecho a la educación por razones económicas y sociales.”*

La Corte concluyó que los subsidios condicionados a la escolarización de los niños, niñas y adolescentes deben ser consecuentes con las facetas del derecho a la educación –enunciadas anteriormente– y no *“puede basarse en una concepción restringida o incompleta de este derecho, que afecte los intereses de las personas con discapacidad”*.

5.6. Así pues, la posibilidad de limitar la entrega de subsidios o incentivos a la escolarización, aun de las personas con discapacidad, es un requisito constitucionalmente aceptable, el cual debe estar armonizado con las diferentes facetas del derecho a la educación y con otros derechos fundamentales, tales como el mínimo vital.

6. Caso concreto

6.1. En el caso bajo estudio, una menor de edad con discapacidad percibía el incentivo a salud que brinda el programa Familias en Acción hasta cumplir los siete años y, una vez llegó a dicha edad –en el año 2012– no se continuó el pago del incentivo de salud y, al no encontrarse escolarizada, nunca ha sido beneficiaria del incentivo a educación que otorga el mismo programa. Posteriormente, en el año 2019, la madre de la menor acude a la acción de amparo buscando que se exima del cumplimiento del requisito de escolarización y que, por consiguiente, se ordene la entrega del respectivo incentivo.

Así pues, se debe entrar a estudiar si es constitucionalmente admisible en el caso concreto exigir el requisito de escolaridad para la entrega del incentivo de educación a una menor con discapacidad, que no se encuentra cursando estudio de ningún tipo. Para abordar esta cuestión es necesario estudiar dos puntos: (i) la existencia de una posición irracional por parte de las entidades accionadas que lesione derechos fundamentales; y (ii) la posibilidad de exceptuar el requisito de escolarización para obtener el pago del incentivo a la educación del programa Familias en Acción.

6.2. Para abordar la primera cuestión, es necesario tener en cuenta que la Corte Constitucional ha aceptado que la entrega de recursos económicos en forma de subsidio o incentivo esté condicionada y focalizada, pues se parte de la premisa de que los recursos son escasos y debe procurarse que lleguen a la población para la cual está pensada la política en particular.

En este mismo sentido, la escolarización como requisito para la entrega de un subsidio persigue un fin constitucionalmente válido y deseable, y no es *prima facie* discriminatorio, pues los niños, niñas y adolescentes con discapacidad también son titulares del derecho a la educación y tanto sus familias como el Estado tienen el deber de velar por el efectivo disfrute de dicho derecho. Así pues, mal haría la Corte en entender que las personas con discapacidad no deberían estar escolarizadas para poder recibir el incentivo de educación del programa de Familias en Acción, pues esto abriría las puertas a situaciones contraproducentes y actuaciones discriminatorias, al no propender por la educación de las personas con discapacidad.

Con esto expuesto, la Sala considera que en el requisito exigido para la entrega del incentivo de educación por parte del programa Familias en Acción –es decir la escolarización de los niños, niñas y adolescentes– es constitucionalmente aceptable y lo que se debe entrar a estudiar es si su aplicación al caso particular de la menor Elena Tatiana Rosero Bolaños lesiona derechos fundamentales y podría, por consiguiente, excepcionar su cumplimiento para este caso concreto. Para eso es necesario tener en cuenta la faceta de adaptabilidad del derecho a la educación y las reglas jurisprudenciales fijadas en la sentencia T-139 de 2013.

6.3. Según se explicó, en la sentencia T-139 de 2013 la Corte concedió la protección requerida en una hipótesis semejante a la examinada en esta oportunidad. Para arribar a esta solución, esta corporación tuvo en cuenta los siguientes elementos: (a) la ausencia de medidas afirmativas para la población con discapacidad en el programa de incentivos; (b) el hecho de que la menor se encontrara cursando estudios en una institución no formal, sin que las autoridades accionadas brindaran el debido acompañamiento para explicar la diferencia entre estudios formales e informales y el motivo por el cual estos últimos no permitían dar por acreditado el requisito de escolarización; y (c) la falta de pago oportuno de la transferencia condicionada de dinero puso en riesgo la subsistencia de la familia de la menor.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la protección se otorgó para que, en primer lugar, las instancias gubernamentales realizaran todas las actuaciones necesarias para la escolarización de la menor, y para que, una vez escolarizada, la familia recibiese el incentivo, y no para que se recibiera la ayuda económica sin cumplir con la exigencia de escolarización. Adicionalmente, los escenarios fácticos presentan diferencias relevantes en los siguientes aspectos: (a) actualmente el manual operativo del programa Familias en Acción sí prevé medidas afirmativas a favor de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, lo cual demuestra un respeto por la faceta de *adaptabilidad* del derecho a la educación; y (b) en el caso objeto de estudio la menor no realiza actividad académica alguna, ya sea en instituciones informales o formales,

diferenciándose entonces del precedente citado, pues no se puede asegurar que de buena fe la familia pensaba estar cumpliendo con los requisitos expuestos.

Adicionalmente, no es posible concluir que el Departamento para la Prosperidad Social o la Alcaldía de Pasto hayan sido inflexibles a la hora de valorar el cumplimiento de los requisitos o hayan omitido su obligación de propender por dar a conocer las ofertas educativas aptas para la menor, pues en el expediente no se vislumbra prueba, siquiera sumaria, de que la familia haya solicitado directamente la excepción de la norma, hubiesen intentado escolarizar a la menor o hubieran solicitado información y acompañamiento en aras de obtener el acceso a la educación de su hija.

6.4. Así pues, la Sala de Revisión concluye que no es procedente la protección solicitada de la manera pretendida por la accionante, pues en el caso bajo estudio los requisitos exigidos para la entrega del subsidio son, *prima facie*, constitucionalmente aceptables. Por consiguiente, este tribunal debe propender en primer lugar por el cumplimiento de los mismos, esto es, que la familia y las entidades del Estado competentes busquen que la menor estudie acorde a sus capacidades. Por lo tanto, respecto al primer interrogante planteado, se concluye que las autoridades accionadas no lesionaron los derechos invocados por la familia de la menor.

Siendo así, y en atención a la difícil situación de la menor y la necesidad de una especial protección, se ordenará a la Alcaldía de Pasto que, en el marco de sus competencias, brinde asesoría y acompañamiento a la familia de la menor Elena Tatiana Rosero Bolaños respecto a la posibilidad de escolarizar a la joven y, se reitera, una vez escolarizado deberá el Departamento Administrativo de Prosperidad Social iniciar el pago del incentivo de educación del programa de Familias En Acción, como se ordenó en la sentencia objeto de revisión.

6.5. Ahora bien, esta Sala de Revisión debe abordar otra hipótesis expuesta por la familia de la menor cuya protección se pretende y que está estrechamente ligada con el segundo interrogante planteado. Es decir, deberá analizarse si es posible exceptuar el cumplimiento del requisito de escolaridad cuando es materialmente imposible que el beneficiario estudie. Esto, en la medida en que a lo largo de la tutela se asegura que Elena Tatiana Rosero Bolaños no puede realizar ningún tipo de actividad académica, ni siquiera en instituciones especializadas en el manejo de personas con discapacidad, por las condiciones propias de su diagnóstico.

La Sala considera que el estudio respecto a la posibilidad de exceptuar el cumplimiento de escolaridad debe abordarse bajo dos requisitos, por un lado, que la exigencia de una condición que, *prima facie*, es admisible y justificada pueda poner en riesgo o lesionar derechos fundamentales y que, por lo tanto, el daño o amenaza que se ocasione sea mayor que aquel cuya ocurrencia se pretende evitar. Por otra parte, se deberá analizar si el incumplimiento del requisito se da como consecuencia de una actuación negligente o culpable de quienes buscan el pago del incentivo de educación o, por el contrario, es fruto de situaciones que no se encuentran bajo el control de los interesados.

6.6. amenaza o daño a un derecho fundamental

El primer punto, y como ya se señaló, se desprende de la aplicación de las reglas jurisprudenciales consagradas en la sentencia C-653 de 2003 y T-139 de 2013, las cuales dejan en claro que el condicionamiento de escolarización debe ser respetuoso, entre otro, del derecho al mínimo vital, pues una aplicación irracional del requisito podría suponer el acaecimiento de consecuencias peores que las que se pretende evitar. En otras palabras, aunque el requisito de escolarización es constitucionalmente aceptable y busca un fin deseado en un Estado social de derecho –la escolarización de los menores de edad–, puede ocurrir que su exigencia ponga en riesgo otros derechos fundamentales que estén estrechamente ligados con el pago de un subsidio, incentivo o similares, como podría ser el mínimo vital, para poder llegar a esa conclusión el juez constitucional deberá evaluar las condiciones del núcleo familiar que pretende exceptuar el cumplimiento del requisito.

En el caso bajo estudio, encontramos que la familia cuenta con escasos recursos, lo que se acreditó incluso por las entidades accionadas, quienes informaron que sus condiciones económicas les permiten ser acreedores de los beneficios de Familias en Acción, así mismo está acreditado que el núcleo familiar se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud⁴⁴ y la madre de la menor afirma no poder laborar por dedicarse al cuidado de su hija. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que las necesidades propias de la menor pueden ocasionar gastos mayores. Con estos elementos expuestos, se puede considerar que efectivamente existe un riesgo al mínimo vital con el no pago del subsidio de educación del programa de Familias en Acción.

Ahora bien, esto no conlleva necesariamente a la posibilidad de ordenar que se inicie el pago del subsidio solicitado de manera inmediata, sino a la necesidad de que la Alcaldía Municipal de San Juan de Pasto y el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, en el marco de sus competencias, estudien e informen sobre la existencia de aquellos programas, subsidios, incentivos o beneficios a los que puede aspirar el núcleo familiar más allá del programa Familias en Acción y, de encontrar que existe alguno cuyos requisitos se cumplan y que permita salvaguardar el derecho al mínimo vital, iniciar todos los trámites administrativos tendientes a obtener la materialización del mismo. Si, por el contrario, se observa que no existe programa, subsidio, incentivo o similar que pueda beneficiar a la menor, se podría exceptuar el requisito de escolarización y permitir el pago del incentivo de educación del programa de Familias en Acción.

6.7. La imposibilidad de cumplir el requisito de escolaridad

Por otra parte, el segundo punto que se debe estudiar para excepcionar el cumplimiento del requisito de escolaridad, es si el mismo no se cumple por causas atribuibles a los padres del menor, esto en la medida en que aun cuando

⁴⁴ Información consultada a través de la página web del ADRES <https://www.adres.gov.co/BDUA/Consulta-Afiliados-BDUA>

pueda existir un riesgo al mínimo vital, no podría incentivarse una actuación negligente o pasiva que pase por encima del derecho a la educación de un menor.

Al respecto, se observa que las normas que regulan el incentivo en educación del programa de Familias en Acción señalan que se pierde el derecho al incentivo “*cuando la autoridad administrativa competente decreta la existencia de una vulneración de derechos de los niños*”, similar pronunciamiento se hacía en la redacción original de la Ley 1532 de 2012 que señalaba que aquellas familias beneficiarias del programa “*con menores de 18 años, que sean desescolarizados, explotados laboralmente, muestren desnutrición, sean víctimas de maltrato físico y/o sexual, abandono o negligencia en su atención, que sean notificados por el ICBF perderán los derechos a ser beneficiados por Programa Familias en Acción*”⁴⁵.

En este mismo sentido, es pertinente traer a colación la ya referida sentencia T- de 2013⁴⁶, en la cual se estableció que: “*durante el ejercicio de focalización y adjudicación de los subsidios, la administración debe abstenerse de entrar en contradicción con los derechos fundamentales de los beneficiarios, especialmente el derecho al debido proceso, el mínimo vital y el principio de no discriminación. Los subsidios que condicionen la entrega del dinero a la escolarización deben respetar los derechos fundamentales, por cuanto es un fin esencial del Estado “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” y porque los derechos tienen carácter interdependiente e indivisible y, por lo tanto, la realización de uno no puede significar el sacrificio de otros*”, así mismo, se señaló que el requisito de escolarización no puede basarse en una concepción restringida o incompleta del derecho a la educación. Situación similar se observa en la, también mencionada, sentencia C-653 de 2003⁴⁷, que expuso la posibilidad de que las cajas de compensación exceptúen del requisito de escolarización a una persona cuando por circunstancias imputables al Estado sea materialmente imposible matricularlo a una institución educativa.

Por lo tanto, se observa es que la desescolarización es abordada por la jurisprudencia y los mandatos legales como una conducta negligente o, cuando menos, culpable de los padres quienes son los primeros encargados en garantizar el goce del derecho a la educación. Esto tiene sentido, pues busca prevenir que las familias obtengan un incentivo económico, pero no atiendan a la finalidad del mismo. Sin embargo, la Sala considera que es posible exceptuar el cumplimiento del requisito cuando la desescolarización no es consecuencia o culpa de un actuar reprochable por parte de los padres o tutores del menor.

En el caso concreto, la parte activa asegura que es materialmente imposible que su hija estudie, como consecuencia del grado de discapacidad con el que cuenta. La Sala encuentra que los dictámenes médicos allegados no señalan que sea imposible que la menor curse estudio alguno y, como ya se expuso, tampoco se

⁴⁵ Redacción original del párrafo segundo del artículo cuarto de la Ley 1532 de 2012

⁴⁶ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁴⁷ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

encuentra que la familia de la menor haya solicitado o iniciado los trámites tendientes a determinar si es posible escolarizar a su hija. Sin embargo, de la historia clínica y los demás elementos de prueba que obran en el expediente, es posible pensar que dicha situación se presente, por lo que se debe plantear entonces si exigir el requisito de escolaridad aun cuando es materialmente imposible que la menor estudie es constitucionalmente aceptable.

Es decir, la Sala no tiene los elementos suficientes para determinar si la desescolarización de la menor Rosero Bolaños es una situación superable o no, pero existen elementos que permiten pensar que lo esbozado por la madre, esto es que por el grado de discapacidad de la menor es imposible que curse estudio alguno, es real y, en aras de garantizar la protección de una menor de edad, con discapacidad cuyos derechos podrían verse afectados la Sala ordenará la verificación de la imposibilidad de que la menor de edad curse estudio alguno y, junto con lo expuesto en el numeral anterior, de encontrarse que lo aseverado por la familia es verdad se exceptuara el requisito de escolarizada para el pago del incentivo de educación.

De esta manera, la Corte Constitucional busca que la primera resolución al caso bajo estudio sea aquella que propende por la protección tanto del derecho a la educación como del derecho al mínimo vital, esto es, que la menor sea escolarizada y el pago del incentivo sea iniciado. Sin embargo, en caso de que sea materialmente imposible que la menor curse estudio alguno, no puede esto ser un argumento para que se afecte el derecho al mínimo vital, por lo que las entidades accionadas deberán estudiar la posibilidad de salvaguardar dicho derecho ya sea iniciando el pago de algún otro incentivo, subsidio o programa que garantice un ingreso similar al que provee el programa de Familias en Acción o exceptuando el cumplimiento de escolarización en caso de acreditarse que no se puede cumplir con el mismo y no existe algún otro mecanismo para proteger el derecho al mínimo vital.

6.8. Conclusión y ordenes a emitir.

La Sala concluye que las autoridades accionadas no lesionaron los derechos fundamentales de la menor de edad, Elena Tatiana Rosero Bolaños, pues están aplicando un requisito constitucionalmente admisible y nunca se les solicitó ni la posibilidad de escolarizar a la menor ni la posibilidad de exceptuar el requisito de escolarización, por lo que no se les puede atribuir ninguna negligencia, es por esto que se procederá a confirmar la sentencia objeto de revisión.

Sin embargo, en atención a la situación particular de Elena Tatiana Rosero Bolaños y la necesidad de garantizar la protección de sus derechos fundamentales, se emitirán una serie de ordenes que se expondrán a continuación:

- Se ratificará la orden dada a la accionante, respecto a la obligación de realizar las gestiones necesarias para buscar la escolarización de su hija, y, en ese mismo sentido, se ordena al municipio de Pasto poner “a

disposición de la familia de la menor, la opción de las diversas instituciones educativas que pudieran brindar a la menor una posibilidad de ingreso al sistema educativo”. De lograrse la escolarización, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social deberá iniciar con el pago del incentivo pretendido;

- Se ordenará a la Alcaldía de Pasto y al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social que, en el ámbito de sus competencias, brinden asesoría y acompañamiento a la familia de la menor Elena Tatiana Rosero Bolaños, informando sobre aquellos programas, subsidios, incentivos o similares a los cuales el núcleo familiar pueda ser beneficiario y cuyos requisitos se cumplan. Esto, en procura de garantizar la protección al derecho al mínimo vital de la accionante; y
- En concordancia con el análisis del caso concreto, se ordenará al Departamento Administrativo de la Prosperidad Social y a la Alcaldía de Pasto que, en el marco de sus competencias, exceptúe a la menor Elena Tatiana Rosero Bolaños del cumplimiento del requisito de escolaridad para el pago del incentivo de educación si: (i) después de adelantadas las gestiones administrativas pertinentes se concluye que no es posible escolarizar a la menor; y (ii) si después de adelantadas las gestiones administrativas pertinentes, no se encuentra ningún programa, subsidio, incentivo o similares a los cuales puedan afiliarse a la menor Elena Tatiana Rosero Bolaños y que permitan salvaguardar su derecho fundamental al mínimo vital.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- Confirmar el fallo proferido el 30 de septiembre de 2019 por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, que, a su vez, revocó la decisión del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Pasto que concedió la protección solicitada en la acción de tutela interpuesta por la señora María Margarita Bolaños Maya.

Segundo.- Ordenar a la Alcaldía de Pasto y al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social que, en el marco de sus competencias, brinden asesoría y acompañamiento a la familia de la menor Elena Tatiana Rosero Bolaños, informando sobre aquellos programas, subsidios, incentivos o similares a los cuales el núcleo familiar pueda ser beneficiario.

Tercero.- Ordenar al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, acorde a lo expuesto en esta providencia y, en particular, en los

numerales, 6.6, 6.7 y 6.8 del caso concreto, que, de encontrarse acreditada la imposibilidad de que Elena Tatiana Rosero Bolaños sea escolarizada por su discapacidad y no existir un programa, subsidio o incentivo que salvaguarde su derecho fundamental al mínimo vital, exceptúen el cumplimiento del requisito de escolaridad y, por consiguiente, se proceda a pagar el incentivo de educación del programa Familias en Acción.

Cuarto.- Ordenar a la Defensoría del Pueblo, a través de la Regional Nariño, que en cumplimiento de su deber constitucional y en el marco de sus competencias, ofrezca apoyo inmediato y cualificado a la señora María Margarita Bolaños Maya, en los trámites necesarios para la escolarización e inscripción en algún programa, subsidio o incentivo a favor de su hija Elena Tatiana Rosero Bolaños que permita salvaguardar su derecho fundamental al mínimo vital.

Por Secretaría General, **LÍBRESE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General