

**LA EDUCACIÓN BÁSICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL. IMPLICANCIAS Y
ALCANCES EN EL CONTEXTO DE UN ESTADO FEDERAL**

Sebastián Scioscioli

INDICE

AGRADECIMIENTOS

INTRODUCCIÓN	11
---------------------------	----

PRIMERA PARTE. HACIA UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS EN EDUCACIÓN

CAPITULO I. Bases constitucionales de la educación básica en Argentina

1. La educación en la Constitución Nacional y sus alcances.....	22
2. La educación en la Constitución de 1853.....	24
2.1 Educación en el preámbulo.....	24
2.2 El Estado “docente”: el contenido histórico del derecho a la educación y la “libertad de enseñar y aprender”.....	25
2.3 Educación, religión y libertad religiosa.....	30
2.4 El sistema educativo mixto y la libertad de enseñanza.....	32
2.5 La organización institucional de la educación nacional en la Constitución histórica.....	34
2.6 Responsabilidad de las provincias en materia educativa. ¿Un Estado docente provincial?.....	38
2.6.1 La garantía federal y la intervención federal.....	43
2.7 Las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional.....	46
2.8 Conclusiones intermedias.....	47
3. Educación y Constitución de 1949.....	48
4. La reforma constitucional de 1994 y la educación como derecho fundamental.....	52
4.1 El contexto de la reforma constitucional de 1994 y el debate constituyente.....	52
4.2 La educación en el debate de la reforma.....	53
4.2.1 El rol del Estado nacional como sujeto proveedor de educación pública. ¿Hacia un reforzamiento del Estado docente?.....	55
4.2.2 Educación gratuita.....	57
4.2.2.1 Educación gratuita no limitada por la “equidad”.....	57
4.2.2.2 “Educación más equidad” y garantía de exigibilidad contra el arancelamiento.....	61
4.2.2.3 Conclusiones intermedias: la garantía de la gratuidad en la Constitución reformada.....	63
4.2.3 La Constitución fija contenidos de enseñanza: contenidos sobre educación en la Constitución de 1994.....	64
4.2.3.1 Educación e identidad cultural.....	64
4.2.3.2 Educación y niñez.....	65
4.2.3.3 Educación ambiental y consumo.....	66
4.2.4 Otros puntos de la reforma constitucional.....	68

5. El derecho constitucional internacionalizado y los tratados internacionales sobre derechos humanos.....	69
5.1 La educación en el derecho internacional y los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.....	69
5.2 La educación en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos	73
5.2.1 Fines y contenidos de la educación.....	73
5.2.2 Niveles, regímenes y carácter de la enseñanza.....	74
5.2.3 Rol y acción del Estado.....	76
5.2.4 Libertad de enseñanza: la educación privada y el rol de los padres.....	77
5.2.5 Docencia	77
5.2.6 Cultura y ciencia.....	78
5.3 Algunas notas acerca del constitucionalismo latinoamericano. Una lectura de la Constitución Nacional en su contexto.....	79
6. Conclusiones intermedias y propuestas.....	83
7. La educación y los precedentes judiciales en el ámbito de la justicia interna e internacional de la Corte Interamericana de Justicia	84
7.1 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores en materia educativa	84
7.1.1 Situaciones de discriminación hacia docentes y alumnos en el ámbito público y privado ...	87
7.1.2 Conflicto entre la libertad de culto y la objeción de conciencia.....	94
7.1.3 Régimen disciplinario	97
7.1.4 Estructura escolar y planes de estudios	98
7.1.5 Cumplimiento de obligaciones o prestaciones debidas por el Estado nacional o provincial en materia educativa en general.....	101
7.1.6 Reclamos por prestaciones integrales hacia personas en condiciones desaventajadas	105
7.1.7 Educación en contextos de privación de libertad	107
7.2 Algunas conclusiones sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	109
7.2.1 Alcance reducido.....	109
7.2.2 Jurisdicción de mínimos y no de máximos	112
7.2.3 “Miopía social”	112
7.2.4 Argumentación constitucional.....	114
7.3 La jurisprudencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	115
7.4 Conclusiones intermedias y propuestas	122

CAPÍTULO II. Bases legales e institucionales del derecho a la educación básica en Argentina

1. Introducción	125
2. La conformación del sistema educativo argentino a finales del siglo XIX	127
2.1.1 Las normas del gobierno nacional en materia educativa 1853 – 1905. La dicotomía centralización – descentralización	127
2.1.2 Contexto normativo previo a la ley 1420	127
2.1.3 La ley 1420	131
2.1.4 La ley 4878 “Ley Láinez”	136
2.1.5 Conclusiones intermedias	139
2.2 La estructura institucional nacional del sistema educativo primario de la época. El nivel nacional	140
3. Las leyes educativas en el marco de la reforma constitucional de 1994	142
3.1 La descentralización y las políticas de transferencia en la educación primaria y secundaria	142
3.1.1 El discurso de la transferencia.....	147
3.2 Las leyes nacionales recientes en educación.....	150
3.2.1 La Ley Federal de Educación.....	150
3.2.1.2 Conclusiones intermedias	156
3.2.2 La Ley de Educación Nacional	157
3.2.2.1 Conclusiones intermedias	162
3.2.3 Otras normas recientes sobre educación	163
3.2.3.1 La ley 25864 de “garantía del salario docente y 180 días de clase”	163
3.2.3.2 La ley 26061 de “protección integral de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes”	167
3.2.3.3 La ley 26.150, “Ley nacional de educación sexual integral”	169
3.2.3.4 Plan de Asignación Universal por hijo para la protección social, decreto PEN 1602/09 .	169
4. La estructura institucional nacional del sistema de educación básica a partir de los 70 hasta la actualidad.....	170
4.1 La estructura ministerial	170
4.2 La estructura federal del gobierno educativo	174
4.2.1 El Consejo Federal de Educación (como un intento de coordinación de un sistema sin leyes federales en materia educación) 1972 – 1993	174
4.2.2 El Consejo Federal de Cultura y Educación en el marco de la aparición de la Ley Federal de Educación	180

4.2.3 El Consejo Federal de Educación en el marco de la Ley de Educación Nacional	184
4.2.4 Consideraciones generales sobre el impacto del Consejo Federal de Educación en la política educativa y el sistema federal	186
5. Conclusiones intermedias y propuestas sobre la primera parte del trabajo	189
SEGUNDA PARTE. HACIA UNA CONCEPCIÓN DE LA EDUCACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL	
CAPITULO III. La educación como derecho fundamental versus la educación como bien económico y como servicio público	
1. Introducción. Las otras concepciones de la educación	193
2. La educación como derecho fundamental versus la educación como bien económico	194
2.1 El contexto de las políticas educativas en el consenso de Washington y el libre mercado. La OMC y la comercialización de los servicios educativos.....	197
2.2 Los déficits de la concepción mercantilista de la educación. Conclusiones intermedias	201
3. Educación y servicio público. Introducción	205
3.1 Sobre la conceptualización de la noción de servicio público.....	206
3.2 La educación como derecho fundamental versus la educación como servicio público.....	210
3.3 Conclusiones intermedias.....	214
4. Derechos humanos, derechos subjetivos y derechos fundamentales	216
4.1 Derechos fundamentales como derechos humanos.....	217
4.2 Una definición de derecho fundamental	219
4.3 El modelo de reglas y principios. Primera parte: derechos fundamentales como reglas y principios	225
4.4 El contenido del derecho fundamental desde la teoría del supuesto de hecho ampliada.....	229
5. La educación como derecho fundamental.....	230
5.1 El contenido del derecho fundamental a la educación en un sentido amplio. Introducción ..	232
5.2 La construcción del supuesto de hecho amplio como principio en el derecho a la educación.....	238
5.3 El derecho fundamental a la educación y el marco de la restricción	243
5.4 Derecho a la educación como principio y las obligaciones de cumplimiento progresivo	246
5.5 Los estándares para el control del cumplimiento de las obligaciones de cumplimiento progresivo. Remisión	250
5.6 El derecho a la educación y su contenido básico. Las obligaciones de cumplimiento inmediato como regla.....	252
5.7 El derecho a la educación básica formal y el supuesto de hecho no sometido a ponderación.....	259
6. Los presupuestos materiales del derecho a la educación	261

6.1 La libertad y la autonomía personal	261
6.1.1 Autonomía, democracia y educación	265
6.2 La igualdad	267
6.3 Reconocimiento y distribución	274
7. Conclusiones intermedias y propuestas. La preeminencia de la educación como derecho fundamental.....	276
CAPITULO IV. Las funciones del derecho a la educación como derecho fundamental: la configuración de las obligaciones en educación en Argentina. Un esquema integrador desde el derecho constitucional internacionalizado	
1. Introducción	281
2. La estructura del derecho fundamental y su clasificación	282
2.1 Análisis de la clasificación	284
3. El derecho a la educación como derecho fundamental social (prestaciones en sentido estricto).....	286
3.1 El Estado debe disponer de establecimientos educativos públicos	288
3.1.1 El rol docente del Estado y sus alcances	289
3.1.2 Escuelas	295
3.1.3 Docentes, formación y condiciones de trabajo	299
3.2 El Estado debe disponer de una educación pública gratuita.....	302
3.3 Educación pública laica	304
3.3.1 Libertad religiosa de los padres vs. interés del niño a una educación de calidad	308
3.4 El Estado debe disponer de una educación de calidad: el deber de un desarrollo curricular básico	315
4. El derecho a la educación como derecho fundamental a la organización y al procedimiento .	316
4.1 El Estado debe organizar el sistema educativo formal.....	318
4.2 El Estado debe organizar y regular la libertad de enseñanza	320
4.3 El Estado debe asegurar una exigibilidad efectiva del derecho.....	321
4.4 El Estado debe desarrollar investigaciones y estadísticas que permitan evaluar el grado de realización del derecho.....	324
4.5 El Estado debe organizar el sistema educativo de modo de asegurar mecanismos de controles eficaces y la participación ciudadana.....	325
5. El derecho a la educación como derecho fundamental de no intervención.....	331
5.1 El Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la educación sin discriminación alguna.....	332

5.1.1 Situaciones especiales de discriminación vinculadas con el ingreso y permanencia de los alumnos en las escuelas.....	336
5.2 El Estado debe respetar la libertad de enseñanza.....	341
5.3 El Estado tiene la obligación de no retroceder en el reconocimiento del derecho a la educación. Remisión.....	343
6. El derecho a la educación como derecho fundamental de protección.....	344
6.1 El Estado debe asegurar que los establecimientos educativos privados cumplan con las garantías del bloque constitucional vinculadas con el derecho a la educación como derecho fundamental.....	347
6.1.1 Derecho de admisión.....	348
6.1.2 Los establecimientos educativos privados deben garantizar el derecho de permanencia de sus alumnos.....	349
6.1.3 Los establecimientos educativos privados deben ajustar sus costos de matrícula y cuotas escolares a la reglamentación que fije el Estado en tal sentido.....	350
6.1.4 Los establecimientos educativos privados deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones administrativas, técnicas y pedagógicas de funcionamiento, de diseño y ejecución de los programas de enseñanza, contenidos y fines de la educación conforme las normas dispuestas por el Estado para la regulación y control de dicho sistema educativo.....	351
7. Derecho a la educación como derecho fundamental: ¿derechos colectivos o derechos de incidencia colectiva?	351
7.1 Derechos de incidencia colectiva y justiciabilidad de los derechos	362
8. Conclusiones intermedias: el marco no negociable de la educación como derecho fundamental	366
CAPÍTULO V. El impacto de la educación básica como derecho fundamental para la determinación de las obligaciones del Estado nacional y los Estados provinciales. Los desafíos al “federalismo educativo”	
1. Introducción	369
2. Los argumentos del federalismo.....	370
3. La distribución de competencias en el federalismo argentino conforme la Constitución y su clasificación tradicional.....	379
4. La concurrencia en educación en la Constitución Nacional.....	383
4.1 Las deficiencias de la visión de la concurrencia en términos de competencia	383
5. El federalismo y el derecho internacional de los derechos humanos. Los cambios en el diseño histórico constitucional	388

6. El esquema funcional equivalente: del enfoque de las competencias a un enfoque basado en obligaciones	390
7. El modelo de reglas y principios. Segunda parte: el principio de proporcionalidad aplicado en materia de concurrencia educativa	395
7.1 La plausibilidad del modelo de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte	400
7.2 La plausibilidad del modelo sobre la base de casos concretos	407
8. Conclusiones intermedias: federalismo, gobernabilidad del sistema y desafíos pendientes ...	417
CAPÍTULO VI. Conclusiones finales	
Las implicancias de la educación básica como derecho fundamental en la Argentina.....	421
ANEXO I. La educación en las constituciones provinciales.....	441
1. Introducción	441
1.2 Ubicación en la Constitución	442
1.3 Educación, preámbulo y fines	443
1.4 Carácter de la enseñanza en las provincias	444
1.5 Contenidos de enseñanza	444
1.6 Niveles y regímenes	445
1.7 Rol y acción del Estado provincial en materia educativa.....	446
1.8 Gobierno y administración	447
1.9 Educación privada.....	448
1.10 Docencia	448
1.11 Financiamiento.....	449
1.12 Cultura, Ciencia y Tecnología.....	450
2. Algunas conclusiones.....	450
ANEXO II. La educación en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos	461
1. El sistema universal de protección de los derechos humanos	461
2. El sistema de protección regional americano de derechos humanos	471
ANEXO III. Desarrollo curricular básico	479
1. Educación en y para la democracia	479
2. Educación para la salud.....	482
3. Educación con perspectiva de género.....	484
4 Educación intercultural y pluralista.....	486
5. Educación pertinente y adaptable según las distintas necesidades de los alumnos de acuerdo con sus contextos y los cambios ocurridos en la sociedad.....	490
6. Educación ambiental y consumo. Remisión.....	498

BIBLIOGRAFÍA	499
Lista de gráficos y tablas	519
Jurisprudencia	519
Abreviaturas	525

AGRADECIMIENTOS

Este libro es el producto de un trabajo de investigación doctoral que he defendido en esta Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en septiembre de 2013. Quisiera aprovechar este espacio para agradecer particularmente a mis directoras Nancy Cardinaux y Laura Clérico por el tiempo que me han dedicado en la lectura constante de este trabajo y sus observaciones y comentarios. Agradezco enormemente al profesor Robert Alexy quien me ha brindado un espacio en la Universidad de Kiel para poder trabajar en mi tesis y tener así la posibilidad de enriquecer este trabajo con un diálogo directo con él y su equipo docente durante mi estadía en Alemania. Esta última oportunidad ha sido posible gracias al Deutschen Akademischen Austauschdienst (Servicio de Intercambio Académico Alemán - DAAD), que apoyó mi trabajo a través de una beca sándwich de posgrado, conjuntamente con el Ministerio de Educación de la Nación. También tengo una deuda de gratitud hacia la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la que me he formado y me desempeño como docente en la asignatura de Elementos de Derecho Constitucional en la cátedra de Susana Cayuso, y a su Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja de la Facultad, que ha sido mi lugar de trabajo en todos estos años de mi doctorado y de los proyectos UBACYT en los cuales he participado. Deseo expresar asimismo mi agradecimiento al CONICET, que permitió mi desempeño como investigador becario Tipo I y II.

Debo también un agradecimiento especial a amigos y amigas investigadores del Instituto Gioja y a muchas personas que me han estado apoyando de diversas formas desde el primer momento en esta tarea, a Gonzalo Álvarez, Guillermo Ruiz, Jan Sieckmann, Silvina Bracco y Juan Pablo Mas Vélez.

Al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, en especial a Mary Beloff y Malvina Zacari, y a Eudeba, por haber aceptado publicar este trabajo.

A los miembros jurados de tesis, Dres. Alberto Dalla Via, Horacio Rosatti y Horacio Sanguinetti por todas sus recomendaciones.

Por último, quiero dar las gracias a mis padres, a mis hermanos Mariano y Nicolás, a Alejandro, y a mis amigos y amigas que me han brindado siempre su apoyo sincero e incondicional, por lo que a ellos va dedicado.

INTRODUCCIÓN

Una concepción de educación básica

En esta tesis nos proponemos indagar las condiciones de vigencia y exigibilidad de la educación básica como derecho humano fundamental en el contexto del sistema institucional educativo argentino.

A tales fines, debemos preguntarnos en primer lugar a *qué educación* nos referiremos en este trabajo. Aunque el derecho a la educación incluye, en principio, a las más diversas formas de enseñanza a lo largo de la vida de una persona, nuestro trabajo habrá de limitarse a una porción de ese universo, si bien ciertamente gran parte del análisis y metodología aquí propuesto, podría extenderse mucho más allá en su aplicación que a la *educación básica*. La “educación” que constituye nuestro supuesto de trabajo es aquella que tiene lugar a través de la *escolarización*. Esto no significa desde ya reconocer que la única educación posible es aquella que se produce en la escuela. Sin embargo, como señala Gutmann (2001: 32) podemos sí admitir la centralidad de la escolarización en la educación y aún así reconocer que ésta es mucho más que la escuela.

Desde Comenio (1984) en adelante, mucho se ha escrito y estudiado sobre el proceso educativo en su dualidad dialéctica: conservación-reproducción versus transformación-crítica (Nassif: 1980). Durkheim (1975), Dewey (1970), por tan sólo citar algunos, han sido importantes pensadores que brindaron grandes aportes teóricos para el desarrollo de la pedagogía contemporánea y la definición del rol de la educación institucionalizada a través de la escuela, en el marco de los sistemas educativos formales a cargo de los Estados nacionales.

La educación desde la mirada de la escolarización, en tanto constituye la forma más deliberada de instrucción humana, pone a cargo fundamentalmente de los Estados el deber de prestación de una educación básica a las personas. Con la institucionalización de la educación, asimismo, se perfila con mayor claridad la concepción de la educación como derecho fundamental y sus notas definitorias, dentro de las cuales es posible demarcar los tres elementos claves en esta relación: la persona como sujeto activo del derecho (quien recibe educación), el objeto, es decir las prestaciones debidas en la materia educativa, y el Estado (principal responsable del respeto y realización del derecho aludido).

Ahora bien, el sistema educativo formal está comprendido por varios niveles. ¿En cuál o cuáles corresponde centrarse para poder hablar de una educación básica? Hoy en día, conforme veremos, hablar de una *educación básica va claramente mucho más allá que la educación “primaria”*. En ocasiones, y en particular en el ámbito internacional a partir de la formulación de los Objetivos del Milenio (ONU: 2000), se ha establecido una equivalencia con este nivel de educación comprendiendo a los niños entre los 6 a los 11 años de edad. En otros aspectos, a menudo se ha confundido con la *educación fundamental*, la que en verdad debería pensarse solo como una parte de la educación básica.¹ Sin embargo, actualmente los organismos internacionales como la UNESCO (2008) promueven la idea de que las etapas educativas consideradas “básicas” dependen del contexto de cada región o país, debiendo los Estados comprometerse hacia la progresiva inclusión de la enseñanza secundaria.

La educación desde el nivel inicial y hasta la educación “secundaria” inclusive aparece en la actualidad como notoriamente necesaria para preparar a los niños adecuadamente para su desarrollo autónomo como personas y como ciudadanos. La educación inicial, en tanto no sea meramente asistencial, supone una oportunidad de suma importancia para asentar las bases del desarrollo cognitivo y social posterior y compensar posibles desventajas que presenten los niños de entornos desfavorecidos. La educación primaria, por su parte, constituye una etapa incuestionable para el desarrollo personal y social, desde que en ella se concentran los aprendizajes instrumentales (lecto-escritura, cálculo, y resolución de problemas) y actitudinales (valores, actitudes y normas) básicos. Finalmente, la educación secundaria proporciona el capital educativo mínimo para tener buenas oportunidades de acceder a la formación académica superior o a la capacitación profesional o técnica cualificada. Remarcamos que nos centraremos en este análisis en los *niños y niñas como sujetos*, puesto que dejaremos de lado, salvo en los supuestos en que

¹. La educación básica comprende mucho más que la educación fundamental en el sentido tradicionalmente atribuido por la UNESCO (1949). La educación fundamental se ha concebido como la instrucción mínima y general que tiene por objeto ayudar a los niños y a los niños adultos privados de las ventajas que ofrece la instrucción oficial a comprender los problemas que se plantean en su medio ambiente inmediato así como sus derechos y deberes en calidad de ciudadanos e individuos, y a participar de un modo más eficaz en el progreso social y económico de su comunidad. Lo fundamental en este sentido, se asocia con el mínimo de conocimientos teóricos y prácticos que constituyen la condición esencial para conseguir un nivel de vida adecuado. Asimismo, como sostiene la Relatora Especial Katerina Tomasvsky, definiciones como las arriba citadas tienen elementos comunes pero no son idénticas, las diversas categorías de los niveles y tipos de educación demuestran también de este modo la necesidad de promover el planteamiento de la educación como un derecho humano y así crear un “lenguaje común”. Véase en este sentido el Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Sra. Katarina Tomasevski, Consejo Económico y Social, ONU, 13 de enero de 1999, párr. 15.

expresamente la involucremos, la educación de jóvenes y adultos que cursan sus estudios elementales por fuera del rango de edades para los que dichos niveles están diseñados en el sistema educativo formal. De este modo, y conforme veremos en el marco del bloque federal constitucional y las leyes de educación vigentes, *la educación básica se define a nuestros efectos como el proceso de escolarización formal que abarca conjuntamente desde la primera infancia hasta la finalización de la escuela secundaria.*

Sobre esta base, aparece luego el primer desafío. ¿Cómo reconstruir una estructura del derecho a la educación básica, con un marco teórico y un contenido que lo eleven a la categoría de derecho fundamental y que produzca un impacto real y concreto en términos de realización y exigibilidad en el contexto federal de la Argentina? En la respuesta a esta pregunta, se subsume otro interrogante acaso de mayor interés. ¿Es posible encontrar una teoría bajo cuyos principios sea posible juzgar y someter a deliberación las normas y acciones (u omisiones) en materia de educación, evaluando sus consecuencias en términos de derechos fundamentales? Para responder a estos interrogantes trabajaremos en nuestra tesis sobre los siguientes temas que en esta introducción presentaremos de modo esquemático.

La tesis de la educación básica como derecho fundamental como superadora de los enfoques concurrentes

La educación en general ha sido estudiada tradicionalmente desde diversas perspectivas provenientes del campo de la política, la economía, la sociología y las ciencias de la educación, entre otras. Sin embargo, en aquellos ámbitos no abundan los trabajos que procuren un acercamiento a la *educación como derecho fundamental*, o bien éstos han presentado algunas carencias en sus análisis en relación específicamente con la educación básica y media, como un caso especial de este derecho.² A su vez, en el ámbito jurídico los trabajos vinculados con la educación o el servicio educativo, por fuera del derecho constitucional, se han referido en su mayor parte al derecho de las obligaciones y daños, la

². Así por ejemplo, esto se ve confirmado en la afirmación de Tenti Fanfani (2007: 254) quien señala: “los investigadores del campo educativo, estamos en deuda con la sociedad, en especial con la argentina. Hoy estamos educando en nuevas circunstancias con alumnos que no son los alumnos que teníamos antes. Quiero dar algunos ejemplos para señalar el vacío de conocimientos y para identificar alguna línea de investigación. [...] Los que toman decisiones de política conocen menos acerca de los alumnos, conocen menos acerca de la sociedad, conocen menos acerca de la economía [...], ahora los chicos tienen derechos. Pero sabemos poco acerca de estos cambios y sus impactos en la vida cotidiana de las escuelas, y en el sentido mismo de la experiencia escolar, tanto para alumnos como para docentes.”

responsabilidad legal (civil) de los docentes y de los establecimientos educativos. Por último existe una línea de trabajo proveniente del derecho administrativo, que aborda la concepción de la educación pero sólo en calidad de régimen de servicio público. Estas obras y trabajos presentan ciertas *debilidades* o carencias que justifican abrir un nuevo campo de investigación que considere a la educación como derecho fundamental.

En este sentido, una de las principales debilidades se encuentra vinculada con la falta de un *abordaje* de la educación como derecho fundamental, lo que puede ser visto desde al menos dos planos relacionados entre sí. Por un lado, es necesario profundizar el estudio del fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional producida a partir de la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de acuerdo con el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994. Por el otro lado, corresponde reflexionar y actualizar aquellos trabajos producidos hasta la fecha que, desde el campo del derecho u otras áreas, se hayan llevado a cabo respecto de la política educacional plasmada en leyes y casos judiciales, sus alcances y efectos, y que contemplen los múltiples acontecimientos, transformaciones y políticas de crecimiento de las que la educación en su conjunto fue protagonista en estos últimos años. En este sentido, el desarrollo legislativo producido a partir de la Ley de Educación Técnico Profesional (ley 25058), la Ley Financiamiento Educativo (ley 25075), la Ley de Educación Nacional (ley 26206), la ley de “garantía del salario docente y 180 días de clase” (ley 25864) entre otras, son ejemplos de ello. Este material normativo merece ser analizado nuevamente de cara a los contenidos y obligaciones que el Estado asume frente a la educación como derecho, y así poder evaluar de una mejor forma su cumplimiento (y las eventuales omisiones o acciones defectuosas en que incurra en la materia).

En este orden, iniciamos el *capítulo I* con una reconstrucción histórica y crítica de las bases constitucionales del derecho a la educación. En este sentido, en la primera parte se han estudiado los contenidos y alcances de las normas fundamentales de la Constitución Nacional vinculadas con la educación en tanto derecho y posteriormente en aquellos aspectos referidos a la organización institucional en los distintos niveles de gobierno (federal, nacional y local). Dicho análisis abarcó, asimismo, el estudio de las distintas reformas constitucionales en las que se han llevado a cabo cambios en materia educativa.

Posteriormente, se enriquece y completa esta base constitucional con un estudio del derecho a la educación desde la perspectiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y en especial, de aquellos que actualmente revisten jerarquía

constitucional en los términos del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Este trabajo constituye un marco de referencia de suma importancia a los efectos de dar sustancia a un concepto y contenido del derecho a la educación como derecho fundamental.

Finalmente, y con el objeto de poner a prueba la reconstrucción del alcance e interpretación del articulado constitucional en la materia, nos hemos dedicado en una última parte del capítulo a un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicha casuística será retomada luego en su mayor parte para fundamentar el desarrollo de los contenidos de las funciones del derecho a la educación en los *capítulos III y IV*.

El *capítulo II* está dedicado al estudio crítico de las principales bases legales y de las formas institucionales de gobierno de la educación en el lapso de los procesos de las políticas gubernamentales que se sucedieron durante la vigencia tanto del modelo previsto hacia fines del siglo XX por la Constitución de 1853 cuanto por el escenario que se conforma desde la década del 90' hasta la actualidad bajo la vigencia de la reforma constitucional de 1994. Sobre la base de este trabajo estudiaremos el andamiaje legal nacional del derecho a la educación, aquí claramente entendido como un derecho de organización y procedimiento (conforme veremos más adelante), que nos permitirá comprender mejor en los subsiguientes capítulos su contenido básico así como las obligaciones estatales improrrogables y progresivas que se derivan en la materia educativa.

Estos dos primeros capítulos son el producto de la indagación desarrollada en el proceso de investigación que nos permitió desarrollar las ideas centrales que constituyen el centro de esta tesis. Si bien es posible encontrar a lo largo de esos capítulos algunas novedades en el análisis, sistematización y crítica de las políticas y textos legales, tienen la función principal de introducir aquellos capítulos siguientes en los que entendemos que se encontrarán los principales hallazgos de nuestra investigación. Por otra parte, y dado que esta tesis pretende llegar a un público que excede el campo jurídico, entendemos que un recorrido de las bases constitucionales, institucionales y legales de la educación en la Argentina, tan transitadas seguramente para un especialista en derecho público pueden resultar sin embargo más difusas para un jurista, un filósofo del derecho, un pedagogo o un científico social que, aun habiéndose dedicado al estudio de la educación, se han ocupado más de los procesos políticos y sociales que han atravesado a la educación que de

la forma en que estos quedaron plasmados normativamente o de sus contextos de producción normativa.

El *capítulo III* marca el comienzo de la segunda parte de esta tesis. Sobre la base de los estudios de diagnóstico y descriptivos de los capítulos anteriores, procedemos a analizar la naturaleza y funcionalidad de la educación desde dos concepciones que se presentan en principio como inadecuadas o insuficientes desde la tesis de la educación como derecho fundamental. Estas son la educación en términos de servicio público o política pública exclusivamente, o bien, como un mero bien económico, y por ende, como servicio privado o semiprivado. Ambos análisis revelan la necesidad de buscar una concepción superadora de la educación basada en un enfoque de derechos fundamentales.

Ahora bien, proponer el derecho a la educación como derecho fundamental requiere de una tarea de análisis e interpretación que debe apoyarse en un marco teórico, en este caso una teoría filosófico-jurídica. Esta teoría debe ser explicitada a fin de poder juzgar las reglas, los principios y las consecuencias de diverso orden (jurídicas, políticas, sociales, entre otras) que surgen de su aplicación. Nuestra propuesta metodológica toma la *teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy (1986), junto con los trabajos y críticas de varios de los autores que han hecho importantes aportes respecto de ella. Entre estos, se debe tomar especialmente en cuenta para nuestra investigación los trabajos de Sieckmann (1990), Borowski (1998), Bernal Pulido (2003) y Clérico (2001, 2009) entre otros.

El mérito de la teoría de los derechos fundamentales de Alexy – junto con el desarrollo posterior de los autores citados -, es que a partir de ella puede analizarse con gran detalle la estructura del derecho constitucional a la educación y, especialmente, su contenido. Dicho contenido puede ser transformado en un *haz de reglas y principios* de diverso alcance y formas de aplicación, a través de los cuales se explicitan, organizan y sopesan los argumentos para una deliberación racional y que contribuyan a la búsqueda de una solución de conflictos entre derechos.

Mediante el desarrollo interpretativo de reglas y principios, y los modelos de resolución propuestos frente al conflicto, es posible definir con mayor precisión obligaciones concretas a cargo de los Estados (y eventualmente los particulares), ampliando y reforzando el alcance del derecho, en términos de reconocimiento, realización y exigibilidad. Estos fines son el principal propósito que nos guía a sostener una concepción de la educación como derecho fundamental.

Con este marco, en el *capítulo IV* trabajaremos el contenido del derecho a la educación como derecho humano fundamental y en especial cómo ello se traduce en las obligaciones de cumplimiento inmediato y progresivo a cargo del Estado. La metodología a seguir parte de una *clasificación de las múltiples funciones del derecho a la educación como derecho fundamental* que lo comprenda desde una faz (en cuanto al objeto del derecho) de derecho de no intervención (de defensa) y de derecho de prestación, así como en una faz (en cuanto al sujeto del derecho) que abarque la posibilidad de analizarlo, desde las perspectivas que lo conciben no sólo como un derecho individual sino además como un derecho de incidencia colectiva.

En el desarrollo concreto de cada una de estas clasificaciones, estudiaremos la multiplicidad extensa de las posiciones jurídicas existentes en el derecho a la educación y su correlato en las obligaciones de los sujetos destinatarios y responsables de su promoción, respeto y protección conforme la Constitución Nacional y el bloque constitucional federal. Este punto constituye en algún modo el núcleo central de nuestro trabajo dado que pretende reflejar, a través de un minucioso catálogo interpretativo, el supuesto más amplio de protección de la educación como derecho fundamental y *permitir la construcción de un piso básico del derecho* que pueda traducirse en su mayor exigibilidad y justiciabilidad.

El derecho a la educación en el contexto de un estado federal. ¿La tesis de la educación básica como derecho fundamental es desafiada por la organización federal del Estado?

El *capítulo V* propone la comprensión del derecho a la educación como derecho fundamental en la Argentina en el marco de la estructura federal y de la organización institucional de gobierno educativo a la que ella da lugar. Una pregunta guía esta reflexión: *¿es el federalismo “un freno o un acelerador” del reconocimiento y exigibilidad del derecho a la educación?*

Bajo una estructura federal, el cumplimiento de las obligaciones que derivan del derecho a la educación por parte de un Estado se distribuye de diverso modo entre las distintas instancias de poder; federal, nacional y locales. Para acercarse a una respuesta a la pregunta ensayada, luego de ofrecer una breve introducción al estudio de la estructura del federalismo en general y del modelo constitucional argentino en particular (junto con

el impacto del derecho constitucional internacional en el tema), debemos adentrarnos en el análisis de las competencias exclusivas y concurrentes entre los distintos niveles de gobierno en educación. Allí será necesario determinar el alcance y contenido de estas competencias, para analizar con detalle cómo ocurre su reparto y qué sucede frente a los potenciales o reales conflictos de competencia en la materia.

A tales efectos, para la reconstrucción de estas facultades y la solución de los conflictos que entre ellas se suscitan, hemos procedido a la aplicación del *examen de proporcionalidad* conforme la teoría de los derechos fundamentales. La tesis propone *verificar el carácter constructivo que puede representar el argumento federal, de poder ser éste reinterpretado como “facilitador” del cumplimiento de los derechos*. Así el federalismo permitiría a las provincias ampliar el contenido o exigibilidad del derecho a través de acciones políticas, normativas y otras medidas de diversa índole, en tanto no se afecte el piso básico federal y se proteja el derecho de un mejor modo que aquel previsto en los estándares que surgen de la competencia exclusiva de fuente federal.

La verificación de esta tesis propone asimismo *traducir los conflictos de competencia en términos exclusivos de obligaciones y sujetos obligados*, de modo de procurar en el examen la mayor realización posible del derecho y el reconocimiento del mayor supuesto de protección de las posiciones jurídicas involucradas. Atender de este modo a una posible tensión entre el derecho a la educación con otros derechos en un marco federal (y que incluye a varios obligados), permite cambiar el eje del análisis hacia el *sujeto responsable* de la vulneración del derecho y la *restricción* de éste último antes que sólo resolver una cuestión procedimental de competencia, que pueda impactar incluso negativamente en el reconocimiento del derecho a la educación.

El resultado del análisis así expuesto será contrastado con una reflexión sobre su plausibilidad, sus implicancias y efectos en el cumplimiento y alcance del derecho a la educación en el particular contexto federal argentino. Para ello comentaremos algunos fallos relevantes de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno a la competencia concurrente y, en segundo lugar, rastreamos algunos casos reales y de situaciones actualmente presentes en una muestra de provincias del país de modo que permita formularnos un diagnóstico y pronóstico más acabado sobre el punto. La conformación de la muestra para la selección de casos y de las provincias se hará conforme un muestreo teórico o intencionado, basándonos en las necesidades de información requeridas para nuestra investigación.

El *capítulo VI* de este trabajo está finalmente destinado a recoger las principales ideas expuestas a lo largo de esta investigación en un intento por sistematizarlas y ofrecer una resumida tabla de las reglas y orientaciones argumentativas aquí sostenidas. De esta manera, se ofrece un marco de conclusiones que permitirá a investigaciones posteriores reformular preguntas y desafíos pendientes y remarcar las fortalezas en la interpretación propuesta de la educación como derecho fundamental y de sus implicancias en el contexto del sistema institucional educativo argentino.

Por último, como *anexos* a este trabajo se incluye en primer lugar una breve reseña de la normativa constitucional provincial en relación con el tema. Particularmente, se procede a un análisis del contenido del derecho a la educación y sus alcances en cada una de las normas constitucionales locales, atendiendo particularmente a sus fechas de creación y últimas modificaciones, situación educativa presente en la región, entre otros puntos. Asimismo, se estudian las principales referencias que del texto constitucional local surgen en relación con el régimen federal y el alcance de su autonomía en materia de educación primaria, aspectos que han sido de gran utilidad para el análisis de esta segunda parte de la investigación. En otro anexo se incluye una transcripción detallada del articulado que en materia educativa contienen los instrumentos internacionales de derechos humanos citados. Por último, en un tercer anexo, hemos profundizado algunos aspectos analizados en el *capítulo IV* y vinculados con el desarrollo curricular que exige una educación basada en una concepción de derecho fundamental

PRIMERA PARTE

HACIA UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS EN EDUCACIÓN

CAPITULO I. Bases constitucionales de la educación básica en Argentina

El estudio de esta primera parte procura la reconstrucción del derecho a la educación a partir de su marco constitucional histórico. Esto es particularmente relevante en nuestro país dado que la educación elevó la pretensión de cumplir una función básicamente política de consolidación del Estado nacional moderno. En efecto, la escuela constituyó el espacio social privilegiado para la producción de la homogeneidad y de la legitimación requerida para el funcionamiento del propio Estado. Desde entonces dicho Estado asumió la función educativa (por eso se llamó *Estado docente*) y su aparato se fue sofisticando cada vez más en busca de la regulación de la enseñanza. Este fenómeno explica particularmente el especial hincapié con que debe atenderse a toda la estructura sobre la organización institucional educativa que perfila este rol estatal docente y la de un sistema educativo con una impronta de servicio público destinado a la conformación de un aparato burocratizado que sintetiza en la escuela su “punta de lanza” para cumplir con su responsabilidad “civilizadora” (Álvarez Gallego: 2001).

En relación con el proceso constituyente de 1853, no se pretende una lectura estrictamente histórica de los hechos que acompañaron al origen y a los procesos de reforma del constitucionalismo argentino³ sino la posibilidad de leer a través de este material, la impronta de la concepción dominante en educación – con especial énfasis en los niveles de interés de estudio, primario y secundario – durante el período histórico comprendido entre la sanción de la Constitución y el proceso de conformación del Estado nacional. Comprender este trasfondo y el lugar desde los cuales tradicionalmente se ha interpelado el derecho a la educación en la Argentina es el primer paso para defender una de las primeras hipótesis de nuestro trabajo. *Esta supone que la posición constitucional clásica, basada mayormente en la noción de servicio público, si bien ocupó un lugar de privilegio en su época, ya no resulta sostenible en el marco del derecho constitucional contemporáneo e internacionalizado. Mantener hoy esa interpretación puede obturar o dificultar la concepción plena de la educación como derecho fundamental.*

³. En esta línea, podemos remitirnos a la bibliografía específica que ha sido sumamente extensa y rigurosa. Véase en este sentido, Botana, N. (1985); Bravo, H.F. (1988); Oszlack, O. (1987); Botana, N. R y Gallo, E. (1997); entre otros.

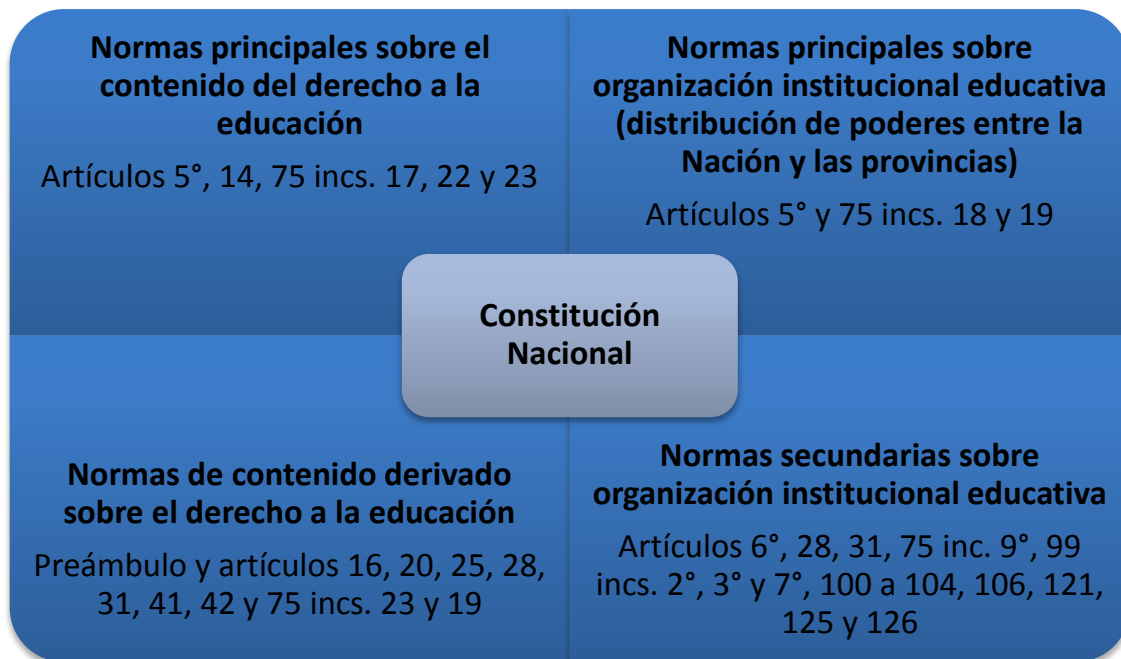
En este análisis no profundizaremos en el contexto de la reforma de 1949, aunque dejaremos un espacio suficiente de reflexión para dar cuenta de su impacto en el marco de los derechos sociales y en el derecho a la educación en particular, y sus implicancias para nuestro trabajo.

Finalmente, a los efectos de estudiar el cambio de concepción propuesto en educación desde las bases constitucionales en la actualidad, *se impone analizar seguidamente el marco de la reforma constitucional de 1994 y sus cláusulas modificadas. Desde allí, verificaremos la magnitud de los cambios propuestos en educación desde este nivel normativo, así como el impacto que sobre ello ha tenido el contexto de derechos humanos en el nivel regional e internacional y el producto de sus normas internacionales.* Esperamos, en esta parte, realizar un diagnóstico acabado de las bases constitucionales modernas del derecho a la educación en la Argentina, a cuya interpretación nos dedicaremos en los capítulos subsiguientes.

1. La educación en la Constitución Nacional y sus alcances

El análisis de las principales normas en educación en la Constitución Nacional puede partir de la tradicional clasificación de Bravo (1988), esquematizada sobre una figura triangular, con conexiones diversas, entre los vértices que aparecen dados por los artículos 5°, 14 y el ex 67 inc. 16 (actual 75 inc. 18). Dicho autor sostenía que las disposiciones constitucionales atinentes explícita o implícitamente a la materia admiten ser clasificadas de diversos modos. Puede atenderse a tales efectos a un criterio jerárquico (en función del peso que el contenido de dicha cláusula constitucional posea para el tema educativo), o a un criterio funcional (según qué aspecto de la educación se regule), o bien a partir de los principios que ellos involucren y sean aplicables al derecho a la educación (así por ejemplo, respecto al principio de no discriminación tendríamos a los artículos 16, 75 inc. 19 entre otros). Sobre la base de la clasificación antedicha (transcribiendo la numeración del articulado actual en la Constitución) y añadiendo los aditamentos producidos por la reforma constitucional de 1994, podría redibujarse un nuevo esquema (rectangular) y enumerarse las siguientes cláusulas constitucionales involucradas:

Gráfico N° 1. Bases constitucionales en educación



Fuente: Bravo (1988) y elaboración propia

No importa, en especial a partir de la reforma constitucional de 1994, en qué parte de la Carta Fundamental se ubiquen las normas atinentes a la educación. Como en lo dispuesto en el artículo 75 inc. 19, que pese a tratarse de las competencias del Congreso Nacional observamos en ellas un importante caudal de prescripciones vinculado con el contenido del derecho a la educación. Lo mismo sucede con lo dispuesto en el artículo 75 inc. 22, en tanto abre las puertas al contenido del derecho a la educación en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El análisis pionero de Bravo ha sido una fuente tradicional en el estudio de las bases constitucionales de la educación. Su clasificación debe ser hoy tomada tan solo como una guía, puesto que no resulta del todo acorde con los parámetros del constitucionalismo internacionalizado que ha expandido con creces las dimensiones normativas previstas en el texto liberal clásico de la Constitución histórica. A la luz de la propuesta formulada en nuestra introducción, se impone avanzar en un desarrollo más exhaustivo de las bases constitucionales y que busque ser más congruentemente con la tesis de la educación como derecho fundamental.

2. La educación en la Constitución de 1853

Las referencias en materia de educación en la Constitución histórica pueden ser comprendidas desde un doble aspecto. Por un lado encontraremos aquellas menciones a la educación que se enmarcan en el preámbulo y su parte dogmática, y luego aquellas que se vinculan con la organización institucional del gobierno de la educación, por el otro. Sin embargo, ambos están unidos por un perfil común en relación con un modelo de “Estado docente” que tienden a instaurar y fortalecer.

2.1 Educación en el preámbulo

La Constitución Nacional comienza con una declaración formal solemne que la motiva. El valor jurídico de su preámbulo, aunque ha sido un tema controvertido,⁴ es en nuestro tiempo indiscutible, habida cuenta de su cita continua tanto por la legislación cuanto por la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como un breve prólogo, el preámbulo contiene principalmente dos objetivos claros. El primero de ellos apunta a explicitar el fundamento de la legitimidad del nuevo orden constitucional que se sanciona. Se trata del acta de establecimiento de la Constitución y, como tal, el acto de creación del orden constitucional argentino (Quiroga Lavié, 1997). Joaquín V. González aludía a este propósito argumentando que el preámbulo explica “en gran síntesis, en concordancia con todo su cuerpo de reglas, el origen de la Constitución, la soberanía una y múltiple que ejercieron sus autores, sus objetivos positivos y reales, y el espíritu patriótico y humanitario que anima todo su organismo” (1971: 718). El segundo de los objetivos, refiere a la mención de los motivos del legislador constituyente, como un criterio de interpretación. En este mismo sentido, expresaba Sánchez Viamonte (1959)

⁴. Sin interés en desarrollar el contexto histórico de su origen, su redacción por parte del constituyente del 53^o se apartó en este caso de aquél esbozado por Alberdi; siguiendo más bien como fuente principal su equivalente en la constitución norteamericana, aunque adaptado a la realidad de nuestro país (Sarmiento: 1853; Quiroga Lavié, 1997: 8). Mientras que el proyecto de Alberdi era más concreto y práctico, los redactores Gorostiaga y Gutiérrez fijaron en él fines mucho más genéricos. Es así como Sarmiento concluye que el preámbulo es el resumen de todo el contenido de la Constitución, puesto para asegurar y fijar la inteligencia e interpretación de sus disposiciones, que si bien son partes de aquélla, operan como fines que determinaron su adopción. Particularmente expresa “el preámbulo de las constituciones políticas es el resumen digámoslo así, de todas sus disposiciones, el objeto que éstas se proponen asegurar, y como una tesis, que todos los párrafos siguientes vienen a comprobar. Todas las constituciones escritas y emanadas de sus legisladores, llevan esta introducción. [...] El preámbulo de las Constituciones es, pues, no solo parte de la ley fundamental, sino también *la pauta, y la piedra de toque para la resolución de los casos dudosos, conformando su interpretación y práctica con los fines para que fueron adoptadas las subsiguientes disposiciones, y el espíritu que prevaleció en su adopción*” (Sarmiento, 1853: 8). La bastardilla es nuestra.

que el preámbulo incluye elementos de primordial importancia para la formación del criterio interpretativo de muchas cláusulas constitucionales, cuyo espíritu se identifica con los propósitos allí enunciados. Esta segunda finalidad termina confiriéndole al preámbulo un peso de interés como norma operativa para la resolución de conflictos y lagunas interpretativas.

El preámbulo establece los grandes fines a los que apunta la Constitución. Así, junto a aquel vinculado con una voluntad política de “constituir la unión nacional”, aparece un programa valorativo, cuya realización dependerá del cumplimiento de la propia Constitución, desarrollando sus principios. Estos enunciados son de carácter general y su alcance quedará establecido tanto por el contenido que las políticas públicas definidas por el Congreso nacional le asignen, cuanto por la interpretación judicial (Gelli, 2005:4), principalmente como dijéramos, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Dentro de ellos, adquiere una entidad especial para nuestro tema el referido a “la promoción del bienestar general”, que es como sostuvo la Corte en el fallo “Quinteros” el bien común de la filosofía jurídica clásica.⁵ Se trata de un objetivo que en definitiva da su razón de ser al Estado, ya que la finalidad última de éste constituye la obtención del bien común. De alguna manera, este objetivo puede llevarse a cabo en gran parte a través del derecho a la educación en los términos de las principales disposiciones constitucionales ya citadas. También le corresponde a la educación una importante cuota en la contribución del logro de otros fines tales como “constituir la unión nacional” “afianzar la justicia” y “consolidar la paz interior”. En particular si ello es analizado desde una interpretación más dinámica que histórica, y por supuesto desde un lugar más importante en el “asegurar los beneficios de la libertad”, en el reconocimiento del principio de autonomía personal y la protección del espacio de libertad frente al poder (libertad de enseñanza, de expresión, entre otras).

2.2 El Estado “docente”: el contenido histórico del derecho a la educación y la “libertad de enseñar y aprender”

Ya en el análisis de la parte dogmática de la Constitución Nacional, la principal referencia que debemos señalar en oportunidad de comentar sus artículos históricos en la materia (y sin perjuicio de la interpretación dinámica que de ellos hoy hagamos), debe

⁵. CSJN, “Quinteros” (1937), Fallos 179:113. V. considerando 4°.

quedar enmarcada por el modelo de organización constitucional al cual la Constitución de 1853 ha respondido. En este sentido, puede afirmarse que la Constitución histórica se apoya fundamentalmente en una *concepción individualista o liberal burgués elitista* (Gargarella y Courtis, 2009), que presupone tanto una cierta concepción de los derechos que consagra como de la estructura básica de sociedad deseada.

El modelo liberal proponía una lista o catálogo reducido de derechos destinados a defender ciertos intereses esencialmente individuales y básicos frente al Estado (tradicionalmente “derechos civiles y políticos” tales como la propiedad, la libertad de contratar, de ejercer toda industria lícita, la libre expresión, la libertad de cultos entre otros). En concordancia con el liberalismo económico, defendía la necesidad de que el Estado debía ser ante todo respetuoso de los derechos de las personas y sus convicciones, absteniéndose de intervenir fundamentalmente en áreas como la economía, las que debía dejar libradas al libre juego de la oferta y la demanda y a los acuerdos producto de la autonomía de la voluntad entre los particulares. La idea de un Estado “mínimo” o “gendarme” (Bobbio: 2006: 172), limitado en sus funciones, se complementaba con una organización de poder caracterizada por el sistema de “frenos y contrapesos” de división de poderes, a fin de evitar los excesos y concentraciones de poder.

En este orden, puede señalarse que una de las más importantes cláusulas constitucionales en educación que figuraban en el texto originario de 1853 se encuentra prevista en el *artículo 14* en cuanto expresa que todos los habitantes de la Nación gozan, entre otros derechos, del “de enseñar y aprender [...] conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio”. Bajo el paradigma del constitucionalismo clásico, la norma hacía referencia a la existencia de una “*libertad*” de enseñar y aprender antes bien que a un “derecho”, puesto que este reconocimiento constitucional constituía ante todo la liberación de las trabas impuestas a su ejercicio por parte del Estado o el poder político.

Sin embargo, más allá de los modelos marcados en los párrafos precedentes, *desde sus inicios para el caso argentino la educación fue algo más que un derecho de no intervención o de “prestación negativa”*. La gratuidad de los estudios primarios desde el comienzo del sistema educativo, sumado a la existencia e importancia de los diversos planes de acción desarrollados por los principales estadistas de aquella época, demuestran que para llevar adelante el proyecto político de la Nación, había una profunda consideración hacia los medios, recursos y demás modos de atender al sostenimiento y funcionamiento del servicio educativo público. Así pues, el derecho a la educación desde su conformación en

nuestro país, ha implicado un compromiso mayor por parte del Estado argentino que aquel propuesto por el tradicional “Estado gendarme” del liberalismo.

Desde los primeros gobiernos nacionales existió una fuerte preferencia por la imposición de un modelo educativo que tendiera a dar la mayor cantidad de control posible al Estado, pero reconociendo (teóricamente) el valor de la iniciativa privada (Tedesco, 1986: 93). El mayor interés del Estado en la educación se debía fundamentalmente a su carácter de herramienta básica para el “adoctrinamiento” de los sectores populares.⁶ Durante la última parte del siglo XIX el Estado argentino dejó traslucir la fuerte influencia de los intelectuales de la generación de 1837 tales como Alberdi y Sarmiento, quienes habían asimilado una variedad conservadora del liberalismo, proveniente de la Francia de la época de la revolución de 1830 y donde el componente liberal de sus puntos de vista residía en su énfasis en las libertades personales. En este sentido, para la formación del Estado nacional también se recurrió a la educación, la que formó parte, en términos de Oszlack (1997: 150) de la “penetración ideológica”, que junto con la cooptación y las diversas formas de penetración material del Estado nacional, consistió en la creciente capacidad de creación y difusión de valores, conocimientos y símbolos reforzadores de sentimientos de nacionalidad que tenían por fin legitimar y contribuir a crear la base consensual sobre la cual podía construirse un sistema de dominación.

Así, al constituir la educación un vehículo de privilegio en el marco de dicha estrategia de penetración, *los grupos dirigentes asignaron a la educación más una función mayormente política que económica* (Tedesco, 1986: 37). Con este espíritu centralizador de parte del gobierno nacional en educación, las primeras leyes como la ley 1420 ofrecerían un marco propicio para llevar adelante un ambicioso programa de educación patriótica y poner al Estado educativo al servicio de la transmisión de dichos valores. Esto abona así la idea del rol del Estado como un “Estado docente”, el que se aprecia con

⁶ Como sintetiza Álvarez Gallego: “El pensamiento práctico y la lógica formal debían reemplazar las mentalidades y las cosmogonías de las comunidades “tradicionales”. La lectura y la escritura, la aritmética y la ideología patriótica, eran los baluartes con los que la escuela debía emprender la cruzada civilizadora que allanaría el camino del progreso. Sus rituales más representativos: el orden, la disciplina, el pizarrón, el salón de clase dividiendo a los niños por edad y/o por género, el pasar lista, el reglamento, las filas, las lecciones, los ejercicios físicos, los textos o manuales, la memorización, el uniforme, los exámenes, entre otros, eran símbolos de este nuevo orden modernizador. La escuela fue en ese momento [...] la expresión más clara de aquel orden emergente, el aparato más exitoso [...] para expandir con rapidez a todos los rincones el conocimiento y la moral que requería la modernidad” (Álvarez Gallego: 2001: 40). A esto mismo alude Braslavsky (1985) cuando refiere al proceso de “estatización” de la educación popular.

claridad desde la segunda mitad del siglo XIX. Bien como consecuencia de un militante laicismo que apuntaba a lograr la independencia de la educación de todo resabio eclesiástico - tal era el caso de los legisladores de aquella época: Wilde, Leguizamón, Cambaceres y otros - (conf. Martínez Paz, 1979: 84), bien por imperio de la necesidad política de asegurar la formación de una elite gobernante continuadora del ideario imperante (conf. Escudé, 1975: 39), lo cierto es que quienes lograron imponer su concepción en tiempos que se construyeron las bases de la educación adherían sin matices a la tesis de que el Estado debía hacerse cargo de su función educadora, y por tanto, dirigir, controlar y supervisar la educación sin perjuicio de las libertades de enseñar y aprender dispuestas en el artículo 14 de la Constitución.⁷ En efecto, no estaba en cuestión la posibilidad de organizar establecimientos educativos no estatales, sino precisar su grado de independencia frente al Estado en punto a los planes de enseñanza, contenidos y fundamentalmente, validez de sus certificados y títulos. *La tesis del "Estado docente" (en su versión liberal local) aspiró a la pretensión de asegurarle a éste la dirección monopólica del sistema educativo nacional, como se hizo evidente durante los debates de las leyes 934 y 1420.*

En este contexto cabe preguntarse acerca de la interpretación de las libertades del artículo 14. Históricamente el precepto enunciado significaba literalmente la facultad de todo habitante para impartir enseñanza y recibirla de quien quiera y donde quiera. En este sentido, el artículo 14 autoriza de este modo a cualquiera a transmitir y divulgar doctrinas y conocimientos (como acción de "enseñar") y también a cualquiera a recibirlos ("aprender"). Prevé así una libertad de enseñanza, en tanto implica libertad y pluralismo de cátedra y transmisión y difusión de conocimientos, ideas y creencias, y una libertad de aprender, que implica a su vez no ser obligado a recibir una enseñanza determinada. Sin embargo, desde que es el Estado quien controla todo el sistema educativo formal, cualquier enseñanza particular que pretenda obtener una validación oficial queda sujeta a la supervisión de éste y a la sujeción de los contenidos que éste también fije para la escuela

⁷. En paralelo a la asunción de la función educadora, el Estado se constituyó en el principal empleador de numerosos docentes de quienes se hizo cargo de su formación, reivindicando para sí de este modo el monopolio de la inculcación de un "fondo común de verdades" a todos los ciudadanos. Se desarrolló entonces un proceso de institucionalización y centralización creciente de la actividad sistemática de educar, que procuraba conformar un cuerpo de agentes homogéneos. A partir de allí, estos agentes fueron producidos por procedimientos e instituciones especiales como las escuelas normales. Cfr. Birgin, 1999: 21)

pública. Sin duda, esto último habilita un plano de tensiones de difícil resolución, y que veremos a continuación en algunos supuestos concretos.⁸

El hecho que históricamente se pusiera mayor acento en el derecho de enseñar antes que aprender estaba vinculado con el derecho individual traducido (mayormente) en el ejercicio de una profesión u oficio, es decir, en el *derecho de trabajar* (y “ejercer toda industria lícita”).⁹ Pero también el derecho de enseñar se vinculaba con la libertad de pensamiento y expresión y otras libertades. En tal sentido, se ha reconocido como parte del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión, la libertad de manifestar las convicciones o creencias, sean estas religiosas o filosóficas, a través de la enseñanza, beneficio especialmente acordado tanto a nacionales cuanto extranjeros a través del artículo 20 de la Constitución (González J.V., 1971: 177). Para la época de la sanción de la Constitución, resultaba comprensible que los constituyentes de 1853 no hubieran sostenido el concepto de un derecho a aprender ahora imperante, con una primacía sobre el derecho de enseñar, inclinándose por tanto por una mayor preocupación sobre la libertad docente y en el valor individual de esta libertad. (Bravo, 1988: 41).

Un punto importante resulta en ese contexto la reafirmación de los derechos previstos en el artículo 14 hacia los extranjeros que residen en el país al expresar que éstos “gozan de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer [...] su profesión [...] ejercer libremente su culto” (artículo 20), amparando también a aquellos que tengan por objeto “*introducir y enseñar las ciencias y las artes*” (artículo 25). Ambos artículos configuran junto con el preámbulo, el perfil de la política inmigratoria diseñada por Alberdi (1998). A la igualdad implícita que surge de la enunciación de los derechos reconocidos a los habitantes en el artículo 14 (más allá de las razonables reglamentaciones) se suma también la invitación prevista en el preámbulo que contiene un proyecto público de

⁸. Véase en este sentido a título ejemplificativo, el apartado 3.3.1 en el capítulo IV.

⁹. Sánchez Viamonte (1959: 156) expresó en este sentido que el derecho de enseñar, invocado generalmente por los defensores de la denominada libertad de enseñanza, es un derecho accesorio, un medio para el ejercicio del otro derecho, al cual necesariamente está subordinado. El derecho de aprender, en cambio, es un derecho esencial, dirigido a la satisfacción inmediata y consistente en la educación del individuo. En palabras del autor: “el derecho de aprender consiste en el derecho de la personalidad a su pleno desarrollo por medio de la educación; a la adquisición de todos los conocimientos científicos que corresponden a la época en que se vive y al desarrollo de las aptitudes vocacionales para lograr de cada individuo el máximo de rendimiento posible en beneficio de la sociedad”.

bienestar general con el aporte de la inmigración y sus beneficios para el territorio, entre otros el de la enseñanza y la difusión de ideas y conocimientos.¹⁰

Finalmente, otro punto relevante en relación con este artículo es lo vinculado con la reglamentación del derecho a la educación. De acuerdo con el artículo 14, el derecho de enseñar y aprender se ejerce “conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio”. En efecto, en orden a los derechos personales, la reglamentación de los derechos contenidos en la Constitución federal queda en manos del Congreso de la Nación. Dicha atribución forma parte del ejercicio del poder de policía del Estado federal, en tanto los derechos pueden ser limitados o restringidos, a condición de que la limitación o restricción resulte razonable. El ejercicio de esta competencia también fue una herramienta de importancia acorde con el rol protagónico y docente que tomó el gobierno nacional para la conformación del sistema educativo de acuerdo con su proyecto político.¹¹

2.3 Educación, religión y libertad religiosa

El modelo de “Estado docente” no sólo influyó en los temas vinculados con la configuración y dirección del sistema educativo nacional sino también fuertemente en su contenido y/o currículo. Esto último obliga a citar algunas cuestiones previas sobre la

¹⁰. La importancia especial del artículo 20 de la CN, parte por establecer un criterio de igualdad material, el de la nacionalidad, lo que impide en principio utilizar la pauta de la nacionalidad para diferenciar categorías legales o administrativas (Gelli, 2005: 284). De este modo, la condición de extranjero no puede autorizar un trato discriminatorio en ningún supuesto, puesto que toda distinción entre ambos se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad, de forma tal que aquel que sostenga la legitimidad de dicha distinción, debe acreditar la existencia de un “interés estatal urgente”. Este mismo razonamiento fue sostenido por la Corte en el caso “Repetto” (Fallos 311: 2272), que analizaremos más adelante, al igual que el examen de escrutinio estricto aplicado.

¹¹. Para la época, este marco de ejercicio del poder de policía del Estado se encontraba fuertemente limitado en un todo acorde con la versión del Estado no interventor que exigía el constitucionalismo liberal imperante y la posición del Estado para con el individuo. Por este motivo, la intervención se ceñía a una concepción del poder de policía “restringido”, limitado a establecer restricciones a los derechos individuales con la finalidad de salvaguardar la seguridad, salubridad y moralidad pública. Sin embargo, en materia educativa, vuelve a hallarse una excepción. Desde que la concepción clásica justificaba la intervención sólo en la medida en que la acción estatal fuera negativa (esto es establecer prohibiciones y restricciones – Gordillo, 2009) en educación desde sus inicios se establecieron obligaciones positivas a cargo del Estado mismo (como lo fueron la gratuidad, la construcción de escuelas, la dotación del plantel docente, entre otros). Este ejercicio por parte del Poder Legislativo nacional de su poder de reglamentación no invalida aquel otro que poseen las provincias en el marco de sus territorios, dada la concurrencia en el tema educativo, en la extensión y bajo las condiciones que veremos más adelante (capítulo V).

injerencia de la religión en la educación en dicho contexto histórico, sin perjuicio del mayor análisis que realicemos en profundidad en otros puntos de este trabajo.¹²

En efecto, un punto de conexión entre la educación y la religión ha estado dado desde los inicios de la conformación del sistema educativo por los fuertes intereses que tradicionalmente la Iglesia (católica) tuvo en el tema. La Iglesia católica otorga una gran significación al derecho de enseñar; baste citar la encíclica *Divini Illius Magistri* como prueba de ello. Hacia los comienzos de la constitución del sistema educativo, uno de los problemas de mayor resonancia lo constituyó justamente el conflicto con la Iglesia católica y la enseñanza religiosa. Señala Bravo que esta tensión suponía plantear nuevamente el problema del Estado docente, o sea, “cuestionar si el Estado tenía o no el deber y la atribución de crear, organizar, dirigir y sostener un servicio educativo adecuado a las necesidades e intereses de todos los habitantes, controvirtiendo también el carácter (principal o supletorio) de la pertinente intervención ” (Bravo, 1988: 45).

La discusión en torno a este punto fue objeto de arduos debates. Uno de ellos tuvo lugar en oportunidad de la Convención Constituyente en 1853 donde se habían rechazado las posiciones católicas que tendían a lograr la sanción con jerarquía constitucional de la religión católica como religión del Estado. Un nuevo intento fue rechazado en oportunidad de la Convención de 1860. Allí quedó redactado el artículo 2° en cuanto limita la relación entre la Iglesia católica y el Estado, en lo fundamental, al “sostenimiento” del culto católico solamente.¹³ Establecida la libertad de cultos también a nivel constitucional, se intentó eliminar la vigencia del catolicismo en las escuelas públicas, cuestión que se impuso formalmente con la sanción de la ley 1420 en el año 1884. Sin perjuicio del análisis posterior que de la norma hagamos más adelante, conviene desde ahora destacar que dicha ley sentó las bases de la educación argentina permitiendo su organización en el nivel primario en particular bajo la órbita del Consejo Nacional de Educación. En lo que concierne al punto que estamos analizando, la ley garantizó la educación primaria obligatoria, gratuita, gradual (artículo 2°), mixta (artículo 10°) y establecía un plan de

¹². Nos remitimos al capítulo II, numeral 2.1.2 y subsiguientes (sobre el contexto y contenido de la ley 1420) y al capítulo IV, numeral 3.3 (sobre el contenido de la educación pública laica y sus implicancias).

¹³. Sobre un análisis en relación con el artículo 2° de la Constitución Nacional y sus implicancias, pueden verse los trabajos de Levaggi, A. (2000) y Bidart Campos, G. (1985), entre otros.

estudios mínimo común (artículo 6°), afirmándose el carácter laico de la educación pública al no permitir la enseñanza religiosa católica en el horario de clase.¹⁴

El debate que ocurrió en el marco de la sanción de la ley también demostró que la laicidad de la escuela pública lejos de violar el principio de la libertad conciencia y de cada individuo de profesar libremente su culto (garantías reconocidas también en el texto constitucional a través de los artículos 19 y 14 respectivamente),¹⁵ los reforzaba y garantizaba. La escuela no sería un ámbito para la educación de un *doxa* determinado e inmutable (como el que sostiene la Iglesia católica) sino para brindar conocimientos, ciencia y contenidos fundamentales vinculados con la formación del ciudadano que se adecuara al proyecto político imperante de aquella época. Como señalara el diputado Gallo en aquel debate, “de aquí dimana la teoría del Estado docente [...] la misión del Estado, por lo mismo que es una misión supletoria, sólo alcanza allí donde llegan las verdaderas necesidades del mismo Estado. La verdadera necesidad, el fin primordial del Estado, es formar ciudadanos que sean capaces de continuar la obra de civilización en que están empeñadas todas las sociedades humanas; [...] para hacer ciudadanos civilizados y libres, no hay necesidad de hacer la enseñanza especial del dogma revelado”.¹⁶ Así el sistema educativo adoptó en esta instancia su *carácter laico*, y evitó de esta forma incidir por medio de los contenidos y el currículo, en la formación religiosa de los niños. La escuela no cumpliría función alguna en el ámbito ideológico-religioso, en el que se declaraba neutral y prescindente.

2.4 El sistema educativo mixto y la libertad de enseñanza

Aunque quedaba claro que sería el “Estado docente” quien debía hacerse cargo de su función educadora, y por tanto, dirigir y controlar la educación, desde los orígenes del

¹⁴. En efecto, el artículo 8° de la ley 1420 disponía que “la enseñanza religiosa sólo podrá ser dada en las escuelas públicas por los ministros autorizados de los diferentes cultos, a los niños de su respectiva comunión, y antes o después de las horas de clase”.

¹⁵. Formularemos un mayor desarrollo sobre los contenidos de la libertad de conciencia y de cultos y sus implicancias en materia educativa actuales en el capítulo IV, numeral 3.3.

¹⁶. La cuestión de la “instrucción religiosa” ocupó casi totalmente el marco del debate parlamentario del proyecto de ley de educación común. En él son numerosos los argumentos dados por los distintos legisladores de ambas cámaras en relación con el tema. En el contexto de aquel debate sorprenden ampliamente los argumentos constitucionales que, en torno a la defensa de la libertad de cultos, se formularon a los fines de sostener una educación laica. Particularmente merecen destacarse en tal sentido, además de los comentarios de Gallo arriba reproducidos, las intervenciones de los legisladores Lagos García y Civil, entre otros. Dicho debate puede verse: Weinberg, Gregorio (1984): *Debate Parlamentario: Ley 1420*, tomos 1 y 2, Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.

sistema educativo en nuestro país se mantuvo la posibilidad de organizar establecimientos educativos privados no estatales, si bien limitados en su independencia respecto a los planes de enseñanza, contenidos y fundamentalmente, validez de sus certificados y títulos; todo sobre lo cual, el Estado ejercía habilitación y supervisión.

De este modo, la enunciación prevista en nuestro texto constitucional habilitó un sistema educativo mixto, donde los particulares, además del Estado, pueden llevar a cabo la tarea de educar; es decir, ni enseñanza oficial exclusiva ni enseñanza privada con relegamiento de la acción directa del Estado. En este sentido, Joaquín V. González explicaba en relación con la libertad de enseñanza: “no solamente es un derecho a enseñar, sino también un derecho de exigir esa enseñanza de parte de la sociedad y del Estado. El primero da origen a las escuelas privadas o particulares, y a la instrucción privada; el segundo a las escuelas y a la instrucción pública. De esta dualidad del problema nacen dos órdenes de ideas correlativas, el que deduce el régimen exclusivo de la enseñanza particular, y el que estableciese un monopolio del Estado. La primera sería siempre desordenada, divergente y sin vínculo de relación con la vida nacional, insuficiente, incompleta; la segunda tendría el peligro de inmovilizar la sociedad por la restricción de las libres tendencias del espíritu dirigida por los caminos exclusivos y estrechos, o de hacerlo servir como instrumento de la tiranía. Por lo tanto, un régimen que concilie los extremos, sería la verdadera expresión 1° de la libertad individual de enseñar y aprender; 2° del derecho y la necesidad del Estado, de educar e instruir al pueblo para los fines supremos de la Constitución. Este es el que hemos acepado hoy todos los pueblos civilizados” (González J.V., 1971: 176).

La libertad de enseñanza consagrada implicó la posibilidad del individuo de optar por un tipo de educación, la de los padres a que sus hijos reciban la formación que deseen - por su orientación espiritual e ideológica -, y la de optar por un establecimiento determinado, distinto a la escuela pública, dado el reconocimiento de esa enseñanza privada por parte del Estado en la medida que ella cumpla con las reglamentaciones razonables que este último establezca en calidad de coordinador del sistema educativo formal.

Hasta aquí, hemos revisado sucintamente cómo ha sido comprendida la materia educativa desde su inclusión en la parte dogmática en la Constitución histórica. Un denominador común presente en todos los apartados ya citados, estaría dado por el papel preponderante que tuvo el rol del Estado docente. Ello puede ser mejor comprendido aún si pasamos a analizar la organización institucional del Estado nacional que habilitó el

diseño y la implementación de las políticas públicas educativas que dieron origen e impulso a la conformación del sistema educativo nacional.

2.5 La organización institucional de la educación nacional en la Constitución histórica

La Constitución histórica se destaca en gran parte por la fuerte intervención del Estado que prevé en materia de educación, en el entendimiento de que la participación de este actor es una condición inexcusable para el pleno desarrollo de la educación del pueblo como parte del proyecto político constitucional. Tal responsabilidad está vinculada con el modelo hegemónico con el que se dio impulso al sistema educativo en la Argentina y que comprometía tanto al nivel nacional como provincial en la previsión de una estructura institucional y burocrática que soportase la asunción de la educación como servicio público a tales fines.

En el nivel federal, esa misma responsabilidad, a su vez, no sólo se descarga en la tarea del establecimiento de normas referentes a la orientación, organización, dirección, supervisión y estímulo de la enseñanza, sino también en la realización de obras escolares que den lugar a la política de prosperidad prevista en el texto legal. El actual artículo 75 inc. 18 (ex 67 inc. 16) es tradicionalmente conocido como la “*cláusula de la prosperidad*” y en él se puntualiza una serie concreta de políticas de fomento, o de desarrollo del país, meramente enunciativa.¹⁷ El análisis de este artículo lo dividiremos en tres partes. Tomaremos en primer lugar el desarrollo histórico de su redacción y contenido en la materia educativa. Luego, en este mismo capítulo analizaremos más adelante las incorporaciones ocurridas en el contexto de la última reforma constitucional de 1994. Finalmente dejaremos para el *capítulo V* el estudio de la distribución de competencias que en materia educativa se desprenden entre el Estado nacional y las provincias conforme esta norma.

La cláusula de la prosperidad no figura en la Constitución de los Estados Unidos. Su fuente fue el proyecto de Alberdi con algunas modificaciones introducidas por la Comisión Redactora en 1853. Se trata de un precepto altamente controvertido en especial en relación con el alcance de algunos de los términos allí contenidos y con su técnica de

¹⁷. V. CSJN, “Ferrocaril Sud c. Municipalidad de Juárez” (1939), Fallos 183: 190.

redacción. Ambos puntos han sido extensamente trabajados por Bravo (1988: 49), entre otros autores, por lo que corresponde tomarlo como referencia.¹⁸

Son dos cuestiones vinculadas con el alcance de algunas de las frases utilizadas en el artículo las relevantes a nuestros efectos. En este sentido, el debate cobró vida en primer lugar respecto de qué significaba “*instrucción general*”. Las fuentes históricas no contribuyen a comprender la concepción del artículo y a resolver el punto puesto que las actas del Congreso General Constituyente nada comentan al respecto. Alberdi no tenía prevista la planificación nacional de la instrucción general y universitaria, indicando de ese modo, que debían ser los pueblos del interior los que desarrollaran su cultura por sí mismos: cuestión sustancial para el desarrollo de todo el cuerpo de la Nación, y no solamente su cabeza (Quiroga Lavié, 1997: 415). Y en cuanto a los distintos tratadistas y juristas que se han expresado al respecto, han estado lejos de alcanzar un acuerdo dando lugar a la formación de al menos tres criterios interpretativos distintos. Así, algunos como José M. Estrada y Amancio Alcorta han entendido que por planes de instrucción no podía entenderse otra cosa que planes de instrucción primaria. En verdad, estos sostienen que la instrucción general contemplada por la Constitución era la primaria, y que la instrucción universitaria comprendía la secundaria y superior. Los sostenedores de esta posición restringida advierten que al tiempo de sancionarse la Constitución, solamente la educación primaria era considerada común, es decir, para la generalidad de los habitantes y que la universitaria (aunque no de un modo exclusivo) comprendía la secundaria o preparatoria, con un carácter mucho más elitista. El segundo, que responde a una posición más intermedia, es el criterio seguido por otros autores como González Calderón para quien el término de instrucción general significaba instrucción secundaria ya que los planes de instrucción que el inciso 16 del artículo 67 encomendaba dictar al Congreso eran únicamente los que conciernen a la instrucción general y a la universitaria, dejando a las provincias hacerlo respecto de los que atañen a la educación primaria. Este criterio tendría el mérito de ser, en función de los antecedentes normativos de aquel entonces, el que

¹⁸. Sostiene Bravo en su obra, que la controversia suscitada alrededor de este artículo supone además el planteamiento de un problema de técnica jurídica, en tanto “llama la atención cómo se pueden dictar planes de instrucción por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulos”. La explicación proviene del hecho de que el proyecto de Alberdi (fuente inmediata del inciso) no incluía referencia alguna a los planes de instrucción sino que esto es un agregado proveniente de las constituciones de 1819 (“planes uniformes de educación pública”) y de 1826 (“planes generales de educación pública”) y de la constitución chilena de 1833 (“plan general de educación nacional”) y finalmente introducido por los constituyentes de 1853 sin reajustar la redacción del inciso. Véase Bravo, Héctor (1988): *Bases constitucionales de la educación argentina*, Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, en especial, págs. 50 y ss.

mejor respetaría la voluntad presunta del legislador constituyente.¹⁹ Finalmente la posición representada por los juristas Rodolfo y Horacio Rivarola, sostiene que la instrucción general importaba tanto la educación primaria cuanto la secundaria, juntamente; al comprender toda aquella que no tenga por fin dar una carrera universitaria. Es esta última la que toma Bravo en su obra al señalar que sólo así se entendería que el Congreso podría proveer enteramente al “adelanto y bienestar de todas las provincias” y en particular “al progreso de la ilustración”. Esta tesis ha sido sostenida por varios juristas modernos tales como Frías (1976) y Sánchez Viamonte (1959) quien expresó que “la Constitución ha querido entregar al Congreso la atribución de orientar y organizar técnicamente, de un modo uniforme para todo el país, la enseñanza en todos sus grados: primaria, secundario y superior”. Bidart Campos (1997: 748) por su parte señaló que aquella terminología englobaba “el lineamiento y la estructura de la educación en todos los niveles y ciclos, para la enseñanza en jurisdicción federal y provincial, y para la enseñanza privada (no estatal)”. Esta última postura parece ser la que prevalece hasta la actualidad como veremos en el apartado sobre el desarrollo legislativo en el *capítulo II*.

Finalmente, un último problema que presentaba dicho artículo se relacionaba con el significado del término “*planes*”. En este sentido, Luqui (1968: 24) comenta respecto de la “orientación política” que el Estado debía imprimir a los planes de instrucción que se sigan

¹⁹. Señala González Calderón en su obra (ob. cit.: 181) que los constituyentes de 1853 quisieron que sobre esto no pudieran suscitarse dudas ulteriormente, y por ello idearon una cláusula bien distinta de la que emplearon sus predecesores de 1826, al decir que el Congreso debería “formar planes generales de educación pública” (artículo 55), fórmula que abarcaba todos los grados o etapas de esta última. Afirma este autor que “la instrucción general de la Constitución es la que comprende el grado sucesivo de la primaria y toma direcciones múltiples, ya para formar la capacidad general de la Nación, por una enseñanza suficiente, ya para dar conocimientos especiales y limitados, ya en fin, para disponer a los jóvenes a seguir los altos estudios y desarrollo ilimitado de las ciencias”. Bravo también agrega el siguiente antecedente. El 3 de marzo de 1865 el presidente Mitre, con el refrendo de su ministro de instrucción pública Eduardo Costa, expide un decreto por el que se encarga a una comisión de cinco miembros la redacción del plan de instrucción general y universitaria prescripto por el artículo 67 inc. 16, de la Constitución. Integran la comisión Juan María Gutiérrez, José Benjamín Gorostiaga, Alberto Larroque, Amadeo Jacques y Juan Thompson. El último casi enseguida se va al Uruguay y no interviene en los trabajos de la comisión. Jacques muere antes de la finalización de los mismos, pero alcanza a redactar una memoria que, al efecto ahora considerado, tiene especial relevancia. En ella dice que en las sesiones preparatorias realizadas por la comisión había prevalecido “la opinión según la cual la instrucción primaria y elemental debe ser excluida del círculo de sus trabajos, como dejada por la Constitución general, y las leyes vigentes a la iniciativa y a la dirección de los Gobiernos Provinciales” por imperio del artículo 5°. Corresponde aclarar que Jacques no compartía ese punto de vista y que el “proyecto de ley de instrucción pública, general y universitaria” presentado al ministro del ramo, el 6 de noviembre de 1865, comprendía “la que ordinariamente se llama preparatoria y la superior o universitaria”. En suma, si tal opinión prevalecía, en una comisión formada entonces por cuatro miembros, sobre el criterio contrario de Jacques, resulta posible deducir que era sostenido por los tres restantes, entre los cuales interesa destacar los nombres de Gorostiaga y Gutiérrez, que fueron redactores de la Constitución de 1853. Véase Bravo, 1988, ob. cit., pág. 56 y ss.

en las escuelas. Esta interpretación de acuerdo con el autor, halla sustento en el propio pensamiento alberdiano. En efecto la noción de plan se vinculaba estrechamente con “la idea de un ‘plan de desarrollo’, en el que todos los recursos deben estar “planificados”, por lo que la instrucción no puede marchar alejada de la política que para dicho plan fije el Estado, plan que como dijimos, se identifica con el objetivo de “promover lo conducente a la prosperidad del país”. Por ello argumenta que “sería contrario a la lógica más elemental pensar que mientras el Estado planifica el desarrollo sobre la base, por ejemplo de una política agropecuaria o industrial, la universidad [...] intensificara los estudios filosóficos y, en lugar de preparar técnicos en las disciplinas correspondientes a aquella política, aumentara el número de filósofos” (Luqui, ob. cit. 26).

Para acercarnos un poco más a su interpretación originaria puede citarse aquí un precedente de la Corte de 1932. Aunque el caso se vincula con la educación superior, es la lectura que hace en relación con la noción de planes conforme la Constitución lo que nos interesa destacar. El actor había sostenido la inconstitucionalidad de un plan de estudios aprobado por la Facultad de Agronomía y Veterinaria de la Universidad de Buenos Aires, considerando que ello era atribución exclusiva del Congreso. Para rechazar la petición, la Corte se limitó a significar que sería irrazonable imponer a dicho organismo legislativo una tarea que no puede cumplir por diversas circunstancias como lo son su composición numerosa, la lentitud de sus procedimientos y la falta “del elemento técnico especializado en la diversidad de los altos estudios”. Asimismo, agregó que “el congreso ha entendido que cumplía su misión constitucional dando los lineamientos generales dentro de los cuales debe desenvolverse la instrucción superior al sancionar una ley orgánica como la mencionada [la ley 1597] en donde están trazados aquéllos y en donde se crean los organismos adecuados a tales fines”.²⁰

Así entonces, de los párrafos anteriores se desprende que *los planes de instrucción son las bases que al Congreso le corresponde sancionar para la orientación y organización de la enseñanza, en todos los niveles, modalidades, tipos y aspectos*. En suma, “los lineamientos generales dentro de los cuales la enseñanza debe desenvolverse [...]. Tales bases suponen un contenido mínimo, aunque fundamental” (Bravo; 1988: 60). Del mismo modo, Bidart Campos (1997: 748) comenta que el término “planes” admite una “doble acepción: a) en un sentido “técnico”-pedagógico, es sinónimo de plan de estudios o listado de asignaturas;

²⁰. CSJN, “Don Pedro Bergés contra el Gobierno Nacional, por reposición en el cargo de profesor titular de la Universidad de Buenos Aires en la Facultad de Agronomía y Veterinaria” (1932), Fallos 166: 265.

b) en un sentido “político”-pedagógico, equivale a planes de acción y organización del sistema educacional (planeamiento de fines, niveles, ciclos, pautas de funcionamiento, títulos, etc.)”. Según el autor, la competencia reconocida al Congreso alude exclusivamente al sentido “político-pedagógico”.

Unas últimas palabras caben respecto de la tarea del Congreso conforme a este articulado histórico. Dicha atribución no se agotaba en la sanción de normas referentes a la orientación y organización de la enseñanza sino que los “planes de instrucción” implican también “la promoción de toda esta actividad social, mediante la realización de obras escolares, en la medida en que se apliquen los principios de la política de prosperidad” (Bravo; 1988: 60). En este orden de ideas, Paviglianiti (1988: 55) señala que la cláusula constitucional debe ser interpretada como tendiente a “promover la educación” ya que, además de prever el dictado de la legislación, base general del sistema, tiene el doble carácter de posibilitar el dictado de normas que permiten la “acción directa” (creación, dirección y construcción de establecimientos) y la “acción indirecta” (asistencia técnica y financiera).

El nuevo artículo 75, en su inc. 19 e inc. 23 introdujo nuevos aportes en materia educacional, dentro de las competencias del Congreso, reforzando esta interpretación. Lo veremos seguidamente en oportunidad de referirnos a la reforma constitucional de 1994.

2.6 Responsabilidad de las provincias en materia educativa. ¿Un Estado docente provincial?

El artículo 5° de la Constitución dispone que “cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria.”. La imposición constitucional histórica no iba más allá. Ni siquiera exigía de un modo inequívoco que las provincias la costeen con sus propios recursos. Al establecer esa condición, existieron tradicionalmente varios interrogantes acerca de si el artículo citado otorgaba una facultad exclusiva a las provincias, o sólo puntualizaba un deber de éstas. La interpretación dominante entendió que bastaba que las constituciones provinciales dispongan lo necesario para que la educación primaria sea impartida en el territorio de cada una de ellas, puesto que en virtud del artículo 122 (ex artículo 105) de la Constitución, “las provincias se dan sus

propias instituciones locales y se rigen por ellas”.²¹ Con la reforma de la Constitución en 1994 se enfatizó en el artículo 123 referido a los “gobiernos de provincia” la facultad de cada provincia de dictar su propia constitución, bajo el deber de ser este ejercicio “conforme lo dispuesto por el artículo 5°...”.

El texto originario de la constitución de 1853 previo a su reforma en 1860, establecía que la educación primaria a cargo de las provincias debía ser *gratuita*. Tal carácter, expresa Bravo, se debía a la tradición patria y aún colonial, reconociendo además como antecedentes mediatos en la legislación extranjera más allá de los recientemente citados, ciertos actos producidos por la Revolución Francesa y como antecedente inmediato en el ámbito nacional, el artículo 32 del proyecto de Alberdi.²² En este punto, en sus obras tanto Alberdi como Sarmiento coincidían en la necesidad de asegurar la instrucción elemental con fondos específicos del Estado nacional a todas las clases sociales, por medio de la gratuidad así entendida.²³

La primera parte del artículo 5° proviene del proyecto de la Comisión Redactora de la Convención de 1853, en tanto que la segunda parte recibió la influencia de la Sección IV, artículo 4° de la Constitución de los Estados Unidos (Quiroga Lavié, 1997: 33). Por su parte, sostiene Bravo (1988: 63) que las principales fuentes documentales del artículo 5° en lo que respecta a la inclusión de la educación primaria, también han sido la constitución mexicana de 1824, la argentina de 1826²⁴ y las Bases de Alberdi.²⁵ En todas ellas puede

²¹. Véase Sánchez Viamonte, C. (ob. cit.: 157). Agrega el autor que “debe entenderse, pues, que la educación primaria es una de las instituciones que las provincias tienen la obligación de darse, sin perjuicio de que el funcionamiento de esa institución provincial se realice según los planes que dicte el Congreso en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 inc. 16 [actual 75, inc. 18].”

²². En su capítulo 4° (Parte Primera de su proyecto) referido a las “garantías públicas de orden y progreso”, prevé en el artículo 32 que “la Constitución asegura en beneficio de todas las clases del Estado, *la instrucción gratuita, que será sostenida con fondos nacionales* destinados de un modo irrevocable y especial a ese destino”. La cursiva es nuestra.

²³. En verdad, si bien Sarmiento parecía hacer mayor énfasis en que la gratuidad debía ser costeadada por la provincia, sobre la base del ejemplo norteamericano, admite asimismo que el Congreso Nacional destine fondos concretos a la educación a través de sobrantes del tesoro nacional, reconociéndole a la provincias propiedades federales para la construcción de escuelas, entre otras. En este sentido, elogiaba la constitución del Estado de Indiana de 1851 en la que se apuntaban detalladamente “las fuentes de donde en todas las provincias argentinas pueden procurarse fondos para la educación pública”. Conf. Sarmiento, 1853, pág. 173.

²⁴. Siguiendo con la tradición según la cual el servicio educativo primario era de competencia de las administraciones locales, la constitución de 1826 establecía que “todo lo concerniente a promover la prosperidad y el adelantamiento de las provincias, su policía interior, la educación primaria, obras públicas y cualesquiera establecimientos costeados y sostenidos por sus propias rentas, será regido por los consejos de administración” (artículo 143), los que a su vez, junto con el gobernador y el tribunal superior de justicia, constituían el más alto nivel de la administración provincial (artículo 140). Véase: *Asambleas Constituyentes Argentinas* (1937), Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, T III, pág. 1045).

leerse la asignación de responsabilidad de las administraciones locales, sean estados o provincias, en la prestación de un servicio educativo para el pueblo. Tal responsabilidad reconoce también las costumbres y legislaciones generales de los cabildos presentes desde tiempos coloniales en la Argentina. Así, las autoridades y los individuos llegaron a considerar que la enseñanza elemental era un asunto de incumbencia de las provincias y, aún de las comunas, con el doble carácter de deber y de derecho.

Sin embargo, en la Convención nacional *ad hoc* reunida en Santa Fe en el año 1860 se suprimió la palabra gratuita incluida en el texto del artículo. La medida había sido adoptada por tales constituyentes en la inteligencia de que la institución de la gratuidad impedía a los gobiernos locales imponer contribuciones para atender con su producto los gastos de la educación pública. En efecto, durante las sesiones correspondientes a la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la constitución de 1853, curiosamente fue Sarmiento quien aconsejó suprimir tal vocablo al señalar que “es una palabra que no se hace sino borrar, educación gratuita, porque no hicieron más que tomarla de una constitución francesa del siglo pasado, y han repetido todas las constituciones americanas, sin darse cuenta de lo que dice esa palabra, gratuita”.²⁶ Para Sarmiento, si bien la educación efectivamente tenía un costo que debía ser afrontado en primer lugar por el Estado y puesto que no concebía otra forma en que los ciudadanos serían capaces de sostener tales instituciones, entendía que el estado financiero de las provincias en ese entonces era un problema severo: “cuando la Constitución dice que la educación será gratuita, se entiende que en las escuelas no se cobrará a los niños estipendio alguno por la enseñanza. La educación debe ser costeadada por la Provincia; pero como la Provincia no tiene otros fondos que los que resulten de las contribuciones cobradas al vecindario, y estas son de ordinario apenas suficientes para costear la administración, resulta en definitiva que los vecinos deben proveer a esa educación gratuita” (Sarmiento, 1853: 178).

²⁵. De aquella obra interesa destacar lo expuesto en el capítulo XI dedicado a exaltar la bondad de la constitución del estado de California de los Estados Unidos de América, que “obliga a la legislatura a estimular por todos los medios posibles el fomento de los progresos intelectuales, científicos y morales (...) Aplica directa e inviolablemente para el sostén de la instrucción pública una parte de los bienes del Estado, y garantiza de ese modo el progreso de sus nuevas generaciones contra todo abuso o descuido del Gobierno. Hace de la educación una de las bases fundamentales del pacto político” (Alberdi, 1998: 70).

²⁶. Convención Nacional de 1898. *Antecedentes: Congreso Constituyente de 1853 y Convenciones Reformadoras de 1860 y 1866 (1898)*. Compañía Sud – Americana de Billetes de Banco. Buenos Aires, pág. 886.

El redactor de la comisión examinadora de dicha convención resumió una serie de conclusiones que plasmó en el siguiente orden: “debía suprimirse la calidad de gratuita, impuesta en el mismo artículo a la instrucción primaria; frase que había sido tomada en nuestras constituciones de las francesas que nunca pudieron ni intentaron hacer efectiva, con los medios ordinarios. Que el presupuesto provincial ha de ser siempre limitado y si hubiere de atenderse con él a la educación, sería completamente absorbido. Que la educación común estaba basada, donde era un hecho real, en la obligación que recae sobre la propiedad de soportar las cargas del estado, y que, por tanto, habían de imponerse contribuciones para su sostén; siendo ya una verdad conquistada que el estado no debe educación a los pudientes, sino que la propiedad debe concurrir a remediar la escasez de medios de los que necesitan de ella para prepararse a desempeñar los deberes de ciudadano”.²⁷ Esta cita es compleja de interpretar, pues a la vez que, primero, parece reconocer la necesidad de un sostenimiento de la educación pública para todos; seguidamente parece cerrarse en una educación pública sólo para aquellos que no pueden solventarla.

Algo más claro, en este sentido, figura en el informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal presentado a la Convención del Estado de Buenos Aires, en oportunidad de atender al plan de reformas propuesto por Buenos Aires. Haciendo alusión como principio a “la soberanía provincial, en todo lo que no daña la Constitución”, se señaló que “poner por condición a la difusión de la instrucción primaria, que ella ha de ser precisamente gratuita, es lo mismo que encerrar su difusión dentro de límites muy mezquinos, puesto que esa cláusula importa tanto como prohibir a las provincias establecer contribuciones especiales para costearlas, o dar leyes para imponer a los pudientes la obligación de costear la de sus hijos; y es por aquí por donde ataca el principio de la soberanía provincial, sin ventaja alguna por la comunidad; y por el contrario, con perjuicio evidente de la misma educación. Además de esto, la comisión ha tenido presente que la instrucción primaria es en Buenos Aires donde ha recibido un verdadero impulso, colocándose a la vanguardia de toda la América del Sur a este respecto, y que esto abona a favor de su legislación sobre la materia, debiendo principalmente sus mayores adelantos a las últimas leyes que han llamado al pueblo a concurrir en los gastos de la educación. Por lo tanto, la supresión de la palabra gratuita además de ser el resultado de un principio, salva el porvenir de la educación y con ella las

²⁷. Convención Nacional de 1898. ob. cit., pág. 1082.

leyes que la impulsan, y que tiene la sanción del pueblo más competente en la materia, siendo por otra parte falso que pudiese existir una educación gratuita desde que sus gastos se han de cubrir con el dinero de los contribuyentes que forma el tesoro público”.²⁸

De esta forma, en el pensamiento de la Convención Constituyente quedaba claro que la gratuidad en el acceso podía requerir, si bien no del pago de estipendio alguno por alumno, sí del establecimiento de tributos que, en principio, estarían a cargo de aquellos sectores “pudientes” de la sociedad, con ingresos y capacidad suficiente para colaborar a los fondos provinciales que se destinaran al sostenimiento de los gastos educativos. Dicho despacho fue tratado en la sesión del 27 de abril, siendo la nueva redacción aprobada por 26 votos contra 19. Esta enmienda, así como las otras propuestas por Buenos Aires, fue aceptada sin observación por la Convención nacional reunida en septiembre de 1860. Los actos y hechos futuros demostrarían que de todos modos, la supresión de la palabra gratuita no resultó justificada; nada había quitado o agregado a la luz de los actos y hechos hasta ese presente ni ocurriría tampoco en la posterioridad.

La acción provincial no se agotaba en lo dispuesto en el artículo 5° literalmente. Amén de lo preceptuado en el ex artículo 67 inc. 16, las legislaturas provinciales desde un principio tuvieron la facultad de legislar también en materia educativa, con vistas a la aplicación y el desarrollo de sus bases en las respectivas jurisdicciones. Respecto de sus obligaciones en este sentido, ya desde la Constitución histórica, quedaba claro que no se limitaban al nivel primario, sino que comprendían también a los demás niveles y modalidades de la enseñanza. Ello debía ser así por cuanto las provincias, como dijéramos, siendo la educación una materia de acción concurrente, han conservado todo el poder no delegado al gobierno federal y el que expresamente se han reservado mediante la propia Constitución, naturalmente dentro del marco impuesto por el artículo 31 y 5° de la Ley Fundamental. En efecto, Estrada (291: 1902) sostenía respecto del texto constitucional de 1853 que “no hay en la Constitución cláusula alguna por la cual se prohíba ni a las provincias, ni a la Nación, ejercer simultáneamente su acción en beneficio de la enseñanza pública; ni que vede a algunos de estos centros de poder intervenir en la materia; ni hay razón alguna imaginable por la cual se pueda suponer que la acción concurrente de las provincias y de la nación sea repugnante. Al contrario, el gran interés de este país es la cultura, y desde que puede ser fomentada más eficazmente por el doble concurso de la

²⁸. Convención Nacional de 1898. ob. cit., pág. 1105.

nación y de las provincias [...], todos ellos pueden contribuir a fomentar y levantar su nivel”.

2.6.1 La garantía federal y la intervención federal

Las discusiones entre la Nación y las provincias relativas al monopolio de la educación y a las regulaciones sobre el derecho a la educación – conforme veremos más adelante – fueron una pequeña muestra de varios de los conflictos en torno a la lucha por el poder y a la propia hegemonía del poder centralizado en Buenos Aires en la conformación del Estado nacional. En este sentido, el gobierno nacional tuvo para sí una poderosa herramienta para balancear los temas de interés político a su favor y esto estuvo representado por el uso intervención federal.

Las provincias dictan sus constituciones que no están sujetas a la revisión política por parte del Congreso Federal,²⁹ pero sí al control de constitucionalidad judicial y a la eventual intervención federal. La Constitución Nacional remite a la exigencia de que las constituciones provinciales incluyan normas que aseguren determinado nivel educativo. Sólo bajo las condiciones previstas en el párrafo primero del artículo 5º, el gobierno federal garantiza a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.³⁰

²⁹. La provincia de Buenos Aires había propuesto también en el Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal la supresión del artículo 5º de la Constitución de 1853, en la parte que ordenaba que las Constituciones provinciales debían ser revisadas y aprobadas por el Congreso Federal. Señalaba que "en una federación constituida sobre las bases de la Constitución Argentina, cada Provincia debe tener el derecho de usar de su soberanía en el límite que le es propio, dándose aquellas leyes que juzgue más conveniente para su felicidad; y que si esas leyes pueden en algún caso estar en contradicción con la Constitución general, sólo cuando llegase ese caso, caen bajo el veto del único poder que tiene autoridad para anularlas, que es la corte federal; poder establecido para definir los límites de las dos soberanías. Mientras la ley provincial no se pone en pugna con la ley nacional, aquélla no sale del círculo de la soberanía provincial que le dio vida" (Lorenzo, 1997: 299). Con la aprobación de la propuesta, se le quitaba al gobierno federal el control político de las constituciones locales que podía efectuar el Congreso Nacional antes de que esas normas fuesen publicadas.

³⁰. Los antecedentes de esta norma se remontan a la Constitución de los Estados Unidos en cuanto dispone que el Estado federal garantizará a todo Estado comprendido en la Unión una forma republicana de gobierno y protegerá a cada uno en contra de invasiones, así como de disturbios, cuando lo solicitaren la Legislatura o el Ejecutivo Estadual, en caso de que no se pudiese reunir a la milicia local (artículo IV, Secc. 4). Comenta Botana (1985) que Alberdi, en su proyecto de constitución que acompañaba a las bases, otorgaba a la confederación el deber de garantizar a las provincias el sistema republicano, la integridad de su territorio, su soberanía y su paz interior. Así, en su proyecto de constitución de 1852 señalaba en su artículo 4º que “la Confederación garantiza a las provincias el sistema republicano, la integridad de su territorio, su soberanía y su paz interior” y luego en el 7º: “la Confederación garantiza la estabilidad de las constituciones provinciales con tal que no sean contrarias a la Constitución general, para lo cual serán revisadas por el Congreso antes de su sanción”. A continuación introducía, por primera vez, el derecho de intervención al establecer en su artículo 5º que la Confederación “interviene sin requisición en su territorio al solo efecto de restablecer el orden perturbado por la sedición”. La

Esta “garantía federal” como se le ha dado en llamar, tiende a preservar las autonomías provinciales ante el ataque de particulares, de otras provincias o de estados extranjeros. En tales casos, el gobierno federal debe acudir en auxilio de las autoridades provinciales afectadas. Pero por otra parte, esta cláusula cumple un papel importante cuando se trata de mantener a las autoridades provinciales en los carriles constitucionales ya que en el artículo 6° aparece el correctivo que es la *intervención federal*, única forma en que el gobierno federal está facultado para suspender – excepcional y transitoriamente – la autonomía provincial constitucionalmente garantizada.³¹

En este marco, la intervención federal se constituye en un instrumento institucional de excepción y de emergencia, que en ocasiones puede estar apoyado en el uso de la fuerza pública, atribuido al gobierno nacional sobre las provincias y la Ciudad de Buenos Aires. La decisión de intervenir tiene como finalidad, en concordancia con lo que hemos sostenido más arriba, mantener la supremacía constitucional (en tanto la eventual vulneración a dicha autonomía no encuentre remedio en los mecanismos internos o en el control de constitucionalidad) y también, de las instituciones políticas provinciales y la paz y la integridad de los entes locales (Gelli, 2005: 52).³²

Convención de 1853 complicó esta redacción y dejó escrito el artículo 6 de la siguiente manera: “el Gobierno Federal interviene con requisición de las Legislaturas o gobernadores provinciales, o sin ella, en el territorio de cualquiera de las Provincias, al sólo efecto de restablecer el orden público perturbado por la sedición o de atender a la seguridad nacional amenazada por un ataque o peligro exterior”. La redacción, continúa comentando Botana, era más amplia que la anterior, pero no cerraba el resquicio abierto por Alberdi (básicamente el hecho de intervenir sin requisición de la provincia). La oposición a esta norma se gestó en Buenos Aires, durante los debates que se realizaron en aquella provincia y que culminaron con una nueva propuesta “equidistante” de las dos posiciones encontradas, que resultó admitida en la Convención de 1860 y que dio lugar a la actual redacción de dicho artículo. Alberdi continuó oponiéndose a ese texto pues no coincidía en su tesis en absoluto con la opinión de Sarmiento, quién a su vez no entendía el acto de intervención si no mediaba, previamente, el requerimiento del gobernador o la legislatura local.

³¹. Sagüés (2001: 43) sostiene que la expresión de la garantía federal importa establecer una “obligación constitucional” para el Estado nacional, que consiste en lo siguiente. Por un lado, comprende una expectativa de mínima, es decir, el respeto de la autonomía local o un deber de omisión (no perturbar ni interferir en dicha autonomía); pero por otro lado existen deberes de actuación que impone el cumplimiento de las obligaciones activas del Estado federal hacia las provincias, siendo una de ellas y bajo ciertos supuestos, la intervención federal.

³². Así, atendiendo a sus fines se entiende que la intervención federal lleva adelante al menos dos roles: como “intervención – castigo (o sancionadora)”, es decir cuando una provincia incumple las obligaciones constitucionales derivadas del artículo 5°, o bien como “intervención auxilio”, que opera para los supuestos previstos en el artículo 6° (Sagüés, ob. cit. 43). Estos refieren a los supuestos, dos vinculados con la necesidad de reconstituir o restaurar la forma republicana de gobierno (y cuya decisión es tomada de manera autónoma por el gobierno federal); y los otros dos, a solicitud de los entes locales, para sostener o restablecer las autoridades constituidas en caso de que hubieran sido depuestas por la sedición o por invasión de otra provincia. La historia argentina demuestra con claridad el uso y abuso de esta práctica interventora del gobierno federal, en particular durante el tiempo de consolidación del Estado argentino. Por citar un ejemplo, el período que se ubica entre 1854 y 1880 estuvo marcado por la

Ahora bien, apartándonos del marco histórico en que tradicionalmente tuvieron lugar las intervenciones federales, *cabría preguntarse sobre la posibilidad de su procedencia frente al supuesto configurado por el hecho de que una provincia no “asegure la educación primaria”*. El tema es interesante, puesto que supone atender a las siguientes reflexiones previas. El primer punto consiste en aceptar que existe, dentro de los deberes del gobierno nacional, una responsabilidad y un control de la Nación en velar por el correcto funcionamiento del sistema educativo provincial. Paralelamente, la satisfacción de ese requisito, como vimos, constituye una condición de la garantía federal de la autonomía provincial a la que refiere el artículo 5°. En consecuencia, es razonable sostener que frente al incumplimiento por parte de la provincia de las condiciones mínimas de prestación del servicio educativo, correspondería al gobierno federal *intervenir* a fin de revertir dicha situación. Bidart Campos (1994: 195) también responde a esta cuestión afirmativamente, incluyendo ese deber dentro del concepto de “forma republicana de gobierno”, pues para el derecho argentino, la promoción de la educación elemental constituiría también un presupuesto de la vigencia de la república.³³ Este punto, aún requiere no obstante una mayor reinterpretación que veremos luego, en oportunidad de analizar la legislación educativa, y a los fines de poder observar con mayor precisión en el plano de las acciones y las políticas en esta área, el grado del compromiso del gobierno federal para con los sistemas educativos provinciales.

Conviene no obstante dejar en claro, que la intervención federal no constituye sino un recurso de *ultima ratio* en este aspecto, por lo que en un caso real habría que considerar el hecho de que el gobierno nacional a menudo dispone de muchas otras alternativas que pueden ir por el lado de las negociaciones y presiones políticas que éste pueda ejercer sobre las autoridades locales a través de los mecanismos y pactos previstos en la coparticipación federal de impuestos, retención de fondos, redistribución de partidas a la

intervención federal que “cubría con un manto jurídico la marcha de los ejércitos que buscaban imponer, desde posiciones antagónicas, su concepción del orden y de la integridad territorial [...] La intervención federal sirvió entonces, en la mayoría de los casos, como uno de los tantos instrumentos que justificaron la voluntad de constituir una unidad política” (Botana, 1985: 127). Las acciones intervencionistas generaron consecuencias políticas que permiten explorar un propósito de control del poder central sobre la autonomía reservada de las provincias, aspecto que dejará secuelas visibles cuando volvamos sobre el tema en el apartado vinculado con el federalismo en nuestro país.

³³. También esta inquietud podría resolverse positivamente a través del siguiente razonamiento. La exigencia de la cláusula federal de los tratados internacionales de derechos humanos de que las provincias cumplan con los instrumentos internacionales (como lo prevé el artículo 28 de la Convención Americana) aunado a los principios de supremacía constitucional internacionales constituirían fundamento suficiente para que el Estado federal pueda intervenir en el territorio de una provincia en el caso de incumplimiento grave y sistemático de las normas internacionales.

provincia; o bien a través de la articulación de las demandas en el Consejo Federal de Educación.

2.7 Las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional

No es posible cerrar este primer análisis sobre las principales disposiciones de la Constitución histórica sin hacer mención a las atribuciones del Poder Ejecutivo federal y que habilitaron, conforme veremos en el próximo capítulo, la ejecución de políticas que fueron claves para la conformación del sistema educativo nacional. En efecto, hacia la consolidación del Estado a fines del siglo XIX, y en el contexto del *Estado docente*, el esquema de competencias del Poder Ejecutivo Nacional tuvo un impacto clave en el surgimiento de una administración nacional fuertemente centralizada, y que contribuyó al logro de los objetivos del proyecto político del gobierno nacional vertidos en la educación.

Como parte del gobierno federal, el Poder Ejecutivo nacional tiene importantes funciones en educación, especialmente de carácter administrativo. Así, la Constitución histórica refería a él como “jefe supremo” que tenía “a su cargo la administración general del país” (ex artículo 86 inc. 1). A ello se le suma su facultad reglamentaria referida a la expedición de “las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias” (inciso 2° del ex artículo 86 y 99 de la actual CN). Este arco de competencias, habilitó especialmente el crecimiento de una burocracia de alcance territorial en todo el país así como un cuerpo de reglamentaciones claves en la conformación del sistema educativo nacional, conforme veremos en el capítulo siguiente.

En materia de legislación, el Poder Ejecutivo nacional además de participar en el proceso de formación y sanción de las leyes (artículo 99 inc. 3) tiene una notable influencia a través de la actividad de sus ministros, quienes incluso pueden concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte de sus debates, pero no votar (artículo 106). Dentro de la organización ministerial, figura uno dedicado al área educativa desde el que se supervisa toda la actividad administrativa en esta materia y cuyas decisiones producen un fuerte impacto en todo el sistema educativo. El Ministro de Educación de la Nación es designado y removido discrecionalmente por el Poder Ejecutivo (artículo 99 inc. 7) y tiene a su cargo el despacho de los asuntos educativos en el más alto nivel de la administración pública centralizada. Refrenda y legaliza los actos del presidente por medio de su firma

junto con el Jefe de Gabinete sin cuyo requisito carecen de eficacia (artículo 100). Además, cabe señalar que cada ministro es responsable de los actos que legaliza y solidariamente de los que acuerda con sus colegas ministros (artículo 102), pudiendo por sí solo únicamente tomar resoluciones concernientes al régimen económico y administrativo de su respectiva cartera (artículo 103). Abiertas las sesiones del Congreso, cada ministro debe presentar una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos. Por último, no debe dejar de señalarse que el Ministro de Educación nacional es el presidente nato de la Asamblea de Ministros del Consejo Federal de Educación (órgano superior volitivo de dicho consejo). Un mayor desarrollo de la estructura y gestión educativa de la administración central será analizado seguidamente en el *capítulo II*.

2.8 Conclusiones intermedias

Una lectura de la Constitución histórica de 1853/60 demuestra una visión de la educación en el marco de una *política pública* que se constituyó, como veremos en el próximo capítulo, en uno de los objetivos centrales del proyecto de Nación de quienes asumieron la conducción del gobierno central en el momento de consolidación del Estado argentino. La educación no ocupó en ese entonces una posición de derecho fundamental; eventualmente, alcanzó en el marco del constitucionalismo liberal clásico, un reconocimiento como derecho de no intervención o defensa. La libertad “de enseñar y aprender” guardó estrecha vinculación con otros derechos civiles y políticos clásicos relacionados con la libertad de trabajo, la libertad religiosa o de expresión de ideas, entre otras.

Sin embargo, el derecho a la educación desde su conformación en nuestro país, implicó una forma de compromiso mayor por parte del Estado argentino que aquel propuesto por el tradicional “Estado gendarme” del liberalismo. En el particular caso, el Estado nacional, en el marco de una meta política concreta que le asignó a la educación, se reservó el manejo del sistema educativo a través de la instauración de la figura de un “**Estado docente**” cuyos efectos perduran hasta nuestros días en su lógica de funcionamiento, administración y control de toda la educación.

Los artífices de la Constitución de 1853 tuvieron en cuenta la responsabilidad del Estado en el desarrollo y promoción de la educación así como su importancia, y previeron

plasmar este rol especialmente asumido en la materia en diversas partes, tales como en su preámbulo, el artículo 5º, el 75 inc. 18 (ex inciso 67 inc. 16) y en el profuso marco jurídico infraconstitucional legislado con posterioridad.

3. Educación y Constitución de 1949

A la sanción de la Constitución de 1853, le sigue una reforma constitucional con particular impacto en el derecho a la educación. Ello se debe a que, más allá de la corta vigencia de la Constitución de 1949, el peronismo marcó grandes cambios en la política de los derechos sociales en general y en materia educativa en particular, existente hasta aquella época.³⁴ En efecto, el hiato peronista marcó un principio de quiebre de la perspectiva que miraba a la prestación educativa casi con exclusividad desde su carácter como servicio público, para sumarle rasgos propios de una concepción de derecho social.³⁵

En ese contexto la educación fue objeto de grandes reformas que ocurrieron no sólo en el plano constitucional y normativo del sistema educativo en lo referido a su diseño y su currículo sino que tuvieron lugar en un nivel más profundo como lo fue la construcción de un nuevo “sujeto pedagógico” y a partir de ello, el surgimiento de un nuevo discurso pedagógico oficial. (Puiggrós y Bernetti, 1993: 240; Cucuzza, 1998: 161). En esta conformación se produce una fractura de algunas de las fronteras fijadas por el sistema educativo hegemónico de educación hasta entonces, mediante la combinación de la voluntad de incorporación de los sectores sociales tradicionalmente apartados del sistema educativo formal, en carácter de sujetos de la educación pública, y la introducción de enunciados que relacionaban educación y trabajo (Finnegan y Pagano, 2007: 19). Un resumen de esto se ve reflejado en la aparición del “aprendiz” como joven “obrero” que hasta ese momento veía dificultado su ingreso al sistema educativo formal, y en particular en su nivel secundario.

La reforma constitucional ocurrió en marzo de 1949 y comprendió entre muchas otras modificaciones, la introducción de algunas cláusulas referentes a la educación. Dicha modificación no alteró la letra de lo dispuesto en materia de educación en las cláusulas

³⁴. Dada la imposibilidad de extendernos en esta investigación en el análisis del peronismo como proceso histórico, nos remitimos a la bibliografía consultada y que permite acercarse al tema con mayor profundidad. Vease en este sentido: Germani, 1973; Waldmann, 1986; Puiggrós y Bernetti, 1993; Zanatta, 1999; Torre, 2002; Ruiz y Cardinaux (comps.), 2010, Ruiz (Coord.), 2012; entre otros.

³⁵. Ello puede apreciarse ya en las lecturas de Sampay, A.E. (1949): Informe del convencional constituyente Arturo Sampay para la reforma constitucional de 1949. Disponible en http://archivohistorico.educ.ar/sites/default/files/VI_43.pdf, (fecha de consulta: noviembre de 2012).

constitucionales históricas previstas en los artículo 5°, y 14 y tan sólo en el ex artículo 67 cambió la expresión “dictando planes de instrucción general y universitaria” por “*organizando* la instrucción general y universitaria”. El cambio ocurrió principalmente a través de la incorporación de un nuevo capítulo sobre “derechos especiales”. En efecto, la cuestión educativa figuraba en el artículo 37 de la Constitución y formando parte de un capítulo denominado “Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la Educación y Cultura”. Este afirmaba en su primer párrafo que “[L]a educación y la instrucción corresponden a la familia y a los establecimientos particulares y oficiales que colaboren con ella, conforme a lo que establezcan las leyes. Para ese fin, el Estado creará escuelas de primera enseñanza, secundaria, técnico-profesionales, universidades y academias.” Cabe resaltar del análisis de esta enmienda constitucional el nuevo rol del Estado en la materia, el que varios autores insisten en calificar como “subsidiario” atento al tenor de lo expuesto en el primer párrafo. En efecto, la norma en estudio no sostiene una posición hegemónica del Estado en la materia, ya que ubica a la familia y a los establecimientos particulares como ejes del sistema, y cita a los establecimientos oficiales con la función de *colaborar* con aquellos de acuerdo a la forma que una ley establezca; lo que también se ha entendido como un paso claro en dirección a propiciar el desarrollo de la educación privada (Puiggrós a), 1993: 244; Finnegan y Pagano, 2007: 19).³⁶ El rol de la Iglesia Católica es elocuente desde esta perspectiva ya que la educación pública queda sujeta bajo el signo de una religión determinada.³⁷

Todos estos aspectos se vieron más fielmente reflejados posteriormente en las políticas vinculadas con el primer plan quinquenal (1947 – 1951). Sin embargo, justo es decirlo, también en esta etapa se desarrolló en materia de servicios públicos un Estado planificador que realizó importantes inversiones que se proyectaron en un aumento creciente de la expansión del sistema educativo, multiplicación de escuelas y su matrícula, en particular en el nivel secundario (Rivas *et al.*, 2010). En este sentido se proyecta lo dispuesto en el segundo párrafo en cuanto prevé una obligación de hacer concreta garantizando por primera vez en el texto constitucional que la enseñanza primaria elemental sería *obligatoria y gratuita*. En la estructura estatal, estos cambios y la injerencia del Estado en esta área se vieron reflejados en la creación del Ministerio

³⁶. Así, por ejemplo, se impulsa la normalización de la situación de los servicios de gestión privada mediante la sanción en 1947 del Estatuto para el Personal Docente de los Establecimientos de Enseñanza Privada (ley 13047)

³⁷. Es importante señalar que en abril de 1947 el Congreso ratifica un decreto del PEN por el cual se instalaba la enseñanza religiosa en todos los establecimientos educativos dependientes de la Nación.

Nacional de Educación. Hasta entonces (y más allá de los avatares de la política argentina que nuevamente relegarían luego a la educación al rango de secretaría de estado en 1966),³⁸ la educación se mantenía formando parte del ramo del “Ministerio de Justicia e Instrucción Pública”.

La norma constitucional también señala algunas notas importantes vinculadas con la impronta del currículum. Éste se inspira en los postulados de la “escuela nueva”, articulándose con enseñanza práctica de instrucción para el trabajo. En este sentido, señala el artículo 37 que “[L]a enseñanza tenderá al desarrollo del vigor físico de los jóvenes, al perfeccionamiento de sus facultades intelectuales y de sus potencias sociales, a su capacitación profesional, así como a la formación del carácter y el cultivo integral de todas las virtudes personales, familiares y cívicas.” Continúa luego: “[L]a enseñanza primaria en las escuelas rurales tenderá a inculcar en el niño el amor a la vida del campo, a orientarlo hacia la capacitación profesional en las faenas rurales y a formar la mujer para las tareas domésticas campesinas. El Estado creará, con ese fin, los institutos necesarios para preparar un magisterio especializado”. Finalmente agrega: “[L]a orientación profesional de los jóvenes, concebida como un complemento de la acción de instruir y educar, es una función social que el Estado ampara y fomenta mediante instituciones que guíen a los jóvenes hacia las actividades para las que posean naturales aptitudes y capacidad, con el fin de que la adecuada elección profesional redunde en beneficio suyo y de la sociedad”.³⁹

³⁸. En efecto, durante mucho tiempo la educación no ocupó un área exclusiva en la estructura ministerial. A lo largo de varios gobiernos, el ramo educativo fue compartido con otras carteras. Así en 1853 el ministerio correspondiente se denominó “Ministerio de Culto e Instrucción Pública”; en 1898 “Ministerio de Justicia e Instrucción Pública”, o en 1972 “Ministerio de Educación y Justicia”. Luego de que comenzara a tener mayor injerencia el tema educativo fue cambiando de denominación conforme el marco de sus competencias se ampliaba o restringía. Sin perjuicio del análisis que oportunamente se realice en relación con el tema en el *capítulo II*, puede consultarse para un mayor estudio la siguiente obra: Paglivianiti, Norma (1988): *Diagnóstico de la administración central de la educación*, Buenos Aires: Ministerio de Educación y Justicia.

³⁹. El artículo 37 dedicaba finalmente sus dos últimos párrafos a la educación universitaria. En este sentido señalaba: “[E]l Estado encomienda a las universidades la enseñanza en el grado superior, que prepare a la juventud para el cultivo de las ciencias al servicio de los fines espirituales y del engrandecimiento de la Nación y para el ejercicio de las profesiones y de las artes técnicas en función del bien de la colectividad. Las universidades tienen el derecho de gobernarse con autonomía, dentro de los límites establecidos por una ley especial que reglamentará su organización y funcionamiento. Una ley dividirá el territorio nacional en regiones universitarias, dentro de cada una de las cuales ejercerá sus funciones la respectiva universidad. Cada una de las universidades, además de organizar los conocimientos universales cuya enseñanza le incumbe, tenderá a profundizar el estudio de la literatura, historia y folklore de su zona de influencia cultural, así como a promover las artes técnicas y las ciencias aplicadas con vistas a la explotación de las riquezas y al incremento de las actividades económicas regionales. Las universidades establecerán cursos obligatorios y comunes destinados a los estudiantes de todas las facultades para su formación política, con el propósito de que cada alumno conozca la esencia

En lo que resta del articulado originario de la Constitución de 1853, los artículos 5° y 14 se mantuvieron como dijimos, sin modificaciones. No así el preámbulo, donde se incorporó la expresión “la cultura nacional” a continuación del “bienestar general”, aspecto aquél primero que estará presente en varios contenidos del nuevo currículum.

En 1956 la Constitución fue abrogada por un gobierno de facto que restituyó la vigencia del texto constitucional de 1853 más con la ya conocida introducción de los derechos del trabajador en el artículo 14 bis. Cabe señalar, que si bien la educación fue objeto de consideración en dicha Convención, sólo llegó a mantenerse dicho interés en el marco de los trabajos de las comisiones.⁴⁰

La reforma del 49’, más allá de su ideología y contexto, constituye un punto de inflexión con la incorporación en nuestro sistema de la tradición del denominado constitucionalismo social de fines de la primera guerra mundial con su Estado de Bienestar de tipo keynesiano (Isuani: 2007; Vita: 2013;); si bien con matices y no exento de algunas críticas y oposiciones (Vanossi, 2005; Ruíz, 2012). Corresponde pues hacer una lectura acerca de en qué medida a partir de dicha reforma la educación se convertía en un derecho exigible. La respuesta en este sentido, parece ser positiva si asumimos que por primera vez se plasman en el texto constitucional un conjunto de derechos sociales con un contenido amplio pero a la vez con un nivel de especificidad anteriormente reservado a los textos de normas de inferior nivel y sólo para derechos entendidos como de “no intervención”. Por el contrario, en este texto los contenidos son más fácilmente identificables con obligaciones concretas de prestación positiva a cargo del Estado, y éste aparece dispuesto a atenderlas con políticas públicas y destino de recursos para tales fines. Esto se ve plasmado en los hechos y los números desde los que se observa una “conquista social de la educación”, un reconocimiento de la educación como derecho para numerosos sectores populares (Rivas et al., 2010: 14). Esta lectura también ocupa un lugar destacado en el análisis actual de las políticas públicas y en particular sobre la concepción del derecho a la educación hoy vigente. Algunos cambios que hoy perduran y llegan a plasmarse incluso en la última reforma constitucional, merecen ser vistos

de lo argentino, la realidad espiritual, económica, social y política de su país, la evolución y la misión histórica de la República Argentina, y para que adquiera conciencia de la responsabilidad que debe asumir en la empresa de lograr y afianzar los fines reconocidos y fijados en esta Constitución.”

⁴⁰. Para un mayor análisis de los despachos, véase Bravo, Félix (1988). Bravo resume las ideas principales del despacho de la Comisión Redactora destacando la adhesión de los convencionales a la corriente de pensamiento liberal y al reconocimiento de la función que debía cumplir el Estado como principal agente educador, la extensión de la gratuidad a todos los niveles y el aseguramiento de la autonomía universitaria contra los desbordes del poder administrador (Bravo, 1988: 93).

retrospectivamente hasta este período histórico de profundos cambios en el conjunto del sistema educativo.

4. La reforma constitucional de 1994 y la educación como derecho fundamental

La reforma constitucional de 1994 produce otro quiebre significativo en el carácter de la educación hasta ese entonces y ahora bajo un modelo constitucionalista que se perfila más social, aparecen los lineamientos necesarios para dar base a la educación como derecho fundamental. En la primera parte de este apartado haremos un análisis del contexto en el que tuvo lugar la reforma constitucional, para seguidamente estudiar el contenido de las nuevas normas y aquellas modificadas en materia educativa. También señalaremos el impacto que en educación ha tenido lugar el fenómeno de la *internacionalización del Derecho Constitucional* producida a partir de la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales, su doctrina y su jurisprudencia de acuerdo con el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reformada, en el marco de los cambios acontecidos en el *constitucionalismo latinoamericano* en general.

4.1 El contexto de la reforma constitucional de 1994 y el debate constituyente

La reforma constitucional de 1994 estuvo profundamente marcada por el contexto, las presiones políticas y las ideologías presentes e impuestas por el gobierno de turno de aquella época. La prueba de ello, resulta por demás elocuente en todos los dictámenes y debates que en el recinto de la Convención Constituyente tuvieron lugar.⁴¹ La materia educativa no había sido “originariamente” prevista como uno de los puntos del “Núcleo de Coincidencias Básicas” respecto de los cuales debía ceñirse la Convención de acuerdo con lo posteriormente dispuesto en la ley 24309 (de hecho en ningún lugar del texto legal aparece noción alguna vinculada con la “educación”). Sin embargo, pese a no estar ella expresamente en los temas habilitados, logró filtrarse con fuerza en oportunidad de considerarse el Orden del Día N° 8 sobre el nuevo texto del artículo 75 inc. 19. El debate giraría en torno a la consideración del dictamen de la Comisión de Redacción en los

⁴¹. El debate de la Convención Constituyente de 1994, en efecto, se encuentra lleno de referencias que dan cuenta del momento y las circunstancias políticas presentes al momento en que sesionaba la Convención. Puede verse ello, en oportunidad de debatirse la cuestión del financiamiento educativo en los dichos tales como lo manifestado por el convencional Antonio Cafiero o Ana M. Dressino, págs. 3622 y ss. del debate constituyente.

despachos originados en las comisiones de Competencia Federal y del Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal referidos a los dictámenes números 4, 6, 12, 13, 25, 26, 27 y 28. En la Comisión de Redacción había un dictamen de mayoría y cuatro dictámenes de minoría y en las otras comisiones recién señaladas había también varios despachos de mayoría y de minoría respecto de cada uno de los dictámenes. Esta “proliferación” de dictámenes no es menor habida cuenta de que en no pocos momentos de la sesión (que se prolongó por varios días) algunos convencionales manifestaron estar “confundidos” ya que aseguraban no haber tenido oportunidad de leer o de tener en sus manos todos los dictámenes, o bien formulaban severas críticas respecto de que las últimas modificaciones o arreglos a algunos dictámenes se habían llevado a cabo por fuera de las comisiones de trabajo.⁴²

La mayor parte de las discusiones hicieron eje en relación con el sostenimiento financiero de la educación, en especial del nivel superior. La razón de ello, veremos, resultará comprensible dado el marco de políticas públicas que se impulsaban en aquella época caracterizada también por contextos de desregulación y privatización entre muchas otras acciones tendentes a la reducción del aparato estatal. A fin de analizar pormenorizadamente estos puntos, nos detendremos en ellos a medida que indagemos respecto de las enmiendas que existieron en el terreno de la educación.

4.2 La educación en el debate de la reforma

La reforma constitucional de 1994 introdujo una copiosa serie de novedades que han tenido especial impacto en la educación básica y en su reconstrucción como derecho fundamental. En relación con la educación como derecho, si bien es conocida la razón por la que no se procedió a la modificación de la parte dogmática de la Constitución,⁴³ lo que constituyó en los hechos el que sobreviviera la expresión referida a la “libertad de enseñar y aprender”, es claro que su contenido tras la reforma se vio modificado profundamente. Ello se vio reflejado en el texto constitucional pero en su parte orgánica y en la parte de los “Nuevos derechos y garantías”.

⁴². Véase en este sentido los comentarios de los convencionales José Martínez Llano y Néstor Kirchner, entre otros, pág. 3693 y 3752 respectivamente del debate constituyente.

⁴³. La citada ley 24309 establecía en su artículo 7º: “La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional.”

En efecto, en el texto constitucional en el nuevo artículo 75 inc. 19 aparece la competencia del Congreso para sancionar “*leyes de organización y base de la educación*”. Comenta Quiroga Lavié (ob. cit. 431) que la Constitución ha planteado la doble posibilidad: dictar leyes de organización de la educación en todos los niveles y dictar leyes de base sobre la educación. Las leyes de organización serían aquellas que definen con precisión las competencias de los órganos encargados de ocuparse de la educación (Nación, provincias, municipios o particulares). Mientras que la legislación de base sobre la educación versaría sobre los contenidos básicos de ésta. Es con esta orientación que la Constitución establece una serie de objetivos que se deberán tomar en cuenta al sancionar dichas normas. Así, señala que éstas deben garantizar la consolidación de la unidad nacional, respetando las particularidades provinciales y locales. A esta legislación de base se deben agregar todos los contenidos que el derecho internacional de los derechos humanos dice que deben estar presentes especialmente en el diseño curricular.⁴⁴

Aunque no hubo mayores agregados en el despacho mayoritario de la Convención Constituyente, de este texto se desprende el deber de instrumentar contenidos y *modalidades pedagógicas diferentes* en función de las distintas zonas del país (lo que justifica plenamente la consagración en el artículo 75 inc. 17 respecto del derecho a una educación bilingüe e intercultural en las escuelas que se ubiquen en comunidades pertenecientes a pueblos originarios, por ejemplo). Posteriormente la norma consagra la responsabilidad *indelegable* del Estado en el sentido de comprender una obligación de generar la estructura que posibilite el ejercicio del derecho a la educación, no pudiendo adoptar ningún tipo de postura desertora o abstencionista (Gil Domínguez, 1997: 240), el de contribuir en suma, mediante la *acción directa*, con el suministro de recursos materiales y humanos que posibiliten a todos los habitantes el ejercicio del derecho. Así también, resumiendo lo comentado en el debate de la Convención Constituyente esta expresión involucra: a) el deber del Estado de asegurar el servicio educativo en todos los niveles y modalidades, mediante escuelas propias y atendiendo prioritariamente a la educación primaria, b) el deber de autorizar, regular y controlar los servicios educativos privados que concurren con el público y c) brindar los recursos financieros suficientes para la prestación del servicio.

⁴⁴. Sobre este tema, nos remitimos al capítulo IV y al Anexo III de este trabajo.

Un punto importante es el referido a la necesidad de garantizar la *igualdad de oportunidades sin discriminación alguna*, entendida como la obligación que tiene el Estado de garantizar un acceso igualitario real a la educación (y en el sentido de que no cabe adoptar ninguna medida que pueda estar fundada en razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen social, nacional, posición económica, entre otras) tanto para el ingreso como para la permanencia, así como la garantía de *gratuidad* y *“equidad”* de la educación pública estatal. En este principio de no discriminación se incluye asimismo la garantía de realizar acciones positivas que contribuyan a revertir este tipo de situaciones. Este punto es complementado con lo dispuesto en el art. 75 inc. 23 de la Constitución, conforme veremos más adelante.

Como dijimos, el contenido de los principios de acuerdo con los cuales debía regirse la educación fue objeto de acalorados debates. Sin perjuicio de la extensión de dicho debate, extraeremos las notas más importantes a los fines de la interpretación y mejor comprensión de los propósitos e intereses presentes en esta materia con impacto en la concepción de la educación como derecho fundamental.

4.2.1 El rol del Estado nacional como sujeto proveedor de educación pública. ¿Hacia un reforzamiento del Estado docente?

El convencional Jesús Rodríguez, en oportunidad de tratar el dictamen de la mayoría, señaló que “la legislación sobre educación debe garantizar la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna [...]. Estamos estableciendo expresamente en la Constitución el derecho a recibir en condiciones igualitarias una educación de alta calidad en cualquiera de sus niveles”. Luego, precisó las funciones que en adelante le cabría al Estado en su rol de responsable indelegable de la educación. Así expresó que ella se manifestaba a través de dos funciones: “[U]na es prestar el servicio educativo en todos los niveles y modalidades, de forma *de asegurar el derecho a la educación a través de sus propias escuelas, atendiendo en forma especial a la educación básica obligatoria*. El Estado nacional deberá concurrir en el financiamiento de la educación en aquellas provincias que no estén en condiciones de asegurar por sí la prestación del servicio o la modalidad. La segunda función es autorizar, regular, supervisar y controlar los servicios educativos

privados organizados por la sociedad en virtud del derecho a la enseñanza, y que concurren en el objetivo de la prestación del servicio educativo.”⁴⁵

Muchos otros convencionales, con más o menos palabras, hicieron hincapié en el lugar fundamental que correspondía al Estado en materia de prestación educativa reafirmando la posición del Estado docente. Así, la convencional Adriana Puiggrós expresó que “la historia demuestra que solamente *la garantía del Estado como sujeto proveedor de la educación pública y principal financiador de la educación puede permitir que se haga efectivo este derecho*. [...] Un Estado democrático es un sujeto organizador de lo público. El hecho de que en nuestras sociedades el Estado haya sido la única garantía de la educación pública está absolutamente demostrado por lo que ha ocurrido en los últimos años en la Argentina y en toda América latina, donde las políticas neoliberales han llevado a una retracción del Estado y al vaciamiento de los fondos de la educación pública.”⁴⁶

Por su parte, la convencional Elba Roulet también contribuyó a este debate partiendo de lo imprescindible que resulta tener un claro concepto de “escuela pública”. Así precisó que “debemos hacer una distinción [...] Una cosa es servicio público y otra institución pública. En la primera de estas categorías —es decir, como servicio público— se encuentran, sin duda, las escuelas privadas o particulares, en tanto prestan un servicio público impropio o virtual. Está en la naturaleza jurídica de esta modalidad de servicio público satisfacer necesidades colectivas, regladas por el Estado. Pero el ejercicio por los particulares de una actividad que interesa al Estado no significa la presencia de una institución pública [...]. Haciendo un análisis de educación comparada en casi todas partes se denomina educación pública a la impartida por medio de los planteles oficiales, o sea a los creados, organizados, dirigidos y sostenidos por el Estado, ya sea en Nación, provincia, comunas o jurisdicciones equivalentes.”⁴⁷

Finalmente, la convencional Nilda A. Gómez de Marelli sostuvo que resultaba necesario “acentuar en esta reforma que la legislación que en el futuro dicte el Congreso deberá explicitar *la responsabilidad irrenunciable e indelegable del Estado* en la prestación de los servicios de educación formal, para crearlos, sostenerlos y supervisarlos, asistiendo a los que se brinden por iniciativa privada dentro del marco de una nueva legislación que no debe ni puede desvirtuar la responsabilidad absoluta que tiene con la educación estatal.”⁴⁸

⁴⁵. Véase debate de la Convención Constituyente 1994, ob. cit., pág. 3170.

⁴⁶. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3221.

⁴⁷. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3364.

⁴⁸. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3406.

En sentido similar, otro de los convencionales, Mario A. Olmedo, afirmó que cuando el texto constitucional refería a la educación pública estatal debía entenderse como “la educación pública administrada por el Estado, que tiene la función indelegable de la educación”.⁴⁹

Las interpretaciones que efectuaron de este modo los constituyentes dejaron en claro que bajo la responsabilidad indelegable del Estado, éste debía constituirse en el prestador principal y único de la escuela pública.

4.2.2 Educación gratuita

El mayor debate en la Convención giró sobre el alcance de dicha responsabilidad estatal indelegable en torno a la garantía de “gratuidad” de la educación. En este sentido, el conflicto se debió a la introducción en el texto de la Constitución de palabras con significados equívocos y en el marco de un contexto de políticas educativas fuertemente contradictorias a los fines propios de la gratuidad educativa.

4.2.2.1 Educación gratuita no limitada por la “equidad”

La mayor discusión en el recinto constituyente tuvo lugar al interpretarse el alcance de la gratuidad en la educación tras el aditamento de la noción de “equidad”. En el seguimiento de la discusión en cuanto a la conveniencia de hacer mención a tal concepto es posible observar las intenciones subyacentes involucradas y la particular trama de intereses que presionaban en ello para la época.

El dictamen de la mayoría (que luego fue aprobado sin modificaciones e incorporado textualmente a la Constitución Nacional) fue presentado como dijéramos por el convencional Jesús Rodríguez. Al tiempo de referirse al punto vinculado con el régimen financiero de la educación sostuvo: “[L]a prestación del servicio educativo por parte del Estado comporta inevitablemente el cumplimiento de un conjunto de principios: [...] garantizar el principio de equidad, estableciendo políticas socioeducativas que eviten la discriminación económica y social en el acceso y permanencia en los distintos niveles del sistema educativo” y “brindar los recursos financieros suficientes para que la prestación del servicio educativo oficial sea el de mejor nivel de calidad.” Particularmente en relación

⁴⁹. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3276.

con la equidad expresó que “la gratuidad y la equidad no son conceptos que puedan combinarse parcialmente. *Para su aplicación en la práctica deben ser sumados uno al otro*; son conceptos que no admiten contradicción entre ellos por su naturaleza de principios. De aquí y hacia adelante la gratuidad no será una mera técnica para alcanzar la igualdad de oportunidades, sino una técnica absolutamente insustituible. El principio de equidad, que se suma al de gratuidad, cumple una función que deriva de su significado: la justicia; y consiste en una directiva, en aquellos casos en que la gratuidad no alcance por sí sola a garantizar la igualdad de oportunidades, se impone al Estado la carga de proveer a los habitantes de los medios suficientes para acceder a la educación gratuita.”⁵⁰

El verdadero propósito de aquella redacción obedecía, en congruencia con las políticas públicas concretas que para la época se impulsaban, al interés por *incorporar a rajatabla la noción de equidad pero en un sentido opuesto al declarado en la exposición y así acabar con el principio de gratuidad “a secas” en la educación pública, y en especial, en el nivel superior*. Ese era en verdad el punto, ya que eventualmente los convencionales que apoyaban dicho dictamen sabían que, más allá del pretexto o fundamento con el que sostendrían dicha incorporación, la interpretación que podría dársele a ese vocablo sería susceptible de amoldarse luego a los intereses de las políticas del gobierno de turno que por ese entonces se manifestaban a favor de algún tipo de arancelamiento de la educación superior.

Esta preocupación fue la que vieron con claridad un gran número de convencionales que se opusieron sin éxito, a que en el texto final se agregara dicho término justo al lado de la gratuidad. Así el convencional José M. Serra señalaba que “en orden a la gratuidad de la enseñanza, insistimos en que en el texto tendría que quedar sentada desde el nivel primario hasta el universitario inclusive. Insistimos en esto porque [...] no han sido claros a este respecto cuando hicieron uso de la palabra [...]; que deja para la universidad una cierta ambigüedad que nos preocupa cuando hablamos de la letra, que es lo que vale. Esta es la razón por la que insistimos en la gratuidad, que es la única manera equitativa. Que la equidad planteada desde la igualdad sea gratuita para que todos puedan llegar a la universidad”.⁵¹ También en este sentido, fueron claras las palabras de la convencional María V. Sánchez García en cuanto expresaba que “si para algunos gratuidad y equidad es que no va a ser arancelada la universidad y para otros sí, esto debe tener una definición

⁵⁰. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3179.

⁵¹. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3763.

clara en la Constituyente, porque en este momento se está tratando la ley universitaria [...] No podemos dejar este tema para las futuras generaciones”.⁵² Del mismo modo, el convencional Carlos Caballero Martín señaló que “si se reafirma y asegura que la educación es gratuita, no entendemos por qué lleva el aditamento “equidad”.⁵³

Sin embargo las advertencias mejor fundadas pueden verse en otros tres convencionales. El convencional Alfredo Bravo fue uno de los primeros en dar esta señal de alarma respecto de los verdaderos propósitos perseguidos por quienes apoyaban el dictamen mayoritario, tras sentenciar en una intervención: “si no va a existir igualdad de oportunidades y de posibilidades, junto con la gratuidad, indudablemente vamos a ir otorgando a la palabra “equidad” la posibilidad cierta de transformarse en sinónimo de arancelamiento. Y no me vengan a decir que esto lo he inventado, porque lo conozco de toda mi vida: primero comienzan a manejarse los términos y luego las interpretaciones de ellos, dando lugar a que se tergiverse lo que se quería decir”.⁵⁴ En otra intervención continuó en esta postura ampliándola detalladamente. Así expuso también que, “en el quehacer de la educación también los organismos internacionales tienen su peso y lo hacen jugar, por ejemplo, lo hizo FIEL en su momento y el Banco Mundial [...]. Los organismos internacionales condicionan la soberanía de los argentinos para decidir qué sistema educativo quieren. Los que apoyan ese condicionamiento están tergiversando los verdaderos valores y conceptos de la educación. [...] Podrá haber ochenta y cinco mil explicaciones, pero sostengo que sobre la equidad hay muchas interpretaciones. [...]”.⁵⁵

La otra voz de alarma estuvo a cargo de la convencional Adriana Puigross. En oportunidad de referirse al concepto de equidad como “moderación en las condiciones que se estipulan en los contratos”, expresó que es este sentido en que usualmente es utilizada la noción de equidad por parte de organizaciones tales como la Fundación FIEL. Particularmente señaló que dicho organismo había publicado una obra en la que se reafirmaba la necesidad de utilizar la categoría de equidad “porque con ella se garantiza que las instituciones educativas reciban un subsidio, que dependerá de la entidad de que se trate”. Continúa diciendo que “aquel documento sostiene que debe implementarse una política de arancelamiento de los servicios educativos junto con mecanismos financieros adecuados para otorgar préstamos y becas. Es decir, subsidio directo a estudiantes, que

⁵². Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3484.

⁵³. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3608.

⁵⁴. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3181.

⁵⁵. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3435.

parece ser más eficiente que el financiamiento por parte del Estado, por lo menos desde un punto de vista de cumplimiento de objetivos de equidad. No podemos estar de acuerdo con todo esto. Por lo tanto, [...] vamos a luchar por la gratuidad plena, lo que significa que estamos luchando por la ley 1420; por aquellos principios que los integrantes del movimiento reformista creyeron que ya estaban cumplidos. De ahora en más lucharemos para que todos los argentinos tengan la oportunidad de una educación gratuita, no limitada por la equidad.”⁵⁶

También en este apartado, merece destacarse el análisis efectuado por el convencional Eduardo Barcesat, quien sostuvo, respecto de la contradicción entre los dos vocablos de gratuidad y equidad, que ambas palabras “están utilizadas en sentido casi de anomia, es decir que no se puede discernir a qué igualdad se refiere, o lo que es aún más grave están puestas detrás de otro término categoremático, en este caso, para disminuir su sentido como acá bien se ha analizado respecto de la conjunción, gratuidad y equidad de la enseñanza. [...] “equidad”, se entenderá que ella no agrega ningún significado al tema de la gratuidad y que, por el contrario, puede convertirse en una especie de esclusa para vaciar de contenido a la palabra gratuidad que tiene instalación e historia social [...]. Esa historia social de la palabra, la incorporación de su verdadero sentido y el hecho de sentir socialmente obligatorio el término gratuito, se perderían mediante la incorporación de la palabra “equidad” inmediatamente después de la expresión de gratuidad”. Su exposición culminó con la siguiente conclusión: “nuestra propuesta es que el concepto de “equidad” allí [expuesto en la dictamen del artículo] no agrega nada, por lo menos nada bueno”.⁵⁷

Finalmente, de entre los últimos oradores del debate, también puede resaltarse el comentario de la convencional María Cristina Figueroa quien sostuvo al respecto que “desde el ámbito de la educación, se propende a la igualdad de oportunidades sin discriminación alguna, consagrándose el principio de gratuidad”. Agrega: “eso sí, *con un término de equidad que nosotros sugerimos se suprima, porque puede dar lugar a interpretaciones acerca del arancelamiento* que ya están haciendo público los ministros a través de los diarios”.⁵⁸ También votaron por la supresión de dicho término y con similares argumentos los convencionales Pablo Martínez Sameck, Ricardo R. Biazzi, Horacio Rosatti y María V. Sánchez García.

⁵⁶. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3223.

⁵⁷. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3841.

⁵⁸. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3616.

4.2.2.2 “Educación más equidad” y garantía de exigibilidad contra el arancelamiento

Asimismo, un gran número de constituyentes, más allá de que abogaban lisa y llanamente por la supresión del término “equidad”, supieron dejar constancia de distintas interpretaciones y definiciones conceptuales a fin que, por lo menos, de persistir la redacción original, pudiera dársele a dicho vocablo una interpretación más completa y menos susceptible de falseamientos.

En este sentido, la convencional Elva Roulet manifestó que “la gratuidad no asegura la igualdad de oportunidades y eso es lo que encierra ese concepto de equidad, que significa no sólo proveer de medios financieros de otra naturaleza, como podrían ser becas, subsidios, créditos, etcétera, sino de servicios para facilitar la entrada de los más [sic] a la universidad.”⁵⁹ Agrega en este parecer Tulio A. Del Bono: “no puede darse, de ninguna manera, la posibilidad de que gratuidad más equidad pueda ser interpretado como arancelamiento para el que pueda pagar. Por el contrario, si equidad es la manifestación del sentido de lo justo, y de lo que se trata es de promover la igualdad de oportunidades y posibilidades, la verdadera justicia pasa por hacer realidad esta igualdad. La gratuidad es sólo una herramienta —insuficiente— para que esa igualdad se cumpla, ya que la experiencia nos indica que, aun con gratuidad, ese principio de la igualdad de oportunidades no puede hacerse efectivo en la actualidad para vastos sectores de la sociedad que no pueden acceder al sistema educativo o que se ven obligados a desertar por razones económicas. Y si con la gratuidad no alcanza, debemos completarla con la equidad ya que —a mi juicio— gratuidad más equidad es lo que hace operativo el cumplimiento del verdadero principio de igualdad de oportunidades”.⁶⁰

Nuevamente en el debate se destacó la opinión de Alfredo Bravo que, en relación con este punto sostuvo: “la igualdad de oportunidades sin gratuidad de enseñanza no existe, por lo menos en el interior del país. Y expresaba que “si con la gratuidad no alcanza, debemos complementarla con la equidad, ya que a mi juicio gratuidad más equidad hace que el cumplimiento del verdadero principio de igualdad de oportunidades sea operativo. La educación es un derecho, y los derechos no se deben pagar”.⁶¹

En el mismo sentido, en un intento por precisar el contenido de la “equidad” en el artículo constitucional, el convencional Mario Olmedo resumió lo siguiente: “hacemos

⁵⁹. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3344.

⁶⁰. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3384.

⁶¹. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3435.

hincapié en cuanto a que la gratuidad es para asegurar el ingreso gratuito a todo el sistema educativo en cualquiera de sus niveles, y equidad es para asistir a aquellos que no pueden estudiar aunque se hayan incorporado en forma gratuita al sistema educativo. Por lo tanto, la gratuidad está asegurada desde todo punto de vista.”⁶² Con este comentario coincidió también el convencional Luís María Aguilar Torres quien argumentaba en el sentido de que “los términos gratuidad y solidaridad están expresando con claridad gratuidad y asistencialismo”. Agregó: “[O] sea que el sistema que planteamos para esta Constitución radica en que, más allá de la gratuidad de la enseñanza, para aquellos a quienes esto no les baste, es necesario el apoyo del Estado a través de becas, por ejemplo. Más allá de que el término solidaridad pueda ser empleado en otro aspecto, no puede haber la menor duda de que este apoyo, esta constitucionalización que hicimos de los tratados internacionales otorgándoles jerarquía constitucional, por encima inclusive de las leyes, ha de permitir que el día de mañana, ante cualquier pretensión del poder gobernante en ese momento, por ejemplo que diga que es posible el arancelamiento universitario, frente a estas claras disposiciones de carácter internacional que ha adoptado nuestro país, pueda prosperar un recurso de amparo que, evidentemente, ningún juez de la República puede negar”.⁶³ Respecto de este último argumento, ejemplificó el convencional Rodolfo M. Parente: “el tema educativo no solamente ha sido preocupación de esta Convención en el dictamen que consideramos sino también al haber ratificado el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en consecuencia, establecido un vallado contra todas y cada una de las formas de concebir el arancelamiento.”⁶⁴

Pese a las fuertes críticas de la oposición, el dictamen que conllevó a la redacción final del artículo constitucional como dijéramos no sufrió modificación alguna. En momentos previos a la votación el convencional Jesús Rodríguez rechazó el supuesto de antagonismo entre los conceptos de gratuidad y equidad y ratificó que “toda política, norma, disposición o decisión en materia educativa en adelante debía ajustarse a dichos principios”.⁶⁵ El dictamen de la mayoría que finalmente se aprobó contó con 171 votos afirmativos y 53 negativos.

⁶². Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3384.

⁶³. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3675.

⁶⁴. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3626.

⁶⁵. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 3846.

4.2.2.3 Conclusiones intermedias: la garantía de la gratuidad en la Constitución reformada

Es posible sostener que los alcances de la noción de “equidad” descripta por la oposición y en los restantes dictámenes minoritarios de la convención, es hoy la que mejor se ajusta, a la luz de los principios de derechos humanos, al sentido que cabe asignarse a dicha expresión. Es este el criterio que también hoy parece prevalecer en la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así en el último caso recientemente fallado “Ministerio de Cultura y Educación – Estado nacional s/ artículo 34 de la ley N° 24.521”⁶⁶ se observa en el voto mayoritario la adopción de una posición que entiende a la noción de equidad como complementaria y subsidiaria de la gratuidad. Pues el voto de la mayoría señala la necesidad de atender a “los principios de solidaridad, desarrollo social [...] e igualdad de oportunidad en sentido material” lo que lleva a la conclusión acerca de que “la equidad asigna sentido a la gratuidad”.

De este modo, quedan necesariamente superadas aquellas posiciones que parecían tomar a la equidad como sinónimo de arancelamiento. Así, también la Corte Suprema de Justicia de la Nación hoy ha dejado en el olvido expresiones vertidas en sus fallos anteriores⁶⁷ y que llevaban como ejemplo asociaciones vinculadas con la “equidad” y “solidaridad” pero a los fines de determinar la naturaleza de la contribución; contribución que debía aportarse sobre la base de las capacidades de cada uno, “por parte de quienes pudieran hacerlo” y a los fines de colaborar con la obligación que “en lo principal” (mas no íntegramente) entendían debía ocuparse el Estado en el sostenimiento de las instituciones universitarias.⁶⁸

⁶⁶. CSJN, Fallos 331:2257 (2008). En el caso el Ministerio de Educación Nacional había impugnado judicialmente una serie de artículos del Estatuto de la Universidad Nacional de La Plata por entender que contrariaban las disposiciones legales previstas en la Ley de Educación Superior 24195. La Corte no hizo lugar a la impugnación del ministerio sobre la base del argumento de la autonomía universitaria. El fallo contó con el voto mayoritario de los Ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y el voto concurrente de los Ministros Fayt por un lado y Petracchi y Zaffaroni, por el otro. Para un estudio más detallado, véase Cardinaux, Nancy, Clérico, Laura y Scioscioli, Sebastián (2009): Alcance de la autonomía universitaria: entre la moderación y la intervención judicial. Hacia una periodización de la jurisprudencia de la Corte”. En *Suplemento Jurisprudencia Argentina* 2009 – 1, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26/3/2009. Buenos Aires, Abeledo – Perrot (LexisNexis).

⁶⁷. Véase los fallos “Ministerio de Cultura y Educación de la Nación contra U. N. Cuyo”, CSJN, 27/5/99, M. 1788 XXXII; “Ministerio de Cultura y Educación de la Nación observa Estatuto Universidad Nacional del Litoral”, CSJN, 27/5/99, M.544 XXXIII; “Ministerio Nacional de Educación c. Universidad Nacional de San Juan”, CSJN, 27/5/99, M. 1892 XXXII y “Ministerio de Cultura y Educación s/ observa Estatuto de la Universidad Nacional del Sur”, CSJN, 27/5/99, M. 2033 XXXII; entre otros.

⁶⁸. “Estado nacional c. Universidad Nacional de Córdoba” (1999), Fallos 322: 875. Véase consid. 12, 13 y 20 del voto de la mayoría integrada por los Ministros Nazareno, Moliné O’Connor, López y Boggiano.

En este sentido, puede afirmarse que en nuestro esquema constitucional, **la gratuidad se impone en los tres niveles educativos**, quedando vedada cualquier interpretación que asimile a la equidad como una excusa para el arancelamiento. Más bien, *la noción de equidad que acompaña al principio de gratuidad debe ser entendida como un complemento de esta última, y no como un fin en sí mismo; a fin de asegurar la gratuidad de los estudios y coadyuvar en todas aquellas situaciones en donde la gratuidad no resulte suficiente y pueda vulnerarse el principio de igualdad*. En este sentido, es útil traer la opinión de F. Bravo (1998: 17) quien señala que el principio de equidad consiste en que la real igualdad de oportunidades para grupos con muy distintos capitales culturales requiere asignar más recursos y prestar una atención más especial a grupos desaventajados. La obligación de Estado de este modo configurada, genera una responsabilidad financiera tanto en el ámbito nacional como provincial y municipal. Este compromiso se puede deducir a su vez, no sólo del plano constitucional citado sino también de aquel otro compuesto por el derecho internacional de los derechos humanos.⁶⁹

4.2.3 La Constitución fija contenidos de enseñanza: contenidos sobre educación en la Constitución de 1994

4.2.3.1 Educación e identidad cultural

El último párrafo del artículo 75 inciso 19 refiere a la protección de la cultura y la creación artística. En efecto, la norma tiene por objeto proteger la multiplicidad de identidad cultural de la sociedad alcanzando también a la libertad de creación y circulación artística y cultural (y los espacios culturales y audiovisuales a través de los

También véase el voto concurrente del juez Vázquez quien entendía a su vez que “del alcance constitucional de la “equidad y gratuidad”, interpretado de acuerdo con la intención del constituyente de 1994, surge que la educación pública – aun cuando fuere de tipo obligatoria – es siempre susceptible de ser arancelada” (consid. 11) así como también que resultaba posible “implementar legislativamente un sistema de arancelamiento universitario que con análogos principios a los que rigen la imposición fiscal, haga que el pago del arancel quede sujeto a la capacidad contributiva de cada persona [...] (consid. 11, último párrafo).

⁶⁹. Bravo (1998) señala asimismo que incluso en razón de la equidad resulta justo que los estudiantes carentes de recursos, por encima de la gratuidad, reciban becas para poder realizar los estudios con regularidad y eficiencia. Continúa expresando que de ese modo quedaría superada la discriminación económica *en el acceso y la permanencia* en los distintos niveles del sistema educativo, con garantía de calidad. Por su parte, la Comisión IDH, ha dicho en un informe en 1999, en relación a Colombia, que “[las] inequidades en la distribución de la riqueza y los niveles de pobreza en aumento también afectan el acceso a la educación. Una de las causas principales de la deserción escolar es el costo de la educación. Aunque la escuela en sí es gratuita, muchas familias no pueden sufragar los gastos asociados con la educación, como por ejemplo la compra de materiales y ropa y el pago del transporte” (Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. OEA, 26 febrero 1999. Capítulo III, párr. 14).

cuales esto se canaliza), la que debe ser también estimulada, fomentada y libre de toda censura o proscripción.

En sintonía con ello, la reforma constitucional ha contemplado en el artículo 75 inc. 17, el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, garantizando paralelamente el derecho a una educación bilingüe e intercultural. El tema fue propuesto a través de un dictamen consensuado de la Comisión de Redacción y fue aprobado por el pleno sin debate. Formularemos un análisis más detallado de este contenido más adelante.⁷⁰

4.2.3.2 Educación y niñez

Un artículo de la reforma previó la existencia de un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental. La interpretación de lo que quedaba comprendido en este tramo también fue objeto de un debate. En este sentido el convencional A. Bravo sostuvo: “esta redacción es pésima. Se habla del período de enseñanza elemental que, en realidad, no existe. Se va a proteger algo que no existe. En todo caso, debería hablarse del nivel de educación general básica, que es el que abarca desde el último año del jardín de infantes hasta el segundo año de lo que conocemos ahora como escuela secundaria”.⁷¹ En un sentido similar, estuvo dirigida la crítica por parte del convencional Eduardo Varese quien señaló como “un error sumamente grosero establecer en el texto constitucional hasta la finalización del período de enseñanza elemental, ya que este régimen de seguridad alcanzará en algunas provincias hasta los dieciocho años, en otras hasta los veintiuno o veintidós y en otras hasta los quince”, en referencia a las distintas formas en que las provincias implementaban los nuevos niveles educativos de la entonces Ley Federal de Educación. Por su parte, el convencional Iván Cullen, restringió la noción de “enseñanza elemental” a algo mucho menor. Esto se observa desde que sostuvo que “[L]a norma cuya inclusión en nuestra Constitución estamos considerando es incluso más restrictiva de la protección de los derechos del niño [...] lo cierto es que en la Convención sobre los Derechos del Niño la protección de la seguridad social dura hasta que el niño tenga dieciocho años. Advertimos que en esta norma que se pretende incorporar como tuitiva, esa protección termina cuando finaliza el período de enseñanza

⁷⁰. V. capítulo IV y anexo III.

⁷¹. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 4638.

elemental. En consecuencia, estamos dando una protección menor de la que ya tenemos con jerarquía constitucional”.⁷² Para este convencional, la obligación de la enseñanza en el sentido constitucional expresado pareció confinarse, a lo sumo, a una educación primaria.

La previsión de este régimen social de protección (que no se profundiza en su contenido en el debate) debe leerse junto con las previsiones que garantizan el artículo 75 inc. 23 en cuanto también aquí se incluyen disposiciones relativas a la adopción de medidas de acción positiva y de la seguridad social. El desarrollo de estas disposiciones conjuntamente serán retomadas en los *capítulos III y IV*.

4.2.3.3 Educación ambiental y consumo

La reforma fijó varios contenidos de enseñanza y entre ellos incorporó también dos referencias explícitas a la educación en el contexto de las relaciones de consumo y de la protección del medio ambiente. Cuando el artículo 41 consagra el derecho al ambiente sano dice en su párrafo segundo que las autoridades proveerán a la información y la educación ambientales. Las distintas opiniones y discursos en el marco de la Convención daban cuenta de la oportuna inclusión en el texto constitucional del tema desde que se ha tomado cada vez mayor conciencia mundial acerca de las responsabilidades estatales y de los deberes personales y sociales de los ciudadanos y de las empresas sobre la preservación y progreso de la calidad ambiental para las generaciones presentes y las futuras.⁷³

El desarrollo curricular de este contenido al que alude el artículo cumple un rol claramente educativo: tiene por objetivo lograr un alcance amplio, porque no sólo ha de procurarse esa educación en los establecimientos escolares (a través de la inclusión del tema en todos los planes de enseñanza de los distintos niveles) sino asimismo, en forma generalizada para todas las personas, y a través de todos los medios posibles, a fin de contribuir a proteger el ambiente. En ese sentido, el Congreso Nacional sancionó tiempo después la ley 25675 de “Política Ambiental General” que en el marco de sus objetivos refiere a la promoción de la educación ambiental, la que “constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su

⁷². Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 4653.

⁷³. Véase debate de la Convención Constituyente, en particular, los discursos de los convencionales Elba Roulet (pág. 1608), Teresa Peltier (pág. 1613 y ss.), Dina Rovagnati (pág. 1618) entre otros.

utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población” (artículo 14). Agrega finalmente que “constituirá un proceso continuo y permanente, sometido a constante actualización que, como resultado de la orientación y articulación de las diversas disciplinas y experiencias educativas, deberá facilitar la percepción integral del ambiente y el desarrollo de una conciencia ambiental” (artículo 15).⁷⁴

Por su parte, el artículo 42 de la Constitución Nacional reconoce el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios y prescribe igual obligación de las autoridades para proveer a la educación para el consumo y uso de servicios.⁷⁵ En el momento de someter el dictamen de mayoría por el miembro informante Roberto Irigoyen se puntualizó la extensión del contenido educativo. Allí se afirmó que era “importante que se produzca una instrucción del consumidor de orden formal por medio de la educación y de orden informal a través de los medios masivos de comunicación. Serán responsables de esta tarea no sólo los empresarios y las asociaciones de consumidores, sino también el Estado, a fin de crear sentido crítico en el consumidor para que éste tenga una actitud de discernimiento en todo lo que significa la publicidad en los medios de comunicación para

⁷⁴. El tema reviste especial importancia a la luz de la especial preocupación que en el tema ambiental está llevando a cabo la Corte Suprema de Justicia Nacional con motivo de la contaminación en la cuenca Riachuelo. Así, en el caso “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado nacional y otros” (del 8/7/08 - M. 1569. XL.), ante la presentación efectuada por varias personas en su condición de damnificados por la contaminación ambiental causada por la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo, promoviendo demanda por diversas pretensiones que especifican contra el Estado nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó entre otros puntos al Estado nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que se presente un plan integrado que contemple un programa de educación ambiental y un programa de información ambiental. Sobre este fallo y su implicancia desde el federalismo, volveremos en el capítulo V, numeral 7.1.

⁷⁵. En efecto, la educación se erige así como un medio – entre otros – para el logro del fin propuesto, esto es la protección del consumidor y el usuario, la transparencia del mercado y la promoción de los hábitos (y no del consumismo *per se*) de selección y defensa de los intereses comprometidos en el consumo y uso de bienes y servicios. Señala Bidart Campos (1994: 354) que “educar para consumir [...] es predisponer adecuadamente a las gentes para que sepan ejercer el derecho a la libre elección en el acceso y el tráfico del mercado. Este “saber” implica (en primer lugar) la previa educación para discernir lo que puede o debe consumirse, lo que tiene calidad para la opción, lo que está destinado a las necesidades básicas de lo que no es imprescindible o es superfluo. Es una educación informativa que tiene que llegar hasta provocar e inducir la capacidad del consumidor para reconocer el engaño y la seducción, y para preservarse de ellos”. Es interesante señalar que Gelli (2005: 470) advierte en su obra que la atribución de las autoridades estatales de proveer educación al consumidor debe ser ejercida con prudencia “pues podría implicar una indirecta actividad publicitaria, violatoria de la libre competencia y ajena a las funciones del Estado quien, por esa senda, se convertiría en el árbitro de la actividad productiva al orientar el consumo y las preferencias sociales, generando distorsión en los mercados e incumpliendo la obligación constitucional de velar por la transparencia de aquellos”. Así expresa que el Estado “sólo debería educar al consumidor en orden a 1) preservar su salud, ejerciendo su poder de policía de seguridad y salubridad [...] y 2) instrumentar programas escolares [...] para alfabetizar en los medios de comunicación, distinguiendo publicidad de propaganda, entender las reglas y modos de ambas [...]”.

sentirse asistido, y conozca sus roles y derechos en el mercado de consumo”.⁷⁶ Con similares argumentos, varios convencionales acordaron con esta enunciación, entre ellos, Adriana Puiggrós quien señaló además que esta educación debía ser de “calidad y gratuita”,⁷⁷ e Isabel Salinas quien atendió a que tal educación debía “otorgar lo necesario para que quien está en situación de debilidad o desprotección pueda hacer valer sus derechos”.⁷⁸

4.2.4 Otros puntos de la reforma constitucional

La reforma constitucional no sólo operó en lo referido a la concepción del derecho a la educación sino también respecto de la organización institucional en la materia. Así, tal como ya hemos hecho mención, al prever en su artículo 75 inc. 19 la competencia del Congreso Nacional para sancionar las leyes de base y organización de la educación quedaron ampliamente superado los debates surgidos en este punto, por lo que dicho

⁷⁶. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 4174. También la ley 24240 de Defensa del Consumidor, ha otorgado amplias facultades al Estado en materia de educación al consumidor. En efecto, el artículo 60 dice lo siguiente: “Planes Educativos. Incumbe al Estado nacional, las provincias y municipalidades, la formulación de planes generales de educación para el consumo y su difusión pública, fomentando la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y la participación de la comunidad en ellas, debiendo propender a que dentro de los planes oficiales de educación primaria y media se enseñen los preceptos y alcances de esta ley”. Por su parte el artículo 61, al referirse a la formación del consumidor señala que ésta debe tender a: “ a) hacerle conocer, comprender y adquirir habilidades para ayudarlo a evaluar las alternativas y emplear sus recursos en forma eficiente; b) facilitar la comprensión y utilización de información sobre temas inherentes al consumidor; c) orientarlo a prevenir los riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios; d) impulsarlo para que desempeñe un papel activo que regule, oriente y transforme el mercado a través de sus decisiones.

⁷⁷. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 4237 y ss.

⁷⁸. Véase debate de la Convención Constituyente, pág. 4243. Como puede verse de los extractos del debate aquí puntualizado, el constituyente no reflejó suficientemente las diferentes concepciones del discurso sobre el consumo. Nuestra posición, prefiere partir de la necesidad de una educación *en* el consumo y *para* el consumo de bienes y servicios. La primera parece ajustarse a la protección frente a situaciones contractuales y extracontractuales de responsabilidad ante las relaciones de consumo y uso de servicios a las que diariamente estamos expuestos en nuestra sociedad y las formas y acciones de reparación. La segunda requeriría, según las distintas edades, el tipo de educación y los niveles escolares, una capacitación suficiente que tienda a proteger, más allá del hecho concreto del consumo o servicio y con carácter preventivo, los derechos fundamentales que puedan verse vinculados o afectados en tales relaciones de consumo (derechos a la salud, integridad física fundamentalmente) e informar sobre cursos de acción frente al daño o amenaza de tales derechos. En este análisis puede aún quedar pendiente la *tensión* que existe entre una educación basada en el consumo, aún con las connotaciones señaladas, y los contenidos curriculares que puedan verse transversalmente tocados o vinculados con él, como las cuestiones de género, diversidad cultural, entre otros.

precepto no cabe sino encuadrarlo como una extensión de lo expresado en el inciso anterior; punto sobre el que retomaremos más adelante.⁷⁹

La segunda adición en relación con este punto corresponde a la mención del artículo 125 del texto constitucional, en cuanto en lo que aquí interesa, reconoce la facultad de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires en orden a “*la promoción del desarrollo humano, la educación, la cultura, la ciencia y la tecnología*”. De este modo, se hace explícita la existencia de competencias concurrentes en estas materias entre el gobierno nacional y las jurisdicciones locales a la par que se confirma la gestión y tarea que ya dichas jurisdicciones venían realizando y que encontraban suficiente respaldo tanto en sus propias constituciones y leyes locales en el tema como en la propia doctrina y jurisprudencia existente.

Todo este desarrollo sobre la educación en la reforma constitucional de 1994 se acrecienta más aún, tanto en su contenido como fines y propósitos, a partir de la inclusión en el bloque constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos; aspecto sobre el cual trabajaremos a partir del siguiente apartado.

5. El derecho constitucional internacionalizado y los tratados internacionales sobre derechos humanos

5.1 La educación en el derecho internacional y los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos

Actualmente el derecho a la educación forma parte del derecho internacional de los derechos humanos, el que abarca un sistema complejo de organismos e instrumentos, internacionales y regionales, creados para el establecimiento de

- a) los *estándares internacionales y contenidos básicos* para la regulación específica de aquellos *derechos* que deben ser garantizados a todos los seres humanos,
- b) las *correspondientes obligaciones* que dichos derechos generan para los Estados hacia sus habitantes en el ámbito de sus respectivos territorios.⁸⁰

⁷⁹. V. capítulo V, numeral 4 en adelante.

⁸⁰. En sus orígenes, la preocupación en torno a la educación se debió fundamentalmente a razones económicas, nacionalistas y de seguridad antes que su respeto como derecho humano. Tomasevski (2004: 15) sostiene que el argumento de que el Estado debía proveer de educación a todos los niños se basaba mayormente en que “los pobres, iletrados, endeudados y armados” eran difíciles de gobernar. El argumento económico fue esgrimido también en la Organización Internacional del Trabajo que relacionó

En este sentido, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló que “el derecho internacional concerniente a los derechos humanos se ha elaborado con el propósito de amparar toda la gama de derechos humanos que es preciso hacer efectivos para que las personas puedan vivir una vida plena, libre, segura y sana”.⁸¹ Bajo este marco, el derecho a la educación fue ganando terreno en su reconocimiento y alcances en el contenido de varios instrumentos.

Tanto en materia educativa como en otros derechos, la progresiva interacción entre el derecho internacional y el derecho interno se ha manifestado de diversas formas, donde se incluyen no sólo las declaraciones y los tratados internacionales, sino también a la jurisprudencia y decisiones (recomendaciones, resoluciones, observaciones generales, informes, entre otros) de órganos de control de los sistemas internacionales de protección. De esta forma, quedan incluidas en el derecho internacional de los derechos humanos las normas producto de este conjunto de resoluciones, doctrina y jurisprudencia de los organismos internacionales y regionales así como aquellas reglas y principios que pueden derivarse de sus informes que realizan (como los provenientes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). En nuestro esquema constitucional la labor de dichos organismos es aún más importante si se atiende a que los tratados previstos en el art. 75 inc. 22 deben ser tenidos en cuenta “*en las condiciones de su vigencia*”. Esto conlleva

la educación obligatoria con la edad mínima para el empleo ya en 1921. La inversión en educación fue definida como una responsabilidad del gobierno – mayormente organizada a través de la figura de un servicio público - y así, la educación obligatoria como medio de eliminar el trabajo infantil sentó las bases para el surgimiento del derecho. Tiempo después, la realidad brindó el marco para que el derecho internacional se desarrollara y con él el surgimiento de compromisos por los Estados encaminados a realizar y proteger los derechos humanos frente a sus diversas violaciones. Los acontecimientos históricos y los efectos que ellos produjeron, tales como la crisis de los años 30’ y la *Shoá* llevaron, hacia la segunda posguerra mundial (y juntamente con el surgimiento del “constitucionalismo social”) al consenso global y necesario para la construcción de un nuevo orden internacional de derechos humanos (Tomasevsky: 2004), en el que finalmente se perfiló un contenido que privilegiaría la concepción de la educación como derecho fundamental. Las fuentes del derecho a la educación primero se limitaban a normas previstas en los ordenamientos jurídicos de una pequeña cantidad de Estados. El corolario, la responsabilidad del gobierno de proveer o financiar la educación, se usó como punto de partida. Desde la segunda mitad del siglo pasado, el derecho a la educación, al igual que el sistema jurídico internacional en su conjunto, fue ampliándose progresivamente a través de la aprobación de declaraciones y tratados internacionales, mayormente auspiciados por los propios organismos internacionales (como Naciones Unidas) y otros regionales.

⁸¹. Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996): *Folleto informativo N° 16 (Rev. I)*, disponible en internet: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf>, (fecha de consulta: febrero de 2010).

a considerar a éstos con su respectiva jurisprudencia y doctrina emanada por los órganos competentes supranacionales.⁸²

El Sistema de protección de los Derechos Humanos puede dividirse en un sistema universal y varios sistemas regionales. Así, el sistema universal es el establecido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y es aquel en el que deben basarse los demás sistemas, esto es, comprende los estándares mínimos generales, mientras que los mecanismos regionales abarcan las peculiaridades de cada una de las regiones en concreto. En nuestro ámbito, está vigente además el sistema interamericano que cuenta con sus propios mecanismos e instrumentos de funcionamiento y aplicación dentro de la región.

El origen del sistema universal de protección parte de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, que fue la traducción de la promesa política en obligaciones legales para los Estados y tuvo gran alcance político y jurídico. Dicho instrumento no se limitó a reconocer un derecho a la educación sino que lo dotó de un contenido. La declaración refiere a la educación en el artículo 26 cuando expresa: “toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos”. En su inciso segundo analiza el objetivo que tendrá ese derecho a la educación consagrado en el inciso anterior: “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”; entendiendo al mismo tiempo que este derecho debe favorecer “la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos”. Deja en su última parte el deseo que la educación comprometida a establecer y sostener por los Estados firmantes “promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”; consagrando con ello el anhelo de la humanidad de educar para la paz. Finalmente, en su

⁸². Así, resulta de especial interés atender a lo dicho por algunos de los órganos de vigilancia de los tratados sobre derechos humanos que han interpretado los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque constitucionalidad y cuyos pronunciamientos serán considerados en el desarrollo de este trabajo. Entre estos cabe señalar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño, principalmente.

tercer inciso alude a que “los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”.

El derecho a la educación contaba pues con gran apoyo entre las delegaciones negociadoras de la declaración. En efecto, dos de las tres propuestas iniciales para la lista de derechos que debía comprender una futura declaración de los derechos humanos, incluía el derecho a la educación y la responsabilidad subsiguiente del Estado en el ámbito primario (Tomasevski, 2004: 66). Esta importancia se ve reflejada, asimismo, en el hecho de que el derecho a la educación está previsto en los cinco instrumentos internacionales de derechos humanos más importantes, y todos los Estados del mundo son parte al menos de uno de ellos.

Tabla N° 1. Principales tratados internacionales de derechos humanos

Tratados de Derechos Humanos	Año de adopción	Año de entrada en vigencia	Año de entrada en vigor para Argentina	Número de Estados que suscribieron
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	1966	1976	1986	151
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	1966	1976	1986	148
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial	1965	1969	1968	169
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	1979	1981	1985	174
Convención sobre los derechos del niño	1989	1990	1990	174

Fuente: elaboración propia sobre la base de Tomasevski, K. (2004 b): Manual on rights-based education: global human rights requirements made simple. Bangkok: UNESCO Bangkok.

De este conjunto de instrumentos los dos primeros (el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** y el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**), revisten especial importancia en la configuración de la educación como derecho fundamental. Ambos pactos partieron de la necesidad de traducir los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos en obligaciones más concretas y más específicas a cargo de los Estados para con sus habitantes. Asimismo,

importó la aparición de mecanismos de monitoreo y control a través de la creación, del Comité de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos a cargo, entre muchas otras funciones, de realizar informes sobre el cumplimiento de los pactos por los Estados partes, examinar las denuncias y formular interpretaciones sobre el contenido de tales instrumentos:

Seguidamente, haremos un análisis en perspectiva comparada de los distintos instrumentos de derechos humanos, muchos de los cuales tienen *jerarquía constitucional* (art. 75 inc. 22 CN), considerando la estructura, contenidos y mecanismos en ellos previstos, con particular referencia a la educación.⁸³

5.2 La educación en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos

5.2.1 Fines y contenidos de la educación

La educación es tomada en los instrumentos internacionales de derechos humanos como una herramienta crucial para, en el marco de la educación *en y para* los derechos humanos, el logro de los fines asociados a cada una de las declaraciones y tratados internacionales de protección y promoción de los derechos. Así, en prácticamente todos ellos se enuncia que la educación debe orientarse hacia el respeto de los derechos y libertades previstos en el instrumento, promoción de los valores democráticos, de justicia y de paz y el desarrollo de la autonomía personal. En nuestro medio, la fórmula a nuestro criterio más completa esta expresada en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) que en su artículo 13, inc. 2, dice: “Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz”.

⁸³. En el anexo II se incluye una transcripción detallada del articulado que en materia educativa contienen los instrumentos internacionales de derechos humanos considerados para el presente análisis.

La educación también aparece con fuerza como herramienta de difusión y trabajo sobre los objetivos, políticas y programas vinculados con los tratados que persiguen metas concretas. Así sucede con claridad, por ejemplo, en relación con el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (N° 169) de la Organización Internacional del Trabajo, en donde se señala entre otras metas, que “un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional”, agregando que las medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional tendrán por objeto “eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos”. Como puede observarse en muchos casos los objetivos terminan fusionándose con la explicitación de contenidos más o menos precisos para el tipo y calidad de educación requerida para el cumplimiento de las obligaciones previstas en el instrumento. – y no sólo de aquellas que se vinculan con el derecho a la educación estrictamente, sino también de las otras obligaciones que atañen a aspectos de salud, integridad física, formación ciudadana, libertad de conciencia y culto, entre otras.

5.2.2 Niveles, regímenes y carácter de la enseñanza

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos parecen analizar el sistema educativo desde tres niveles que se definen como primario, medio y superior. El nivel medio o secundario a menudo es comprendido desde una formación o bien generalizada o con especialización en formación técnica o profesional. En todos los niveles existe una aspiración hacia el logro de una meta de “universalización”, es decir, que la educación se encuentre al alcance de todos.

El grado de compromiso en educación difiere considerablemente de acuerdo con los distintos niveles. Así, aparece como casi una constante la exigencia de gratuidad en el nivel primario (y en menor medida su obligatoriedad en cuanto a su asistencia). Para con la educación secundaria y superior, la mayoría de los tratados sólo se comprometen hacia una “progresiva gratuidad”, o bien se limitan a asegurar la accesibilidad conforme principalmente la capacidad o mérito de la persona.

En el orden de reiteraciones, le sigue la garantía de la igualdad como principio de no discriminación (igualdad de trato) y como no sometimiento (igualdad de oportunidades).

Aquello no se limita a barrer con las discriminaciones fundadas en las “categorías sospechosas” (tales como género, edad, nacionalidad, raza, religión, entre otras), ni se agota en asegurar la simple admisión de grupos previamente excluidos de la escuela. Para muchos de los instrumentos que comprenden problemáticas particulares (tales como la Convención sobre la mujer, la de prohibición de tratos inhumanos o degradantes, o contra la discriminación racial, entre otros) se fijan obligaciones mucho más integrales e inclusivas y prohibiciones complejas que eviten todo tipo de discriminación injustificada en la etapa previa, durante y en el egreso en el sistema educativo.

La mayor parte de los instrumentos alude a la necesidad de que el derecho esté sujeto a una de educación de calidad. En este sentido, no es sencillo en principio, agrupar de manera inequívoca los elementos que involucran una educación de calidad. Los diversos tratados, en función de su ámbito de especialidad, agregan y ponen énfasis en varios caracteres de contenido y en condiciones internas y externas bajo las cuales se deben desarrollar los procesos de enseñanza y aprendizaje. De todos modos, es claro que todos ellos deben entenderse complementarios entre sí y sólo a través de la sumatoria de ellos, es posible consensuar o alcanzar una definición plausible. En este orden, queda claro que una educación de calidad exige alcanzar los objetivos fundamentales ya citados y vinculados con el respeto de la dignidad de la persona, los derechos humanos, la interculturalidad, la diversidad y los valores democráticos. A su vez dicha educación debe ser suficiente para permitir al individuo su desarrollo integral y autónomo como persona, para desempeñarse activamente en el ámbito económico y productivo y también para participar políticamente en su comunidad

Sin duda, la mayor enumeración sobre los caracteres de la enseñanza se encuentra en el artículo 13 inc. 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que señala: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas

personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.” Este extenso catálogo ha sido objeto de un minucioso análisis por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de las Observaciones Generales N° 13 y 14, conforme veremos más adelante.

Un dato de interés en este tema, son los numerosos registros que permiten observar que el derecho a la educación no queda confinado en el marco de un sistema educativo formal sino también que abarca varias políticas vinculadas con la educación no formal, como planes de alfabetización, educación para adultos, educación de capacitación técnica, educación permanente, entre otros.

5.2.3 Rol y acción del Estado

Como dijimos, un dato clave para comprender la importancia de la introducción del derecho internacional de los derechos humanos en nuestro marco jurídico nacional radica en atender a la educación desde un enfoque basado en derechos humanos, que desplaza aquellas visiones fundadas exclusivamente en las necesidades particulares del mercado o en la prestación de un servicio público. Todos los instrumentos internacionales parten de la convicción de que el desarrollo de políticas basado en un enfoque de derechos humanos conjuga el respeto y protección de los principios que informan los derechos humanos en el contexto de una sociedad democrática y justa. De esta forma, a la par de que se procura que la puesta en práctica de tales medidas por las autoridades sea más sensible a las necesidades de los habitantes (y en particular de los grupos más vulnerables, niños especialmente) se promueve de igual modo las capacidades de éstos para demandar sus derechos y hacer uso de ellos en un contexto de participación democrática.

De este punto se deriva la regla de que los Estados tienen *obligaciones específicas* que surgen del derecho a la educación. La educación ya no se concibe en el marco de una mera política pública, un programa o una finalidad estatal únicamente. Tampoco desde una prestación de no intervención exclusivamente. De esta imposición decanta la previsión de que los Estados en particular, están obligados a *realizar acciones concretas* y a *destinar recursos apropiados* de sus presupuestos nacionales para poder realizar este derecho.

Existe un cuerpo de obligaciones fijadas hacia los Estados que forman parte de prácticamente la totalidad de los instrumentos internacionales que aluden a la educación. Una de ellas según ya señalamos consiste en la obligación de los Estados en garantizar, como piso, la *gratuidad y obligatoriedad de la educación primaria y básica*.

Asimismo, si bien el Estado puede no ser necesariamente el único que brinde educación, el derecho internacional de los derechos humanos lo obliga a ser un actor activo en la prestación y/o control de la educación. Los Estados quedan obligados a asegurar de manera inmediata la educación primaria gratuita y obligatoria, o a elaborar un plan y buscar ayuda internacional para cumplir con esa obligación tan rápido como sea posible (ejemplo de esto último el supuesto del artículo 14 del PIDESC). Para la educación postprimaria, como comentáramos, los Estados asumen la obligación de tomar medidas que tiendan a hacerla progresivamente gratuita, asequible y accesible a todos; debiendo establecer distintos tipos de asistencia financiera a tales efectos (como un sistema de becas).

5.2.4 Libertad de enseñanza: la educación privada y el rol de los padres

Otra de las obligaciones que asumen los Estados mayormente en materia educativa refiere a la *libertad de enseñanza*, plasmada en el reconocimiento de la posibilidad de un sistema educativo mixto (público y privado) y el derecho de los padres sobre la formación de sus hijos. Puesto que en general se reconoce en los padres su calidad de primeros educadores, también la mayor parte de ellos prevén el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos, conforme a su moral o religión, protegiendo de este modo el pluralismo en la educación y evitando el monopolio estatal en el sistema educativo. Sin embargo, la libertad de enseñanza en todos sus aspectos queda sujeta a un límite que la mayoría de los instrumentos explicitan: la educación privada y la educación que los padres elijan para sus hijos debe respetar las “normas mínimas” que fije el Estado en educación y ser compatible con el objeto y fin de dichos instrumentos y los objetivos que éstos le asignan a la educación en general.

5.2.5 Docencia

Si bien su escasa mención en los instrumentos internacionales no justificaría un apartado especial, dado que se trata de un engranaje muy importante para el logro de la

calidad educativa, es necesario remarcar las obligaciones asumidas por los Estados en este punto en tales instrumentos de derechos humanos. Ello es muy bien observado en la Declaración Mundial sobre Educación para Todos que expresa, por un lado, “teniendo en cuenta el especial papel profesional y vital del personal docente”, la necesidad de concertación de acciones entre éstos y el sector de los administradores de la educación y ministerios. Por el otro lado, señala que “este contexto, las condiciones de servicio y la situación social del personal docente, que representan un elemento decisivo para conseguir la educación para todos, deben mejorarse urgentemente en todos los países, en consonancia con la recomendación OIT/UNESCO relativa a la situación del personal docente (1966)”.

En el orden de obligaciones asumidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el único que prevé una mención clara sobre el deber de los Estados hacia el mejoramiento de las “condiciones materiales” del cuerpo docente. Este párrafo, como el resto de artículo ha sido también objeto de interpretación por el Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, que especificó que tales condiciones comprenden desde una buena calificación, salarios competitivos, libertad académica, hasta el reconocimiento de sus derechos laborales y gremiales.

Finalmente, algunos instrumentos internacionales prevén obligaciones específicas en la formación de los docentes acordes con los objetivos de dichos instrumentos. Así, el Convenio sobre Pueblos Indígenas hace hincapié en la formación de docentes bilingües, o en el caso de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la obligación de los Estados de emplear docentes capacitados a tales fines, calificados en el manejo del lenguaje de señas Braille, entre otros y con una formación que incluya la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios, técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad.

5.2.6 Cultura y ciencia

La educación se nutre de, y se encuentra estrechamente vinculada con, la promoción de la cultura y el desarrollo de la ciencia. Así también lo entienden los instrumentos internacionales que se apoyan en ambos aspectos para potenciar sus metas específicas. Casi la totalidad de las declaraciones y tratados refieren al derecho de los individuos y de la comunidad en su colectivo, a formar parte de la vida cultural de la sociedad, a proteger

los valores y prácticas culturales, al fomento de la interculturalidad y a la promoción y aprovechamiento del desarrollo científico.

Por lo general, este reconocimiento forma parte del artículo mismo que refiere también a la educación o aparece inmediatamente debajo del tema educativo. La lectura transversal de estos instrumentos reconoce que una mejor calidad educativa requiere de la adopción de medidas de protección y fomento conjunto tanto de la cultura en sus más variadas manifestaciones cuanto de la técnica y la innovación científica. Y paralelamente se reconoce que, en un proceso que se retroalimenta, la cultura y la ciencia precisan de la educación para su subsistencia y progreso.

Esta esquematización está lejos de ser exhaustiva, pero es de suma utilidad para delinear una serie de patrones comunes en el reconocimiento de la educación como derecho humano fundamental por parte del derecho internacional, que la ponen claramente por fuera de su calidad de mero bien privado o servicio público.

5.3 Algunas notas acerca del constitucionalismo latinoamericano. Una lectura de la Constitución Nacional en su contexto.

La caracterización internacional arriba efectuada, puede no reflejar cabalmente el marco de los cambios ocurridos en el contexto latinoamericano y que tuvieron impacto directa o indirectamente en materia educativa. Para empezar, asistimos a un consenso mucho más fuerte en relación con el reconocimiento de los derechos sociales en el conjunto global de las constituciones a nivel regional. En tal sentido, las reformas constitucionales de Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2007-2008), Colombia (1991) y Bolivia (2006-2009), han inaugurado una nueva tendencia que se caracteriza esencialmente por mostrar una serie de fenómenos interesantes. En primer lugar., ofrecen muchas una reacción a las políticas neoliberales de la década de 1990 y la introducción de valores y prácticas impulsadas por el modelo constitucionalista radical que supere el nominalismo institucional presente en las constituciones más formales, con la falta de presencia efectiva de la Constitución en el ordenamiento jurídico y la sociedad (Viciano y Martínez D., 2010: 23). No debe olvidarse que en su génesis, estas reformas constitucionales aparecen en el contexto de una fuerte crisis de representatividad, desconfianza en los gobiernos, y el crecimiento de la desigualdad en todas sus formas. De allí que este nuevo constitucionalismo, además de poder garantizar un control real del

poder por los ciudadanos, busca responder a la pregunta – aunque no sea la única – de cómo solucionar el problema de la desigualdad social (Viciano y Martínez, ob. cit.). Todas estas constituciones incluyen en sus cláusulas nuevas instancias participativas y establecen o refuerzan los compromisos sociales adeudados. Asumen la forma de grandes cantidades de artículos,⁸⁴ donde como en el caso de la educación, se procura detallar exhaustivamente el alcance del derecho, las obligaciones del Estado, los objetivos, fines, financiación, administración y gobierno, políticas, entre otros puntos. Pese a lo ambiciosas que puedan parecer sus cláusulas, estos intentos constituyen una importante apuesta para avanzar en la protección y reconocimiento de los derechos (individuales y colectivos), y así favorecer un más amplio acceso a la justicia, permitiendo paralelamente una mayor integración social, la transformación de la justicia de clase en otra más permeable a las demandas sociales (Gargarella: 2008) y la posibilidad de que estas decisiones judiciales puedan también influir en la implementación de los programas gubernamentales.⁸⁵

⁸⁴. Justamente la extensión de las nuevas constituciones parece formar parte junto con otros atributos, de los elementos formales comunes al nuevo constitucionalismo latinoamericano. En este sentido, Viciano y Martínez D. sostienen que esta característica debe entenderse con otro aspecto vinculado con la complejidad. Ambas características “han sido expresamente buscadas por el constituyente, consciente de que ni el espacio físico ni la búsqueda a toda costa de la simplicidad textual podían levantarse como obstáculos a la redacción de un texto constitucional que debe ser capaz de dar respuestas a aquellas necesidades que el pueblo solicita a través del cambio de su Constitución [...] en estos tiempos, asimilan la necesidad de ejercer otra función mucho más importante [...] : la permanencia de la voluntad del constituyente, que busca ser resguardada en la medida de lo posible para evitar su olvido o abandono por parte de los poderes constituidos, una vez la constitución ingrese en su etapa de normalidad”. Estos autores también le añaden a este nuevo constitucionalismo los atributos de originalidad, atento a su contenido innovador y experimental, al construir una nueva institucionalidad y determinadas características que tengan como finalidad promover la integración social, y establecer elementos de participación que legitimen el ejercicio del gobierno por los poderes constituidos. Finalmente una última característica común según ellos es la rigidez, puesto que se apuesta a que la modificación de la constitución sea exclusivamente por el poder constituyente originario, es decir, el propio pueblo. V. para un mayor desarrollo: Viciano Pastor, R y Martínez Dalmau, R: “Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? Trabajo presentado en el VIII World Congress of International Association of Constitutional Law, México, 6-10 de diciembre de 2010. Disponible en: www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/13/245.pdf. Fecha de consulta: julio 2011.

⁸⁵. En este orden, asocian Gargarella y Courtis (2009: 32) que la crítica respecto a la posibilidad de una “inflación de derechos”, aunque válida, desde que muchos derechos incorporados en las nuevas constituciones son de difícil o imposible satisfacción, no puede llevar a descalificar automáticamente la operación de expandir el apartado de derechos de estos textos. Citando como ejemplos constituciones austeras como la de Estados Unidos de América o la de Chile, señalan que dichas constituciones vienen de la mano de una práctica judicial muy hostil frente a los derechos sociales, culturales o económicos en general. Así culminan en su obra: “ocurre que, típicamente, cuando los jueces no encuentran respaldo escrito a esos derechos nuevos (por ejemplo, cuando no ven escrita en la Constitución ninguna mención al derecho a la salud, o a los nuevos derechos indígenas), ellos tienden a negarles toda relevancia. Es decir, parece haber una alta correlación entre la no inclusión de nuevos derechos y el no reconocimiento judicial de los nuevos derechos. Entiéndase bien: decir lo dicho no implica afirmar que, por incluir nuevos derechos en las nuevas Constituciones, esos derechos van a convertirse, mágicamente, en realidad. Lo que

En verdad, estas largas referencias a derechos han sido objeto de fuertes críticas en cuanto a su concreción. Conviene citar en respuesta a esta objeción, lo sostenido por Gargarella y Courtis (2009:31) quienes señalan con acierto que “estos textos tan exigentes y llenos de derechos no se han convertido en “pura poesía” [...]. [G]racias al status constitucional que se le ha asignado a algunos reclamos, se han reivindicado los derechos de muchas personas de carne y hueso”. Más bien, continúan estos autores señalando, esas cláusulas pueden quedar ‘adormecidas’, lo que en modo alguna implica anuladas, y por lo tanto, reconociendo la legitimidad constitucional del reclamo en ellas fundadas, pueden ganar vigencia y cobrar realidad de modo inmediato “a partir de las acciones de algún funcionario público bien dispuesto” (Gargarella y Courtis, ob. cit.: 33).

En segundo lugar, este proceso de reformas avanzó de diversos modos en las “*condiciones materiales del constitucionalismo*”, poniendo en discusión algunos de los presupuestos del constitucionalismo liberal de la región caracterizado por una fuerte protección al derecho de propiedad, una distribución asimétrica de derechos y libertades y un abstencionismo estatal como principal garantía de las libertades individuales. Así Gargarella y Courtis (ob. cit.: 40) expresan que las nuevas constituciones latinoamericanas han intentado actuar sobre las bases materiales de la sociedad a través de la consagración en sus textos de directivas económicas intangibles, normalmente relacionadas con la propiedad pública de los recursos naturales, o el rol activo del Estado en la economía.

Finalmente, y en relación con esta idea de legitimar un nuevo orden constitucional, que amplíe sus bases democráticas y de participación, gran parte de estas constituciones se apoyan en el fenómeno de la *multiculturalidad* o *interculturalidad*, según el caso, dando fuerte impulso al reconocimiento de la diversidad cultural de los pueblos, especialmente de los originarios. Pero por sobre todo, también en estas constituciones se resalta el valor de la diversidad cultural, religiosa, entre otras, no como un problema sino como una cualidad de la sociedad compleja de hoy, y que debe ser respetada y promovida. De esta manera, a lo largo de sus artículos en las constituciones ya no se pretende reafirmar un modelo de Estado homogenizante de una sola nación, cultura, y religión sino que se intenta defender otro tipo de unidad en la que la diversidad no sea simplemente aceptada sino celebrada. En este sentido, Sousa Santos (2008: 3) en oportunidad de referirse a los recientes procesos constitucionales en Ecuador y Bolivia afirma que “la unidad no tiene

se afirma es lo opuesto, es decir, que la ausencia de tales derechos tiende a trabajar negativamente contra su posible, y por lo demás deseable, materialización”.

por qué ser homogénea y tampoco la diversidad tiene que ser desintegración [...]. Pasar de la interculturalidad a la plurinacionalidad: [...]. [E]l objetivo de la plurinacionalidad no es solamente la idea del consenso sino del reconocimiento de las diferencias, de otra forma de cooperación nacional con unidad en la diversidad”.

El contenido de la última reforma constitucional argentina comparte muchas de estas características que se repitieron en otros países de América Latina, si bien con matices. Coincidimos con la afirmación general de Gargarella (2008: 754) en cuanto a que nuestra Constitución reformada aspiró a recuperar algunos rasgos institucionales asociados al constitucionalismo radical, y sin embargo, encontró y encuentra aún dificultades para el logro de una implementación efectiva de aquellos compromisos sociales asumidos en la normativa constitucional. De ello podremos dar cuenta en el análisis jurisprudencial (en este mismo capítulo) y legal concreto (en el *capítulo II*) que con posterioridad abordemos sobre el tema que nos convoca.

Sin embargo, se dieron en materia de derechos sociales en general- y la educación en particular – fuertes cambios positivos. La reforma de 1994 como vimos, plasmó en el texto constitucional atributos de la educación como derecho fundamental que significaron un hito importante en su reconocimiento y más aún en su realización y exigibilidad, con el subsiguiente establecimiento de garantías de protección específicas como la acción de amparo. La ampliación del contenido de la educación como derecho fundamental ocurrió tanto por la incorporación de normas que expresamente aluden a ella en la redacción de la Constitución así como por la introducción con jerarquía constitucional de instrumentos internacionales de derechos humanos claves como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esto último no fue un fenómeno exclusivo argentino, la oleada de reformas de la década de los noventa en adelante, reconoció y ubicó al derecho internacional de los derechos humanos en un lugar destacado y en el más alto nivel jerárquico dentro de sus sistemas jurídicos (a través de su conformación en un bloque de constitucionalidad, como normas supraconstitucionales, normas supralegales, según el caso).

De este modo, se configuran nuevas obligaciones a cargo del Estado y se reinterpretan las condiciones y formas de cumplimiento de sus obligaciones y deberes en materia de derechos básicos, como aquél vinculado con la prestación del servicio educativo. Asumen especial valor aquellas cuestiones relacionadas no sólo ya con la ampliación del acceso sino con una mejora sustancial de la calidad educativa. Esta última abarca especialmente

la introducción de nuevos contenidos que resultan más afines a la ampliación de las bases democráticas de la sociedad mediante el fomento de valores tales como la participación, la igualdad material, la interculturalidad en el sentido arriba señalado, entre otros conforme veremos en el *capítulo IV* y en lo referido a su desarrollo curricular, de acuerdo con lo señalado en el *anexo III*.

6. Conclusiones intermedias y propuestas

La reforma constitucional de 1994 produce un cambio significativo en la norma suprema que rompe con la tradición constitucional (en parte sacudida sólo por el intervalo de la reforma constitucional de 1949) y modifica definitivamente las bases materiales del derecho a la educación. Bajo un modelo constitucionalista social, aparecen los lineamientos necesarios para dar base a la educación como derecho fundamental. Estos cambios pueden comprenderse con mayor precisión al avanzar en el desarrollo que ha merecido la educación como derecho fundamental en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por este motivo, la segunda parte de este capítulo ha tenido por fin marcar esa profundización del fenómeno de la *internacionalización del Derecho Constitucional* producida a partir de la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de acuerdo con el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reformada, en el contexto de los cambios acontecidos en el *constitucionalismo latinoamericano* en general.

Todo este extenso catálogo normativo que constituye hoy el *bloque de constitucionalidad federal* nos plantea la necesidad de estudiar en detalle qué implica en concreto en términos de contenidos, de obligaciones para los Estados y de mecanismos de protección y garantía, un reconocimiento genuino de la educación como derecho fundamental más allá de su calidad de bien o servicio público.

Este desarrollo requiere desandar prácticas que no se avienen a este reconocimiento de la educación pero que se encuentran fuertemente arraigadas en la normativa infraconstitucional, la jurisprudencia y los modos de actuación de los órganos federales, nacionales y provinciales. Es necesario poder rastrear algunas tendencias que muestren un diagnóstico de lo que ocurre en estos niveles y órganos de gobierno para poder luego aportar las herramientas argumentativas que permitan atender a una concepción del

derecho educativo bajo la teoría de los derechos fundamentales y sus funciones; y con ello atender a un cambio positivo en su realización.

7. La educación y los precedentes judiciales en el ámbito de la justicia interna e internacional de la Corte Interamericana de Justicia

El siguiente apartado contiene un estudio y reflexión sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. También hemos incluido algunos casos relevantes de los tribunales inferiores (mayormente provinciales) que se inscriben en la línea de dicha jurisprudencia. Finalmente el análisis jurisprudencial se cierra con ciertos casos de interés ante la Corte Interamericana de derechos Humanos. Este análisis tiene como objeto poner a prueba la reconstrucción del significado, alcance e interpretación del articulado constitucional en la materia. Como hemos adelantado, dicha jurisprudencia será retomada en su mayor parte, para fundamentar el desarrollo de los contenidos de las funciones del derecho a la educación en los *capítulos III y IV*.

7.1 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores en materia educativa

La experiencia en reclamos referidos a la educación por los tribunales de un Estado es una herramienta muy útil para conocer el grado de reconocimiento del derecho, su carácter y su alcance en la práctica. Frente al Poder Judicial se juega una gran parte del tema de las garantías del derecho, un componente clave de la educación vinculado con su exigibilidad. De esta forma la acción judicial puede contribuir a reducir la distancia, a veces estructural, entre la normatividad y la efectividad, posibilitando una mayor realización del derecho.

En principio, por tratarse hoy de un ámbito descentralizado, en la Argentina la jurisdicción en materia de educación *básica*, es local o provincial. Ello provoca que existan problemas para armar una base de datos jurisprudencial que permita ver con claridad la supervisión y tutela judicial del derecho a la educación en las respectivas provincias. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debido a su importancia como máximo tribunal de justicia, puede tener un alto impacto en la judicialización del derecho a la educación, por lo que serán analizados seguidamente. A su vez, intercalaremos en todo cuanto nos ha sido posible reconstruir, las líneas

jurisprudenciales que de estos fallos han derivado otros pronunciamientos provenientes de tribunales de justicia inferiores provinciales (y excepcionalmente, federales).

El diagnóstico propuesto tiene por finalidad evaluar algunos déficits que la jurisprudencia aún mantiene para con el derecho a la educación en su realización como derecho fundamental. De este punto decanta un argumento de relevancia a favor de la importancia de nuestra tesis. *La perspectiva desde la cual se aborde el conflicto en educación por parte de la justicia es clave para poder cambiar las posiciones desde las cuales se atiende al reclamo.* Por un lado, la necesidad de visibilidad de la existencia de un individuo o un grupo como sujeto titular del derecho y no un mero administrado o “beneficiario de una política pública”, y por el otro lado, la posición de quien está obligado a garantizar el derecho a la educación: el Estado, pero no ya como un mero administrador de un servicio público sino además, como sujeto destinatario – por el derecho nacional e internacional – de obligaciones de diverso tipo que imprimen un contenido específico que debe cubrir para con ese derecho, conforme lo detallaremos en el *capítulo IV*.

En suma, a través de la jurisprudencia de la Corte, aunque acotada, puede ser *reconstruida la concepción de educación que sostiene el tribunal al momento de resolver reclamos referidos a ella y el alcance de las disposiciones que se asigna a las bases constitucionales.* A primera vista dicha jurisprudencia podría clasificarse según los siguientes temas:

- a) autonomía de los establecimientos educativos, *y en particular de las universidades nacionales;*
- b) situaciones de discriminación hacia docentes y alumnos en el ámbito público y privado;
- c) supuestos de conflictos entre la libertad de culto y la objeción de conciencia;
- d) régimen disciplinario;
- e) cuestiones impositivas;
- f) responsabilidad legal de los docentes y/o establecimientos educativos;
- g) relación laboral docente (transferencias, despidos, suspensiones, cesantías, etc.;
- h) sistema educativo, su estructura federal y los planes de estudio;
- i) reclamos por cumplimiento de obligaciones o prestaciones debidas por el Estado nacional o provincial en materia educativa en general;
- j) cuestiones que vinculan a la educación en el marco de reclamos por prestaciones integrales hacia personas en condiciones desaventajadas;

k) vulneraciones o afectaciones al derecho a la educación en contextos de privación de libertad.

La clasificación demuestra que buena parte de los casos que llegan a la Corte se refieren a la relación laboral o aspectos de la responsabilidad civil tradicionales. Respecto de los otros, como veremos, en su mayor parte tienen que ver con afectaciones indirectas del derecho a la educación por la vía de afectación de otros derechos fundamentales. En esta investigación no nos concentraremos ni en los primeros vinculados con el derecho laboral o civil ni en los aspectos de la autonomía de las universidades (en tanto poco nos dice para pensar nuestra tesis de la educación básica como derecho fundamental),⁸⁶ y a fin de no excedernos en el objeto de estudio de esta tesis. Sí lo haremos en relación con los puntos referidos a supuestos de discriminación, situaciones en que entran en conflicto la libertad de culto y el interés estatal en la educación, y los casos sobre el principio de razonabilidad y la aplicación sanciones disciplinarias, pues estos casos son los que a menudo se transforman en problemas de acceso o permanencia en el sistema y comprometen el derecho a la educación como derecho fundamental. Sobre esta base, asimismo, desarrollaremos algunos comentarios de fallos vinculados con los supuestos i), j) y k). La mayor parte de estos casos admitiría a su vez una subclasificación según la perspectiva desde la cual se los analiza. Así, en todos los fallos en que sea posible, haremos esta distinción conforme el enfoque esté puesto en la estructura del plan de estudio, el establecimiento educativo, los alumnos, los docentes, los padres, por citar algunos ejemplos.

Existe sin embargo una conclusión preliminar que es posible apreciar a simple vista. Gran parte de la jurisprudencia nacional devela una *visión restringida* del derecho a la educación, entendida como el mero acceso al ingreso del sistema educativo formal. Así pues, incluso aquellos casos de la Corte Suprema que involucran alguna afectación indirecta del derecho a la educación no exceden el universo de veinticinco fallos.

⁸⁶. Sobre este último punto, v. Ruiz, G. y Cardinaux, N. (compiladores) (2010): *La autonomía universitaria. Definiciones normativas y jurisprudenciales en clave histórica y actual*, Buenos Aires: La Ley-Facultad de Derecho de la UBA.

7.1.1 Situaciones de discriminación hacia docentes y alumnos en el ámbito público y privado

En este sentido, uno de los precedentes en materia de discriminación, comprometiendo la accesibilidad en el derecho a la educación – pero desde una faz del derecho de enseñar – se refirió al caso “Repetto”, donde la Corte consideró inconstitucional la exigencia de nacionalidad argentina para impartir enseñanza en establecimientos públicos sobre la base de que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los nacionales, no encontrando justificada tal exigencia.⁸⁷

En el caso, por aplicación de una normativa provincial,⁸⁸ se exigía a una ciudadana norteamericana, residente en la Argentina desde los 3 años, con título de maestra jardinera obtenido en el país, obtener la nacionalidad argentina para continuar ejerciendo esa profesión en una escuela privada. El tribunal por unanimidad declaró la inconstitucionalidad de aquella disposición y amparó el derecho de la extranjera a enseñar. Para así resolver dispuso que “no hay, pues, ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional [refiriéndose al artículo 20], de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcrita prescripción constitucional”.⁸⁹ Asimismo señaló que “si bien es cierto que la Constitución no consagra derechos absolutos, y que los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan [...], esa reglamentación, en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada discriminando entre argentinos y extranjeros, pues entonces no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria porque entraría en pugna con otra norma de igual rango que la reglamentada [volviendo aludir al artículo 20], y no puede constituir criterio interpretativo válido el de anular unas normas constitucionales por aplicación de otras,

⁸⁷. CSJN, “Repetto” (1988), Fallos 311: 2272.

⁸⁸. Se trataba del artículo 5º, inc. a), del Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires (vigente por resolución 2877 del ex Ministerio de Educación del 17 de julio de 1959, y su modificación por resolución 721 del 23 de marzo de 1977), y el artículo 4º, inc. a), del decreto 4 de la misma provincia del 4 de enero de 1980, en cuanto establecen el requisito de ser argentino nativo para ejercer la docencia en carácter de titular o interno de un establecimiento de enseñanza privada.

⁸⁹. CSJN, “Repetto”, considerando 4.

sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás”.⁹⁰

Aunque la mayoría acordó en la solución del caso en unos pocos considerandos comunes, la fundamentación más profunda del fallo tuvo matices diferentes que se vieron reflejados en sus votos particulares. Así el ministro Fayt apeló especialmente a que el “cuadro histórico” que la había motivado (fundado en las épocas de inmigración masiva donde la educación sistemática tenía una función importantísima, que llevaba a ver en ella el santuario de la nacionalidad”) había sufrido grandes modificaciones, lo que llevaba a que la norma “no resistiera en la actualidad el control de razonabilidad constitucional”.⁹¹ Por su parte, en el voto conjunto de los ministros Bacqué y Petracchi se examinó la norma cuestionada bajo la lupa del criterio de igualdad y se aplicó un análisis de *escrutinio estricto* de las razones de la distinción a la luz de la protección que el mencionado artículo 20 de la Constitución otorga a los extranjeros.⁹² Sostuvieron que en el caso concreto, las razones alegadas por el estado provincial (tales como “salvaguardar el desarrollo de un sentimiento nacional”) no pasaban este escrutinio, y por ello quedaba confirmada la inconstitucionalidad de la norma.⁹³

Así también requisitos físicos que se establecen como condición de idoneidad deben examinarse con criterio estricto a fin de no encubrir una discriminación o concepción educativa autoritaria e irrespetuosa de la dignidad humana. En sentido similar, la Corte Suprema en “Almirón” decidió que la exigencia de la visión de los dos ojos no guardaba relación de proporción con el objeto de estudiar el profesorado de geografía y por lo tanto, implicaba “un atentado al derecho constitucional de aprender y enseñar”.⁹⁴ Asimismo, agregó que “la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los

⁹⁰. CSJN, “Repetto”, considerando 5.

⁹¹. CSJN, “Repetto”, considerandos 13 y 14 del voto del ministro Fayt.

⁹². Sobre el análisis del examen del escrutinio estricto nos remitimos al capítulo III, numeral 5.3 y 5.5.

⁹³. Véase también para un análisis de la aplicación del examen de escrutinio estricto en casos similares: Clérico, Laura y Schwartzman, Sebastián (2007): “Repetto revisitado: a propósito del fallo del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires sobre acceso a la docencia en el caso de los extranjeros”, en Alegre M, y Gargarella, R (2007): *El derecho a la igualdad*, ob. cit. pág. 345 y ss. Asimismo, Treacy, Guillermo F. (2005): “El principio de igualdad y las personas nacidas en el exterior: problemas y perspectivas” en JA 2005-IV-517; y Bianchi, Enrique T. y Gullco, Hernán V.: “La Cláusula de la igualdad: hacia un escrutinio más exigente”, en JA 2001-I-1241, entre otros.

⁹⁴. CSJN, “Almirón, Gregoria c/Ministerio de Educación de la Nación s/acción de amparo”. Fallos 305: 1489 (1983).

jueces, ante planteos concretos de la parte interesada; verificar el cumplimiento de dicho presupuesto”.⁹⁵

También tuvo oportunidad de referirse respecto al derecho de aprender y enseñar en similar sentido en la causa “Arenzón”.⁹⁶ En ese caso el actor dedujo amparo contra la Dirección Nacional de Sanidad Escolar al negarle dicho organismo el certificado de aptitud psicofísica que le permitía ingresar en un profesorado de matemáticas y astronomía sobre la base de que el actor no reunía el requisito de altura mínima exigido por una resolución. La Corte Suprema de Justicia de la Nación al declarar la inconstitucionalidad de la resolución expresó que “la negativa de extender el certificado de aptitud psicofísica para inscribirse [...] no guarda razonable relación con el objetivo de estudiar el profesorado [...] e importa una limitación arbitraria a los derechos de enseñar y aprender, contemplados en el artículo 14 de la Ley Fundamental, que excede la facultad reglamentaria de la administración”.⁹⁷ Por el contrario, no se violaría la libertad de aprender cuando para el desempeño de una tarea se exige al aspirante la serie de conocimientos que hacen a la idoneidad para desempeñar esa tarea, eliminando a quien no posee tales conocimientos, siempre dentro de un marco de la razonabilidad y en tanto no se configure ningún supuesto de discriminación arbitraria.⁹⁸

⁹⁵. CSJN, “Almirón”, consid. 5.

⁹⁶. CSJN, “Arenzón, Gabriel D. c. Gobierno nacional, Ministerio de Educación -Dirección Nacional de Sanidad Escolar”, Fallos 306:400 (1984).

⁹⁷. CSJN, “Arenzón”, consid. 5.

⁹⁸. En la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, existe un fallo que marca la misma lógica que la de este antecedente de la Corte, pero respecto del acceso a la docencia por razón de la edad. Así, en el Expte. N° 482/00: “Sandez, Carlos Armando c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, dicho tribunal hizo lugar a una acción de amparo con el objeto de que se “declare la inconstitucionalidad del art. 14 inc. d) de la Ordenanza 40593 (Estatuto del Docente Municipal) y, en consecuencia, se permita al suscripto presentarse al concurso para el ingreso a la carrera docente en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. El amparista, de 40 años, se encontraba excluido de presentarse al concurso desde que el citado Estatuto disponía como condición “no poseer más de cuarenta (40) años de edad en la fecha de llamado a concurso, excepto que posea antigüedad docente, y siempre que la diferencia entre los años del aspirante y los de servicios computados no exceda de cuarenta y cinco”. Entre sus argumentos el voto mayoritario sintetizó que “no se ha aportado ninguna razón sustancial de carácter pedagógico vinculada a la idoneidad o referida a la política de incorporación de recursos humanos, que justifique fijar una edad máxima como límite al ingreso a la carrera docente. El examen de dicha condición, por lo contrario, muestra una velada hostilidad hacia las personas comprendidas entre los 40 años y la edad que permite el goce de una jubilación, pues aún cuando acrediten su idoneidad y aptitud psicofísica para ejercer la docencia, se las excluye. Es decir: la cláusula bajo análisis contribuye a excluir a un grupo de personas que, dadas las actuales condiciones económicas, quedan colocadas en una situación social vulnerable. [...]. Lejos de favorecer el emprendimiento, por parte de las personas ya adultas, de nuevos estudios para ingresar —o en definitiva reingresar— al difícil mundo del trabajo, se obstruye dicha posibilidad sin siquiera esbozar una mínima justificación, basada en criterios relativos a la idoneidad educativa o pedagógica.” En igual sentido frente a una análoga causa falló en el caso “Expte. N° 826/01 SAO “Salgado, Graciela Beatriz c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos

Una situación de discriminación en razón del género recién llegó a la Corte en 1997. No se refiere ya al sujeto docente sino a los alumnos, lo que cambia el eje hacia el derecho de aprender. Los padres de alumnos del Colegio Nacional Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, dedujeron un amparo contra la resolución del Consejo Superior de la citada Universidad en virtud del cual se transformaría al Colegio en un establecimiento de carácter mixto.⁹⁹ La Cámara, por mayoría, rechazó la acción y declaró la validez de la ordenanza cuestionada. Contra lo así resuelto los actores se dirigieron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien confirmó la sentencia apelada. Si bien el tribunal decidió la causa sobre la base de que la mentada decisión de la universidad no era pasible de revisión judicial respecto de la oportunidad, mérito o conveniencia de su dictado (pues era un acto administrativo que hace al gobierno y autonomía universitaria), dispuso que no se vulneraba el artículo 14 de la Constitución Nacional pues éste no otorga a los padres el derecho a que se mantenga un régimen de educación diferenciada por sexos, considerado contrario al progreso institucional de acuerdo con la promoción del proceso democrático y la igualdad de oportunidades sin discriminaciones por las autoridades competentes.¹⁰⁰

Un punto novedoso relacionado con el concepto de discriminación lo aportan los votos de Petracchi, Boggiano, Bossert y Vázquez, quienes establecen un estándar claro: la educación diferenciada por sexo vulnera normas contenidas en el bloque de la constitucionalidad argentina, y consecuentemente, con el objeto de eliminar estereotipos discriminatorios se debe tender progresivamente a la implementación de sistemas educativos mixtos. Así, el voto del ministro Petracchi, señaló que la implementación de la

Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (TSJ, 2001). Véase también en este sentido, pero respecto a la categoría nacionalidad, el caso “Gerez, María Cecilia c. Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes”, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires” (2007) (LA LEY 2008-C, 158). En el fallo, la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires rechazó la solicitud de inscribirse en los listados de aspirantes a la docencia a una docente por razón de carecer de nacionalidad argentina en virtud de lo previsto por el art. 57 inc. "a" del Estatuto del Docente de la Provincia de Buenos Aires. La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires declaró la inconstitucionalidad de dicha norma pues entendió que “contradice el principio de igualdad ante la ley al desconocer que la idoneidad es la base para el acceso a los cargos públicos, y afecta con irrazonabilidad los derechos de enseñar y de trabajar”; ordenando finalmente a la autoridad de aplicación, que se abstuviera de impedir, con base a la citada disposición, la inscripción de la peticionante a los listados oficiales de la docencia. Véase también Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, "Méndez Correa, Sandra E." (2002) (LA LEY, 2003-A, 263) 1; CNFed. Contencioso Administrativo, sala II, "Central Puerto S.A. c. S.E." (1995), (LA LEY, 1996-C, 54); CContencioso Administrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, "Fundación Mujeres en Igualdad c. Ciudad Autónoma de Buenos Aires", (2000) (LA LEY, 2001-C, 834).

⁹⁹. CSJN, “González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nac. de Córdoba”, Fallos 323:2659 (2000), LA LEY 2000-F.

¹⁰⁰. CSJN, “González”, Fallos 323:2659, Punto VII del Dictamen del Procurador General de la Nación.

enseñanza mixta en el Colegio era “la única alternativa compatible con los principios constitucionales de igualdad y de no discriminación y con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -de jerarquía constitucional-, ya que el mandato del artículo 10, inc. c) de esta norma internacional no se cumple con la creación de un colegio similar dedicado a las mujeres”. La validez de la ordenanza universitaria residía en la eliminación del concepto estereotipado de los roles masculino y femenino mediante el desarrollo de un sistema educativo mixto. Para Petracchi, una educación diferenciada por géneros, hacía recordar a la desgraciada historia de “separados pero iguales” proveniente de la Corte de los Estados Unidos¹⁰¹ y que descansa en el concepto de inferioridad de la clase que se discrimina: las desigualdades discriminatorias entre los seres humanos no son sólo jurídicas y económicas, también son sexuales.¹⁰²

En un idéntico sentido, Bossert expresó que la educación mixta - prevista en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer- ha sido incluida esencialmente para eliminar todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza. Agregó que la educación mixta no agota su finalidad con hacer posible el ingreso de mujeres en la unidad escolar, constituye un instrumento -dentro de una pluralidad de medios- destinado a promover o afianzar un cambio cultural que tiene por objeto evitar todo tipo de discriminación contra la mujer.¹⁰³

También el voto de Vázquez señaló que “la educación mixta, cuyo ‘estímulo’ está asignado a los Estados partes por el artículo 10, inc. c) de la Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer debe ser considerada en sí misma como un mandato, pues contribuye a la “eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza según lo dispone la norma citada”.¹⁰⁴

A su vez, a menudo en la jurisprudencia de los tribunales provinciales, también se develan “categorías más sutiles”, vinculadas por ejemplo con los casos sobre ejercicios

¹⁰¹. En alusión a las escuelas públicas racialmente segregadas existentes en los Estados Unidos hasta su eliminación a partir de la declaración de inconstitucionalidad en el caso *Brown vs. Board of Education* (347 U.S. 483 - 1954).

¹⁰². CSJN, “González”, Fallos 323:2659, consid. 7 del voto concurrente de Petracchi.

¹⁰³. CSJN, “González”, Fallos 323:2659, consid. 11 del voto concurrente de Bossert.

¹⁰⁴. CSJN, “González”, Fallos 323:2659, consid. 5 del voto concurrente de Vázquez.

arbitrarios de sus atribuciones por parte de establecimientos educativos (privados).¹⁰⁵ En los hechos estos casos pueden implicar claramente un certero impedimento al acceso a la educación, particularmente grave para personas o grupos vulnerables (niños, niñas en situaciones de pobreza, con discapacidades, mujeres embarazadas). Así pueden citarse *en materia de acceso* entre estos casos, “Montenegro Patricia Alejandra y Otros contra Gcba s. Amparo (Art. 14 Constitución de la Ciudad)”, de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, (2005). Allí se ordenó al Gobierno de la Ciudad la adopción de medidas tendientes a brindar a los niños menores de quince años “involucrados en la actividad de cartonear” becas escolares y los incentivos necesarios para que puedan continuar sus estudios, además de la correspondiente cobertura social y sanitaria (y de este modo “reemplazar” los ingresos que obtenían como consecuencia de la actividad que desarrollaban pero que desconocía y afectaba severamente el derecho a la educación – entre otros como la prohibición de trabajar - de los niños en edad escolar). Asimismo, vinculado con el tema de situaciones de discapacidad, se encuentra el caso “Romboli, Mónica G. y ot. p/ su hijo menor c. Colegio Instituto San Buenaventura”, de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, (2008).¹⁰⁶ Los padres de un menor (en tratamiento psiquiátrico) interpusieron demanda de daños contra el establecimiento educativo al que asistía por considerar que éste actuó de forma discriminatoria, a causa de ciertas medidas que tomó el colegio luego de reincorporar al menor tras haberlo suspendido y prohibirle su reinscripción al siguiente ciclo lectivo.¹⁰⁷ La Suprema Corte de la provincia hizo lugar al recurso extraordinario de inconstitucionalidad y admitió la demanda promovida.

En “L., M. I. y D. P., M. c. I. C. M.” (2007) la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín hizo lugar a una acción de daños y perjuicios instada por la madre de un niño en representación de éste, contra un instituto educacional privado por haberse negado a

¹⁰⁵. Corte de Justicia de Salta, “M. de D., M. y otro c. Instituto San Nicolás S. R. L.” (2000). Un alumno fue inscripto en un instituto privado sobre la base de una constancia provisoria de estudios, supeditada a su oportuna legalización por la Dirección General de Enseñanza Media de la Provincia de Salta. Incumplido dicho requisito, el citado establecimiento dispuso la interrupción del ciclo lectivo para el interesado. Llegado el caso a la Corte de Justicia de Salta, esta consideró en el caso particular, que “la interrupción del ciclo lectivo respecto de un alumno, comunicada mediante simple nota y en violación al Reglamento de Pases para establecimientos dependientes de la Dirección General de Enseñanza Media de Salta y debido a causas ajenas al propio estudiante, configuraba una lesión a los derechos de aprender y protección de la juventud -arts. 24 y 34, Constitución Provincial”; así como de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás tratados con jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22, Constitución Nacional.

¹⁰⁶. LL Gran Cuyo 2009-abril, 249.

¹⁰⁷. El establecimiento había exigido que el alumno no podía ingresar sin la compañía de un preceptor y no se le permitía hablar con nadie.

rematricularlo para el año siguiente con fundamento en el derecho de admisión ejercido discrecionalmente por el colegio. El colegio fundamentó su decisión en los inconvenientes generados en la adaptación del niño por padecer una discapacidad — en el caso, se trataba de un niño hipoacústico congénito con implante coclear— cuando al momento de admitirlo tuvo total conocimiento y conciencia de su situación, circunstancia que a criterio del tribunal “imponía adoptar las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación asumida en pos de ejecutar el contrato obrando con cuidado y previsión conforme verosímilmente entendieron o pudieron entender las partes”. El cuerpo docente no contaba con apoyo especializado para hacer frente a situaciones como la que presentaba el niño, lo cual se había visto agravado por la falta de voluntad del establecimiento de contratar una asistencia al efecto, como se había hecho para otras situaciones de mayor gravedad (otro caso de un alumno autista que recibió la contención de una maestra integradora). Además, los trastornos de conducta del alumno (que nunca pusieron en riesgo la seguridad de otros menores), encontraban su causa en la impotencia que le generaba la inadecuada comunicación con el medio, provocando una actitud defensiva relacionada con su discapacidad. Agregó el tribunal asimismo que “la no inscripción de un alumno por parte de un establecimiento educativo puede importar un abuso en el ejercicio del derecho cuando no existen motivaciones serias acordes con los antecedentes de la situación de hecho” atento la “verosímil angustia, la inquietud e inseguridad que genera el desarraigo que se agrava cuando las condiciones personales de adaptación o integración del menor a una nueva institución están comprometidas y la incertidumbre en que fueron colocados los padres al deber emprender una nueva búsqueda de establecimiento educativo”.¹⁰⁸

Finalmente, esta lista puede completarse con problemas en el acceso o permanencia en el establecimiento educativo en relación con estudiantes embarazadas. En dicho ámbito, existe el fallo “A. de M., V. y otro c. Instituto Santa Isabel”, del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa (2000). En el caso el tribunal hizo lugar a la medida cautelar de reintegro inmediato de una niña al establecimiento educacional en el cual se le denegó la reinscripción por encontrarse en estado de gravidez y hasta tanto se dictase la resolución definitiva en la acción de amparo incoada, pues la restricción impuesta le impedía continuar con su formación académica y vulneraba “*prima facie*” las garantías previstas en

¹⁰⁸. RCyS 2007, 533.

la Constitución de la Provincia de Formosa y el derecho a la educación contemplado en el artículo 28, inc. 2°, de la Convención de los Derechos del Niño.¹⁰⁹

7.1.2 Conflicto entre la libertad de culto y la objeción de conciencia

Los casos que han llegado al máximo tribunal de justicia nacional se vinculan en buena parte con los conflictos entre el derecho a la educación y el respeto por la libertad de cultos. En un caso, en el año 1976, el gobierno de facto prohibió por decreto la actividad de los Testigos de Jehová, por considerar que dicho culto no había cumplido con las reglas exigidas para su inscripción. Sin embargo, cuando una escuela pública expulsó a un alumno por haber manifestado que profesaba dicho culto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó su reincorporación por considerar que la simple pertenencia a un grupo

¹⁰⁹. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia se registran varios casos sobre este tema. Así en su sentencia T-290 de 1996, la Corte estimó que, si bien los planteles educativos pueden efectuar procesos de selección, y que pueden sujetar el acceso a requisitos de variada índole, no pueden aducir una supuesta carencia de cupos para negar el acceso a una estudiante en estado de embarazo que demostró un rendimiento académico sobresaliente y un comportamiento ejemplar. Durante todo el proceso, las autoridades de la institución demandada se habían limitado a informar que el cupo no le fue concedido a la estudiante por haberlo decidido así el Consejo Directivo, sin hacer mención de los motivos que tuvo el Consejo para negarlo. La Corte consideró válida la deducción del padre de la menor de edad en el sentido de que el cupo le fue negado a la niña por su condición de “gestante soltera”, por lo que dio lugar a la demanda y ordenó al colegio demandado matricular a la niña. En otro caso, una niña que cursaba el grado undécimo en una institución educativa fue suspendida al quedar embarazada. Las autoridades del colegio decidieron que sólo podría presentar algunos trabajos extraescolarmente, un día a la semana y en horarios distintos al de la jornada educativa. Los padres de la niña acudieron a la acción de tutela, considerando que el aislamiento al que habían sometido a su hija alteraba su proceso educativo y constituía un trato discriminatorio. El centro docente defendió su posición indicando que la niña no fue suspendida; que en aplicación del “manual de convivencia” de la institución se cambió la metodología del servicio educativo, ofreciendo el procedimiento de desescolarización, que era conocido tanto por la alumna como por los padres de familia. Para el colegio, la educación desescolarizada cumplía los requisitos de la educación a distancia, e incluía orientación y asesoría personalizada y permanente a la alumna por parte de la institución. La Corte tras conceder la tutela, encontró vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación de la estudiante, por lo que ordenó su retorno al régimen de escolaridad normal. El tribunal adujo que los manuales de convivencia no pueden tipificar como causal de mala conducta, el embarazo de una estudiante, y si lo consagran deben ser inaplicados por los jueces de tutela. En el caso bajo examen, en opinión de la Corte, si bien la “desescolarización” no implicó la pérdida absoluta del derecho a la educación, sí constituyó una prestación discriminatoria del servicio educativo y una carga desproporcionada que equivalió a la imposición de una sanción. (Sentencia T-656 de 1998). Finalmente, en el año 2009, la Corte volvió a confirmar esta posición sosteniendo que constituyen hechos discriminatorios todos aquellos que tuvieran por finalidad someter a una alumna embarazada a un tratamiento educativo distinto al de sus compañeros, limitar la asistencia a las aulas o excluirla del plantel educativo so pretexto de que su presencia trasgrede el manual de convivencia de la institución. Por ello, reiteró la Corte que la adopción de cualquiera de tales medidas por parte de colegios, universidades o instituciones similares, implicaba la vulneración de los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y, en general, a la dignidad humana (Conf. Sentencia T-393/09).

religioso no autorizado no podía afectar el derecho de aprender.¹¹⁰ En otra decisión, la Corte sostuvo que la expulsión de dos niños que eran Testigos de Jehová por no reverenciar a los símbolos patrios era ilegítima, en cuanto éstos carecían de “discernimiento” y su actitud pasiva, más que un menoscabo a esos símbolos representaba una actitud de obediencia a la autoridad paterna.¹¹¹ En este sentido expresó que sin perjuicio de la validez legal de la resolución general del Consejo Nacional de Educación, la inteligencia asignada por las autoridades del establecimiento escolar respectivo importaba un apartamiento manifiesto y arbitrario de los fines de la norma superior, con grave daño a los demandantes.¹¹² Así en este caso, sin declarar la inconstitucionalidad de la norma que imponía a los escolares la reverencia a los símbolos patrios, el tribunal efectuó una interpretación del término “reverenciar” compatible con la conducta de los estudiantes y protegió el derecho de éstos a permanecer en la escuela.¹¹³ Con cita de este fallo, el Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4 hizo lugar en favor de un alumno perteneciente a “Testigos de Jehová” una medida cautelar disponiéndose su inmediata incorporación al establecimiento a raíz de su expulsión por no querer rendir culto a la bandera al no aceptar ser escolta.¹¹⁴

En otro fallo la Corte declaró improcedente un recurso extraordinario dado que no observaba crítica ni necesidad de revisión alguna y concreta del caso resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. Dicho fallo confirmaba el amparo interpuesto por los padres a fin de que se declarara la inconstitucionalidad del decreto provincial por el cual se había expulsado a dos niños de un establecimiento educativo con motivo de la negativa de éstos, fundada en razones religiosas, de escoltar la bandera.¹¹⁵ Para el mismo año, otro caso similar llegó a la Corte donde se dispuso que se dejase sin efecto la

¹¹⁰. CSJN, “Hidalgo de Feltan” (1977), Fallos 299: 358.

¹¹¹. CSJN, “Barros” (1979), Fallos 301: 151.

¹¹². CSJN, Fallos 301: 151, consid. 10.

¹¹³. También para aquella época la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre este punto. Frente a ella se denunció al Estado argentino los hechos que denotaban los impedimentos de jóvenes testigos de Jehová en relación al acceso a la educación –por ejemplo, se les impedía inscribirse en las escuelas o dar exámenes, se los expulsaba de los institutos educativos – relacionándose con el decreto estatal arriba citado que prohibía actividades de ese grupo religioso. Así dijo que tal situación era una violación al “derecho de igualdad de oportunidades para la educación”. Por tal motivo, consideró incumplido el artículo XII de la DADH, que recepta este derecho. Es interesante señalar que no declaró violado el derecho a la igualdad, de lo que se desprende que consideró el deber de dar un trato igualitario en el acceso a la educación como parte del contenido de este derecho. (Véase Caso 2137. *Testigos de Jehová*. Resolución de 18 de noviembre de 1978 [Informe anual 1978]).

¹¹⁴. Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Contencioso administrativo Federal N° 4, “D’A., P. F.” (1981), LA LEY 1981-D, 169.

¹¹⁵. CSJN, “Santa Cruz, Hilario y otro” (1981), LA LEY 1982-A, 283.

sentencia que denegó la sustanciación del amparo deducido por el recurrente en nombre de sus hijos menores expulsados de una escuela por aplicación de una resolución ministerial de la Provincia de Buenos Aires que disponía tal sanción para quienes se negaran a reverenciar los símbolos patrios, sus próceres y recordar fechas históricas.¹¹⁶

Uno de los últimos casos en la materia ocurrió en el marco de la Corte en su composición más reciente. La Asociación de los Testigos de Jehová solicitó la inconstitucionalidad de la resolución 100/95 del Consejo Provincial de Educación de la Provincia del Neuquén, en cuanto esta entendió que obligaba a exteriorizar una conducta de veneración, juramento o cualquier acto positivo de reverencia a los símbolos patrios. El Superior Tribunal de Justicia provincial había declarado inadmisibile la acción intentada por considerar que el reglamento atacado carecía de vigencia. La actora interpuso recurso extraordinario que a su vez fue denegado. La Asociación se presentó en queja ante la Corte Suprema quien por mayoría estimó que no procedía el recurso extraordinario porque si la entidad legitimada como actora (Asociación de los Testigos de Jehová) podía hacer valer sus derechos por las vías procesales correspondientes, le estaba vedado, en cambio, promover una “acción autónoma de inconstitucionalidad”. Asimismo, la mayoría entendió que no existía una controversia actual y concreta, máxime cuando los actos administrativos dictados al amparo de la norma habían sido impugnados en sede administrativa, dando lugar a un asunto que podría justificar la ulterior intervención del Tribunal. En su disidencia la ministra Highton de Nolasco, concluyó que sí existía una controversia que habilitaba la proposición del recurso extraordinario y sobre la procedencia juzgó que obligar a ese comportamiento prescripto en la resolución cuestionada violentaba su derecho de objeción de conciencia y, por ende, la resolución quebrantaba el artículo 19 de la Ley Fundamental y resultaba inconstitucional.¹¹⁷

Así pues, a modo de resumen, puede derivarse un amplio reconocimiento jurisprudencial de la vigencia a la tutela constitucional de la objeción de conciencia de docentes y estudiantes (en virtud de la cual no les es exigible participar en actos o ceremonias que su conciencia religiosa o moral reprueba, ni prestar juramentos de igual naturaleza, ni exteriorizar conductas o sentimientos que no se comparten, etc.).

¹¹⁶. CSJN, “Blengio, Aroldo c. Ministerio de Educación y Cultura de la Prov. de Buenos Aires” (1981), LA LEY 1982-A, 277.

¹¹⁷. CSJN, “Asociación de Testigos de Jehová c. Consejo Provincial de Educación del Neuquén” (2005), LA LEY 23/11/2005.

7.1.3 Régimen disciplinario

También la aplicación de sanciones disciplinarias por parte de los establecimientos ha entrado varias veces en pugna con el resguardo debido al derecho a la educación. En “Chapla”, la Corte reiteró que el derecho a aprender no impedía la aplicación de sanciones disciplinarias, pero que éstas debían ser racionales, evitando el total avasallamiento de aquel derecho, “lo que puede ocurrir cuando los medios arbitrados no se adecuen a los fines cuya realización procuran, o cuando consagren un injustificado rigor”.¹¹⁸ En “Galina”, la Corte revocó también una expulsión basada en “una causal cuya comisión cuestionó el sancionado, si en tal supuesto no se demuestra, aunque sea indiciariamente, la imputación que sustenta la medida”. Así expresó que el derecho disciplinario de los establecimientos privados (incluido el derecho a la expulsión) debe ser ejercido a partir del respeto del debido proceso y dentro de un marco de razonabilidad.¹¹⁹

Es importante señalar que no cualquier falta o sanción disciplinaria constituye por sí mismo una afectación al derecho a la educación. Así la Corte Suprema también señaló que el derecho a la educación no sufre mengua alguna por el hecho de que una razonable reglamentación condicione su disfrute a la observancia de pautas de estudio y de conducta a las que el titular de aquél debe someterse.¹²⁰ En el caso, donde se impugnaron sanciones disciplinarias (de amonestaciones y expulsión) que se aplicaron a la conducta de estudiantes secundarios que produjeron daños materiales en el colegio al que concurrían y agresiones a otros alumnos, a docentes, no docentes y directivos, el tribunal sostuvo que a determinada edad el derecho a educarse está ligado a la responsabilidad de los actos propios y que la autoridad educativa tiene la suficiente autonomía para establecer cuán severo es el régimen disciplinario en su establecimiento (desde luego siempre que ello no se traduzca en una arbitrariedad o falta de motivación en los hechos del caso). En este

¹¹⁸. CSJN, “Chapla, Arnaldo E. c. Universidad Nacional de Cuyo”, Fallos 304: 410 (1979). En el caso, a pesar de reconocer que el alumno había incurrido en falta grave (por incitar a una huelga en la casa de estudios), el tribunal reputó que una expulsión por cinco años era excesiva.

¹¹⁹. CSJN, Fallos 304: 391 (1982). En el caso, Miguel A. Galina, alumno de la Universidad Nacional de Córdoba, que había cursado hasta el cuarto nivel inclusive en la Facultad de Arquitectura y Urbanismo, promueve demanda solicitando se declare la nulidad de la resolución del Delegado Militar de fecha 20/05/1976, por la cual se dispuso su expulsión -junto a otros estudiantes- de dicha casa de estudios, en virtud de imputárseles haber “observado una conducta reñida con lo dispuesto por el artículo 7° de la ley 21276 (que prohibía, en el recinto de las universidades, toda actividad que asuma formas de adoctrinamiento, propaganda, proselitismo o agitación de carácter político o gremial, docente, estudiantil y no docente). Cuestionada en la causa la referida imputación, la Corte dio cuenta de que ningún elemento se aportó para acreditarla, ni existía constancia alguna acerca de las informaciones que se indicaban como fuente de los antecedentes denunciados.

¹²⁰. CSJN, “Morel de Maltagliati, Alicia y otros”, Fallos 310: 2085 (1987).

mismo sentido, en otro fallo de una instancia inferior se enfatizó que “una suspensión preventiva de un alumno no vulnera su derecho de aprender, cuando se trata de investigar su eventual responsabilidad en la falsificación de actas de exámenes, delito en el que aparece involucrado”.¹²¹ Por otra parte, recientemente el Superior Tribunal de Entre Ríos, sala Procesal Constitucional y Penal, hizo lugar a una acción de amparo y dispuso la nulidad de una sanción disciplinaria grave impuesta por un colegio privado sin el cumplimiento de las garantías del debido proceso y la protección del interés del niño. En el caso, una niña fue sancionada por usar su teléfono celular en la clase, en contravención a lo dispuesto por el Acuerdo del Consejo Escolar de Convivencia. La sanción fue impuesta a la niña, que reconoció el hecho, y directamente notificada a los padres e implementada por la institución, sin haber tenido lugar en ningún momento el derecho de la menor a ser oída, ni a sus padres.¹²²

7.1.4 Estructura escolar y planes de estudios

Otro punto de la jurisprudencia en el tema se encuentra vinculado con las modificaciones a los planes de enseñanza o estudio. En 1999, en representación de sus hijos menores de edad -alumnos de escuelas secundarias dependientes de la Universidad Nacional de Cuyo-, un grupo de padres impugnó ante la Cámara Federal de Mendoza diversas resoluciones emanadas de la mencionada Universidad, que modificaron los planes de enseñanza a fin de adecuarlos a la Ley Federal de Educación 24195.¹²³ La Cámara rechazó la pretensión y seguidamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia apelada. El dictamen del Procurador que la Corte hizo suyo señaló frente al argumento de la violación de derechos adquiridos producto del cambio de los planes, que “no existen tales derechos porque los alumnos, al momento de su incorporación a los establecimientos, sólo adquirieron el derecho de revestir en la condición de tales, es decir, a participar en la formación o capacitación educativa y a

¹²¹. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, “Adba, Fernando A. c. Fundación Universidad de Belgrano” (1991). LA LEY 1991-E, 385. En el caso, se habían detectado anomalías en los Registros de Actas de exámenes, consistentes en la adulteración de las firmas de algunos profesores, por lo que se instruyó sumario, detectándose falsificaciones de actas y alumnos aprobando materias supuestamente no rendidas, por lo que se declaró la nulidad de las actas de exámenes, suspendiendo provisoriamente a los alumnos mencionados en ella y dando intervención a la Policía Federal. Uno de esos alumnos promovió una acción de amparo que dio lugar al presente caso.

¹²². Cfr. “G., J. E. J. y otra v. Instituto de Instrucción Primaria Niño Jesús D-6 y otros”, del 10/10/2011.

¹²³. CSJN, “Padres de alumnos de colegios dependientes de la Universidad Nacional de Cuyo”, Fallos: 322:270 (1999), LA LEY 1999-F, 315.

obtener un título que los habilite para incorporarse a los niveles superiores de enseñanza del sistema educativo. Ello es así, toda vez que el derecho de aprender, previsto en el artículo 14 de la Constitución Nacional, no comprende el interés de los estudiantes a que los planes de estudio permanezcan inalterables. Y, en tal sentido, las normas impugnadas no les desconocen el derecho a formarse en los establecimientos dependientes de la Universidad y a acceder al nivel polimodal que es el inmediato superior en el nuevo plan educativo creado por la Ley Federal de Educación, todo ello de acuerdo con lo declarado por V.E. respecto a que no existe un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones”.¹²⁴

Asimismo, el Procurador agregó que “toda vez que las ofertas educativas estatales suponen, no sólo el reconocimiento del derecho de aprender a través de la prestación del servicio educativo, sino también un beneficio social, [...] es en función de tal beneficio que el Estado puede legítimamente limitarlas o restringirlas, a través de la modificación de los planes de estudio, circunstancia que no altera el derecho de educarse de los habitantes, ya que, como sucede en el *sub examine*, respetan la autonomía personal, la promoción del proceso democrático y la igualdad de oportunidades sin discriminaciones, de conformidad con el inc. 19 del artículo 75 de la Constitución Nacional, [...]. [L]as restricciones o limitaciones son constitucionales toda vez que permiten a los individuos materializar el plan de vida por el que hubieren optado al momento de iniciar sus estudios y, en tal sentido, los actores no han acreditado debidamente que el nuevo plan de estudios les impida acceder a las ofertas laborales o educativas superiores que eligieron al momento de iniciar sus estudios secundarios”. Por lo tanto concluye: “los planes de estudio que modifican los anteriores con relación al contenido, duración o composición de niveles o ciclos educativos, no suponen, de acuerdo a lo expuesto, una reglamentación arbitraria o irrazonable del derecho constitucional de aprender”.¹²⁵

La jurisprudencia que surge de este último fallo permaneció inalterable en otro caso posterior resuelto dos años más tarde. En este sentido, en “Bonetto”,¹²⁶ la Corte volvió a

¹²⁴. CSJN, Fallos: 322:270, punto X del dictamen de Procurador General de la Nación.

¹²⁵. CSJN, Fallos: 322:270, punto XI del dictamen de Procurador General de la Nación.

¹²⁶. CSJN, “Bonetto, Rodolfo A. y otros c. Provincia de Córdoba y otro”, 324:4048 (2002). En el caso, los padres de alumnos de una escuela de educación técnica de la Ciudad de Córdoba promovieron acción de amparo a fin de que el gobierno provincial dejara sin efecto la aplicación de la nueva estructura educativa prevista por la ley provincial 8525, en cuanto modificaba la duración del plan de estudios y, en consecuencia, se obligara a las autoridades locales a respetar el régimen de escuela técnica, según el artículo 11 de la ley 24195 (Ley Federal de Educación). Admitida la demanda en primera y segunda instancia, la accionada interpuso recurso de inconstitucionalidad. El Superior Tribunal revocó el fallo,

compartir los fundamentos del Procurador. Este último concluyó que los padres -agentes naturales y primarios de la educación de sus hijos -si bien tienen derecho a elegir el establecimiento que responda a sus convicciones y como integrantes de la comunidad educativa pueden participar en las actividades de los institutos -, ello no implica, en manera alguna, que esté en sus manos el decidir el proyecto educativo institucional - ámbito propio de la Administración- y, en consecuencia, en el caso no se ha vulnerado el derecho a la educación garantizado por el artículo 14 de la Constitución Nacional.¹²⁷

Siguiendo parcialmente esta línea, la Corte Suprema de la Nación también se ocupó de demarcar los límites de las competencias provinciales en materia de diseño y organización del sistema educativo. En el caso “Ferrer de Leonard”,¹²⁸ la Corte Superior de Justicia de Tucumán -por mayoría- había hecho lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad articulados por dicha provincia contra la sentencia de la cámara en lo contencioso administrativo local y desestimó la acción de amparo incoada por unos padres en representación de sus hijos menores de edad a fin de que el Estado provincial se abstenga de aplicar el decreto 390/01, de su poder ejecutivo y la resolución 25/5/01,¹²⁹ de su Ministerio de Educación y Cultura y se le ordene hacer efectiva la prestación educativa a sus hijos matriculados en el tercer ciclo de la Educación General Básica (E.G.B. 3). En el dictamen del Procurador que la mayoría de la Corte Suprema de la Nación hace suyo, dejando sin efecto el fallo recurrido, se indicó que la provincia, al disponer que el séptimo año del Nivel de Educación Media se reubicara en el Nivel de Educación Básica, modificaba indebidamente el Ciclo 3 de la Educación General Básica (E.G.B.), cuyo régimen uniforme en todo el país había sido acordado en el seno del Consejo Federal de Cultura y Educación de acuerdo con los lineamientos perfilados por el Congreso Nacional al sancionar la ley de educación básica, lo cual determinaba “la manifiesta inconstitucionalidad de los actos impugnados”.¹³⁰ Además, precisó que “por amplia que sea la autonomía de las provincias para implementar el nuevo sistema, ésta no deja de estar engarzada en el ordenamiento jurídico general al cual se debe adecuar”. Su análisis concluye reafirmando que la responsabilidad asignada al Congreso en la materia “es exclusiva y excluyente y que es

entendiendo que la norma en cuestión respetaba la Ley Federal de Educación y garantizaba el derecho a aprender. Contra lo así resuelto la actora dedujo apelación federal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, confirmó la sentencia apelada.

¹²⁷. Ídem, punto VII del dictamen de Procurador General de la Nación

¹²⁸. CSJN, “Ferrer de Leonard, Josefina y otros c. Provincia de Tucumán”, (2003), DJ 2005-1, 139 – JA.

¹²⁹. El decreto 390/01 de la Provincia de Tucumán y la resolución del 25/5/01 del ministerio de educación provincial volvían a articular el sistema educativo provincial en las tres categorías previas a la sanción de la Ley de Educación Federal, esto es Enseñanza Básica, Media y Superior.

¹³⁰. CSJN, “Ferrer de Leonard”, punto IV del dictamen del Procurador General de la Nación.

claro que aquél [por la provincia] no puede desatenderla, pues el constituyente le confió con carácter propio una materia que, sin lugar a dudas, es uno de los objetivos primordiales de la Nación. La educación es la base del desarrollo personal del ser humano, por ello el Estado tiene el deber indelegable de garantizarla y estructurar un sistema educativo permanente. Por mandato de la Constitución Nacional, el Congreso está obligado a definir el modelo institucional de manera que asegure la vigencia de determinados principios y garantías que también se hallan insertos en dicha Carta y en los tratados que ella prevé, tales como la igualdad de oportunidades y posibilidades, la no discriminación y el derecho de enseñar y aprender”.¹³¹

Esta jurisprudencia resulta de interés para el momento de analizar el piso federal de competencias del Estado nacional de cara a las obligaciones básicas que asume desde una concepción del derecho a la educación como derecho fundamental a partir de su función de organización y procedimiento en el contexto de un Estado federal.¹³²

7.1.5 Cumplimiento de obligaciones o prestaciones debidas por el Estado nacional o provincial en materia educativa en general

La Corte ha debido resolver frente al incumplimiento del Estado nacional respecto de las prestaciones que emanan del derecho a la educación y que se vinculan fuertemente con la garantía de la disponibilidad educativa. En efecto, en la jurisprudencia de la Corte figura el caso de la provincia de Salta cuyo gobernador inició ante la Corte Suprema, en instancia originaria, una acción de amparo contra el Estado nacional para hacer cesar la omisión de éste en remitir fondos destinados a comedores escolares e infantiles de la órbita provincial. Asimismo, pidió como medida precautoria que se ordenara la entrega de las sumas reclamadas. La Corte acogió el planteo cautelar, no hizo mayores alusiones a los derechos en juego, si bien particularizó que en el caso se daban todos los recaudos exigidos para la admisión de tal medida, dado que era “de público y notorio conocimiento que en la actual situación de crisis resulta necesario dar estricto cumplimiento a los citados programas asistenciales a fin de evitar daños de muy dificultosa o imposible reparación ulterior”.¹³³

¹³¹. CSJN, “Ferrer de Leonard”, punto IV del dictamen del Procurador General de la Nación.

¹³². Nos remitimos para un estudio posterior del tema al capítulo V.

¹³³. CSJN, “Provincia de Salta c. Estado nacional”, Fallos 325:2367 (2002).

En esta línea también debe enmarcarse la acción de amparo que inició el Defensor del Pueblo de la Nación contra la Provincia del Chaco y el Estado nacional, a los fines de que adopten las medidas necesarias para modificar la condición actual de vida de los habitantes de la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia, en su gran mayoría de la etnia Toba, quienes se encontraban en una situación de emergencia extrema.¹³⁴ A su vez, solicitó que con carácter cautelar, se ordene a los demandados a que realicen las acciones adecuadas para cubrir sus necesidades básicas. En este sentido solicitó que “se los condene a que garanticen a dichas comunidades una real y efectiva calidad de vida digna, que les permita el ejercicio de los derechos a la vida, a la salud, a la asistencia médico-social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda, al bienestar general, al trabajo, a la inclusión social, entre otros, y que tales derechos sean satisfechos de manera continua y permanente, con la mutua intervención por parte del Estado nacional y la Provincia del Chaco”. El máximo tribunal hizo lugar a la medida cautelar y, por mayoría, requirió informes a los accionados respecto de la ejecución de los diversos planes, entre ellos el de educación, y convocó a una audiencia, sin perjuicio de lo que en definitiva decidiera luego para entender en el caso en instancia originaria.

Similar tipo de problemas pero con mayor detalle argumentativo en la respuesta están cada vez más presente en los tribunales inferiores. *Lo que ocurre en el ámbito de la Corte no se condice estrictamente con el creciente aumento del reconocimiento de la exigibilidad del acceso a la educación por parte de las jurisdicciones inferiores de algunas provincias en este punto.* En estos casos, parecería existir un tratamiento más profundo de las cuestiones y de sus efectos sobre la imposibilidad de acceso de los niños a la educación. Hemos tomado algunos fallos actuales que dan cuenta de esta afirmación. Especialmente, y sin perjuicio de las citas que hagamos a otras jurisdicciones, seguiremos haciendo hincapié en el caso de la Ciudad de Buenos Aires. En dicha jurisdicción ha habido importantes avances en algunos aspectos, tal como la cuestión fallada en el caso “Iglesias”. En el caso se hizo parcialmente lugar una acción de amparo que denunciaba severas deficiencias edilicias y de infraestructura (especialmente de aquella elemental contra siniestros), así como la existencia de “aulas modulares” (se trataba ni más ni menos que de containers) en lugares cercanos a “villas miserias” de la Ciudad. La justicia obligó a la Ciudad a que entregue en un plazo perentorio los proyectos de obras a fin de subsanar las irregularidades

¹³⁴. CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado nacional y otra” (2007), LA LEY2007-F, 111.

constatadas, y el cese del dictado de las clases en las llamadas aulas modulares dado las denigrantes condiciones, y el concreto peligro para la vida y salud de alumnos y personal docente y no docente presente.¹³⁵

En otro caso, en el año 2007, una organización sin fines de lucro inició una acción de amparo contra la Ciudad de Buenos Aires a fin que se le ordenase “cumplir con su obligación constitucional indelegable de asegurar y financiar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas en la Ciudad”, de acuerdo con lo previsto en su Constitución local (artículo 24 CCABA), afirmando que dicha obligación había sido sistemáticamente incumplida durante los ciclos lectivos correspondientes a los años 2002 – 2006.¹³⁶ Asimismo, la mentada asociación solicitó como medida cautelar innovativa que se ordenara a la demandada a que “diseñe y ejecute urgentemente medidas que tiendan a remediar la falta de vacantes del nivel inicial para el comienzo del ciclo lectivo 2007.

El juez de primera instancia en lo contencioso administrativo luego de reconocer la legitimidad de la actora y la naturaleza del derecho a la educación “en su dimensión colectiva”, procedió minuciosamente a describir las fuentes nacionales y supranacionales que demostraban “la existencia de obligaciones exigibles, en cabeza del Gobierno de la Ciudad, en lo que respecta al aseguramiento de la enseñanza básica”. En su argumentación, el juez sopesó detenidamente el contenido del derecho, su “disponibilidad”, su “accesibilidad” (en particular la accesibilidad económica), recalcando también que el mayor perjuicio de esta omisión estatal afectaba severamente la igualdad de oportunidades en el acceso a los derechos, habida cuenta que eran las familias de escasos recursos las más perjudicadas. Así, el juzgado argumentó que “ante la claridad de la política impuesta por el constituyente [de asegurar la educación de los niños en su etapa

¹³⁵. "José Antonio Iglesias y Beatriz M. E. Campos C/ Gobierno de la Ciudad Autónoma s/amparo", Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires N° 11, (2006). Asimismo, en otro caso, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires condenó al gobierno local a construir una escuela que debía ser construida en un cierto período de tiempo pero la administración local ni siquiera había empezado las obras. (Cam. Cont. Adm. y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala I, "Asesoría Tutelar c. GCBA s/amparo" del 1/6/01). También en el terreno de las obligaciones que deben ser cumplidas por el Estado en materia educativa, podemos citar el caso del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (sala civil y comercial), que dispuso que “el derecho de enseñar y aprender, que reconoce tutela constitucional, requiere para su efectivo ejercicio, de condiciones mínimas de bienestar entre las que se cuentan la energía eléctrica y el agua potable. Su corte por falta de pago es abusivo en los términos del artículo 1071 del Cód. Civil si no se ha probado la imposibilidad de obtener el pago (apremio)”. Véase Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba: “Conet c. Cooperativa de Luz y Fuerza de Villa de Soto” (1991), LLC1991, 970.

¹³⁶. Juzgado Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, Expte. N° 23.360/0 “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. GCBA s/ amparo (artículo 14 CCABA)”, del 13 de agosto de 2007.

inicial expresamente previsto en la Constitución local] la demandada no puede omitir adoptar algún conjunto de medidas tendientes a afrontar el problema [...]. [E]s la omisión de presentar un programa o conjunto de medidas tendientes a asegurar la efectividad del derecho a la educación en su etapa inicial lo que hace que esta cuestión pueda ser tratada judicialmente [...]. A los poderes constituidos sólo cabe decidir la adopción de medidas pertinentes (entre muchas posibles) para la consecución de un fin". Finalmente concluye que en tanto la ciudad no había presentado un programa integral que tendiera a dar respuesta a la demanda educativa de nivel inicial futuro, esta debía presentar el detalle de las obras en ejecución, los proyectos de obras nuevas necesarias para satisfacer la demanda más un proyecto que especificare claramente las medidas que adoptaría para asegurar el acceso a la educación inicial para el ciclo 2008. El fallo fue posteriormente confirmado en la segunda instancia. Tras llegar al Tribunal Superior de Justicia, el gobierno de la Ciudad se allanó a resolver el problema a través de la firma de un acta-acuerdo.¹³⁷

En el caso "Painefilú"¹³⁸ un juzgado de primera instancia de Neuquén acogió una acción de amparo colectivo presentada por la comunidad mapuche y ordenó al gobierno provincial a adoptar las medidas necesarias para asegurar la educación bilingüe. La administración local había ignorado los reclamos previos. La jueza ordenó a dicho gobierno a designar a un maestro bilingüe, con la garantía de participación de la comunidad en la elección.

En marzo del 2009, padres de alumnos de las escuelas de la Provincia de Río Negro interpusieron acciones de amparo, solicitando la inmediata iniciación del ciclo lectivo que al momento de decidirse la acción, a causa de una huelga docente, llevaba ya un mes suspendido.¹³⁹ En punto a la cuestión sustantiva, el tribunal entendió en el caso estaban en tensión derechos emanados de la Constitución de Río Negro, de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, tales como los derechos de aprender de niños y adolescentes y el derecho de huelga de los docentes. El tribunal emitió un *mandamus* al Estado provincial (previsto en su Constitución local)

¹³⁷. Mediante dicha acta el gobierno de la Ciudad se comprometía a cubrir para el año 2012 un total de 6385 vacantes. El convenio también establecía la creación de una mesa de trabajo entre el Ministerio de Educación, ACIJ y la Asesoría Tutelar de la Justicia porteña. Sin embargo, la citada asociación civil ha venido denunciando que las obras previstas por el gobierno de la Ciudad a tales fines han sufrido retrasos y el déficit en varios barrios continúa. Conf. Página 12, del 28/6/11: "Demoras en obras de jardines".

¹³⁸. "Painefilú, Mariano y otros c/ Consejo de Educación de Neuquén", Juzgado de 1º Instancia en lo Civil y Comercial de Junín de los Andes, (2000).

¹³⁹. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, "Frank, Silvia s/amparo s/competencia" (2009), LA LEY 27/04/2009.

ordenando al sindicato a levantar las medidas de fuerza — mientras durase la paritaria— e iniciar el ciclo lectivo de inmediato. Pero, a fin de no anular el derecho de huelga ejercido para defender los reclamos salariales, ordenó paralelamente a la Secretaría de Trabajo de la Provincia de Río Negro, reanudar en el acto las negociaciones paritarias y, al Estado provincial, a no descontar a los docentes los días de huelga, “hasta que la negociación y conciliación colectiva no se agote en la jurisdicción provincial o nacional si correspondiere”. Como fundamento de su decisión, por vía del artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, el magistrado enmarcó el conflicto en las disposiciones tuitivas de la Convención de los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional, colocando en un papel de primacía el interés superior del niño previsto en tal normativa.¹⁴⁰

7.1.6 Reclamos por prestaciones integrales hacia personas en condiciones desaventajadas

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuenta con varios fallos vinculados con la protección de los derechos de los niños en situación de discapacidad y en el marco de tales casos, también prevé supuestos de afectación directa e indirecta del derecho a la educación. Así en el caso “Lifschitz”¹⁴¹ la Corte hizo lugar a la acción de amparo de una madre de un niño discapacitado contra el Estado nacional a fin de hacer efectiva la asistencia educativa y el transporte especial que requería su situación. En el dictamen del Procurador que la Corte hace suyo se expresó que “ante la claridad de las leyes 24.431 y 24.901, que ponen a cargo del Estado el sistema de prestaciones básicas para los discapacitados en la medida en que éstos, las personas de quienes dependan o las obras sociales no puedan afrontarlos y atento a la jerarquía de los intereses en juego, cabe concluir que no existen en el caso elementos de juicio para invalidar los beneficios -costo de educación escolar y transporte especial-, sin perjuicio de que el Estado nacional

¹⁴⁰. Casos anteriores de similares características también se registran en años anteriores en otras jurisdicciones. Así, en el año 2005, el Juzgado de 1º Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 4a Nominación de Rosario hizo lugar a una acción de amparo, contra la Provincia de Santa Fe y la Asociación de Magisterio de la Provincia de Santa Fe, interpuesta por una madre en representación de sus hijos menores, con el fin de que se ordene al gobierno provincial a que garantice el ejercicio del derecho a la educación, solucionando el conflicto docente y además asegure la continuidad del dictado de clases en las escuelas públicas. La juez de primer Instancia hizo lugar a la acción de amparo interpuesta. Para así resolver, fundó su sentencia en normas constitucionales federales y provinciales y en la propia jurisprudencia del máximo tribunal local. Véase Juzgado de 1a Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 4a Nominación de Rosario, “Malvestiti, Marisa c. Provincia de Santa Fe y otra” (2005), LL Litoral 2006 (Febrero).

¹⁴¹. CSJN, “Lifschitz, Graciela B. y otros c. Estado nacional”, Fallos 327: 2413, (2008). Punto III del Dictamen del Procurador General de la Nación.

demandado pueda demostrar la aptitud económica de los padres y repetir las contra ellos o contra la obra social, si así correspondiere, las erogaciones realizadas”.¹⁴²

Esta tendencia fue corroborada asimismo en el caso “ICF”, en donde preventivamente la Corte ordenó a una obra social no adherida a la ley 24901 a que se hiciera cargo de las prestaciones en materia educativa y que surgen de la interpretación de normas provinciales (entre ellas la propia Constitución de la provincia bonaerense) pero enmarcándolo en todo momento a la luz del derecho a la salud de las personas con discapacidad tras los argumentos provenientes del artículo 75 inc. 22 y 23 y artículo 42 Constitución.¹⁴³ En igual sentido y sobre la base de este precedente, falló en el caso “Rivero”, revocando la decisión del Superior Tribunal de Río Negro que había desestimado la acción de amparo, iniciada por la madre de una niña que padecía síndrome de Down, contra una escuela cooperativa perteneciente a una obra social, con el fin de obtener la cobertura integral de la escolaridad. Agregó tratándose de un niño, “que la protección y la asistencia universal de la infancia discapacitada, constituye una política pública, en tanto consagra ese mejor interés, cuya tutela encarece [...], la Convención sobre los Derechos del Niño”.¹⁴⁴

¹⁴². Sobre esta jurisprudencia, en “O., S. B. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, (2005), (LA LEY 07/10/2005, 8) una persona discapacitada visual y motora, a causa de padecer esclerosis múltiple, promovió amparo contra la Provincia de Buenos Aires y el Estado nacional a fin de obtener la medicación necesaria para enfrentar dicha enfermedad, debido a que carecía de recursos económicos para adquirirla. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en instancia originaria, admitió el amparo respecto de ambas codemandadas. Para así decidir invocó especialmente, sobre la base del derecho a la salud, disposiciones constitucionales nacionales, de los tratados internacionales de derechos humanos, la propia constitución local (por cuanto establece que “toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado” y que la provincia “garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales ...” - artículo 36, inc. 5°) así como el andamiaje jurídico citado establecido sobre la ley 22431 y 24901 (que establece las obligaciones que deben asumir los distintos órganos del Estado, los entes de obra social y los particulares en materia de salud, educación, trabajo y transporte, entre otros aspectos facultando al Poder Ejecutivo Nacional a proponer a las provincias que sancionen en sus jurisdicciones regímenes normativos que establezcan principios análogos a los de la presente ley).

¹⁴³. CSJN, “I., C. F. c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 331:2135 (2009). También se había la Corte pronunciado de manera similar en “Cambiaso Péres de Nealón, Celia M. A. y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas” (fallos 330:3725). En igual sentido, véase: “Matar, Silvia s/amparo”, Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, 26/11/2008, “Albornoz, José Luis y otra c. I.O.S.P.E.R.”, Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala I de Procedimientos Constitucionales y Penal (LL Litoral 2009 (abril), 292), y recientemente el fallo “Hidalgo, Raúl A y Rodríguez, María Itatí”, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Resistencia, Sala I (16/04/2010), La Ley Litoral 2010 (sep), 890. En este último caso, ante una acción de amparo iniciada por los padres, la Cámara ordenó reanudar de forma inmediata las prestaciones a dos menores con Síndrome de Down por parte de una obra social y que habían sido interrumpidas por diferencias monetarias entre la cobertura y los aranceles del centro educativo al que concurrían.

¹⁴⁴. CSJN, “Gladys, Elizabeth –Rivero” (2009), consid. 3 del Dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo, DJ19/08/2009, 2296.

Asimismo, también en “Segarra”¹⁴⁵ la Corte había hecho lugar al amparo promovido por la madre y curadora de un niño en situación de discapacidad ordenándole al Instituto Obra Social del Ejército que debía reconocer la cobertura total de las prestaciones sin límite temporal que le brindaba al amparista un instituto educacional, como así también regularizar la cobertura de los meses adeudados. Para así resolver, el Procurador continuó aludiendo en su dictamen (que la Corte hace suyo) nuevamente a las normas de protección de la discapacidad, a los derechos del niño y a la gravedad de la situación.

La jurisprudencia de los tribunales inferiores en materia de discapacidad y educación también continúa y refuerza esta tendencia marcada por la Corte Suprema en los casos citados.¹⁴⁶

7.1.7 Educación en contextos de privación de libertad

El derecho a la educación, como derecho fundamental, halla oportunidad de exigibilidad, al menos indirectamente, frente a diversas situaciones vinculadas con la afectación de otros derechos fundamentales como el derecho a la salud y a la integridad física en contextos de privación de la libertad. En efecto, en el caso “Verbitsky”¹⁴⁷ una organización sin fines de lucro, interpuso una acción de hábeas corpus correctivo y colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías superpoblados, señalando además serios problemas vinculados con el deplorable estado

¹⁴⁵. CSJN, “Segarra, Marcelo Fernando c. Instituto de Obra Social del Ejército” (2008), LA LEY 2008-E, 166.

¹⁴⁶. Así, véase “Gómez Myriam Beatriz c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Incidente de apelación (de medida cautelar)”, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, (2007), donde se dispuso una medida cautelar que ordenó al Estado nacional efectivizar la inmediata inserción escolar de un menor discapacitado en un establecimiento educativo especial. En la demanda se solicitaba un resarcimiento integral de los daños sufridos como consecuencia de la deficiente prestación de los servicios de educación especial y salud hacia el menor, toda vez que se alegó que existían severos problemas de vacancia en los establecimientos municipales previstos a tales efectos. Había sufrido continuos obstáculos administrativos y en los lugares donde fue eventualmente admitido no contaban con la maestra integradora que se suponía debía asistirlo y ello agravaba los problemas de la educación especial. También véase “R. C. S. y otro c/ I.P.S.S.T. y otro s/ amparo”, Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán – sala I – (2005), donde los padres de un niño discapacitado iniciaron una acción de amparo contra el I.P.S.S.T y el gobierno de Tucumán con el objeto de que se ordenen las medidas necesarias tendientes a que su hijo menor, cuente con una maestra integradora para su efectiva integración en una escuela común en el 5° año de Educación General Básica II. La cámara hizo lugar a la medida cautelar ordenando la inscripción del niño en una escuela especial del lugar y ordenando a su vez a la Sub Directora de Educación Especial de la Secretaría de Educación a efectuar los controles y seguimientos pertinentes para preservar el derecho del niño permitiendo así la integración del menor a una escuela común, con la asistencia permanente de una maestra integradora.

¹⁴⁷. CSJN, “Verbitsky, Horacio” (2005), LA LEY 2005-E, 39.

de conservación e higiene, las condiciones de aireación, iluminación, calefacción y sanidad, la posibilidad de desplazamiento, *el acceso al servicio médico y a la educación y al trabajo entre otras*; condiciones éstas, que el Estado provincial no satisfacía siquiera mínimamente. Estos extremos incrementaban las posibilidades de poner en riesgo la vida y la integridad física de las personas, tanto de los detenidos como del personal asignado a la custodia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación por mayoría, se hizo eco de este problema sobre la base de lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Interamericana y dispuso que el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a aquella de las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia, exhortándolo tanto a él como al Poder Legislativo local a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.

En otro caso, “García Méndez”,¹⁴⁸ en oportunidad de revisar las leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores, la Corte prestó especial atención a los derechos de los niños y *a la necesidad de atender a la satisfacción del derecho a la educación*, con fundamento en que “al tiempo que la Convención [de los Derechos del Niño] ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, no ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. De ahí que aluda a la “evolución” de las facultades del niño (arts. 5° y 14.2), a la evolución de su “madurez” (artículo 12), y al impulso que debe darse a su “desarrollo” (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (artículo 32.1). Es por ello, además, que los Estados habrán de garantizar el “desarrollo” del niño (artículo 6.2)”. En esa línea, señaló respecto de la labor legislativa la necesidad de establecer, al unísono, otras políticas, planes, programas generales y específicos en materia de educación, salud, deporte, adicciones, estrategias, instituciones, instalaciones debidamente calificadas con personal adecuado, recursos y normas de coordinación.”¹⁴⁹

¹⁴⁸. CSJN, “García Méndez, Emilio” (2008), LA LEY 2008-F, 705.

¹⁴⁹. CSJN, “García Méndez”, considerando 6. Puede verse también que esta preocupación aparece en varios fallos de los tribunales de casación. Así en “F.B.R. B.”(2010) (publicado en la La Ley *on line*: AR/JUR/32198/2010), del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala III, en donde dispuso la procedencia del hábeas corpus incoado por un interno a fin que se le permita cursar estudios universitarios, de conformidad con las normas nacionales e internacionales y a los fines de asegurar de un mejor modo su reinserción social. En igual sentido, véase “Jóvenes alojados en Centro de Recepción de Lomas de Zamora” (2010), Tribunal de Casación Penal de Bs. As., Sala I, publicado en LL BA 2010

Es interesante por último resaltar del fallo anterior el importante rol activo que le adjudicó a la justicia en este sentido al afirmar que “también les concierne a los jueces mantener un conocimiento personal, directo y actualizado de las condiciones en la que se encuentran los niños sujetos a internación (densidad poblacional de los institutos, higiene, educación, alimentación, adecuado desempeño personal), con el fin de tomar todas aquellas medidas que sean de su competencia y que tengan como efecto directo un mejoramiento en la calidad de vida de los niños. En especial, deberán revisar, permanentemente y en virtud de ese conocimiento inmediato, la conveniencia de mantener su internación. Todo ello implica no otra cosa que el cumplimiento del artículo 3º, tercer párrafo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en todo cuanto sea incumbencia de los jueces”.¹⁵⁰

7.2 Algunas conclusiones sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El conjunto de estas sentencias judiciales puede ser leído en clave de un diagnóstico sobre la situación vinculada con la “justiciabilidad” de la educación como derecho. La jurisprudencia analizada en este sentido nos permite al respecto destacar las siguientes observaciones.

7.2.1 Alcance reducido

Del estudio más pormenorizado del derecho a la educación en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia puede verse que ocurre una situación particular. A pesar de los fallos señalados más arriba y aun así, los escasos casos que hay entre sus precedentes, buena parte de ellos tienen que ver con *afectaciones indirectas del derecho a la educación* por la vía de afectación de otros derechos fundamentales, especialmente de los tradicional e indubitablemente incluidos como “derechos civiles y políticos” (libertad religiosa, igualdad de trato formal, entre otros).¹⁵¹ Más allá de alguna excepción, se

(mayo), 438.

¹⁵⁰. CSJN, “García Méndez”, considerando 12.

¹⁵¹. Antes que una “justiciabilidad” directa de los derechos económicos, sociales y culturales mediante la invocación inmediata de tales derechos en la formulación de la pretensión judicial, predomina un supuesto de *justiciabilidad indirecta* como hablan Abramovich y Courtis, que consiste en la búsqueda de una protección de tales derechos, mediante pretensiones jurídicas formuladas a partir de otros derechos que *mediatizan* el objeto verdadero de tutela. En tal sentido, en referencia general a los derechos económicos, sociales y culturales determinan seis estrategias diferentes de justiciabilidad indirecta de

corroborar la tesis acerca de que son prácticamente nulos los casos referidos a reclamos por disponibilidad (no ya en términos de acceso exclusivamente), aceptabilidad y adaptabilidad en educación.¹⁵² También es importante remarcar que casi la totalidad de los casos relevados se presentan como *litigios particulares* y con un alcance y efectos restringidos sólo a la situación o problema que se debate en dicha causa. *Estas tendencias se refuerzan en la jurisprudencia de los tribunales superiores de cada una de las provincias*, donde fuera de los casos vinculados con situaciones de empleo público o contrataciones en las que esté involucrada la administración pública de la cartera educativa, son sumamente escasos o nulos los casos que impliquen algún tipo de afectación a la educación como derecho.¹⁵³

Es importante señalar, no obstante, que en materia de educación al ser los ejecutores y el control del servicio básicamente provincial, la falta de cumplimiento de las obligaciones a su cargo, habilitaría en principio, a la jurisdicción provincial. Esto podría implicar también una *dispersión de la litigiosidad* en las jurisdicciones provinciales, dificultando la “visibilidad” y la fuerza de los precedentes en clave de exigibilidad de los derechos.¹⁵⁴ Por lo demás, es probable también que las justicias locales provinciales, incluso sean más reacias a marcar la falta del cumplimiento directo de las obligaciones por los ejecutores provinciales debido a la cercanía y/o dependencia con el gobierno local (Rivas: 2004).¹⁵⁵

Sin embargo, cabría pensar en una analogía interesante a aplicar a la materia educativa, en tanto compromete a derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales, con lo dispuesto por la Corte Suprema en relación con la atribución de responsabilidad

estos derechos: protección por la vía de argumentación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación, por la vía de las garantías del debido proceso, por la vía de la protección de los derechos civiles y políticos, por la vía de otros derechos económicos, sociales y culturales, por la vía de las limitaciones que se encuentran en los derechos civiles y políticos y por la vía del acceso a la información. V. para un mayor estudio Abramovich y Courtis (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, ob. cit.

¹⁵². Un análisis primario de las definiciones de estos conceptos de disponibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad en educación puede verse en el capítulo III, numeral 5.1

¹⁵³. No obstante, esta afirmación tiene una excepción importante respecto de la jurisprudencia de los tribunales inferiores de la Ciudad de Buenos Aires, conforme veremos más adelante.

¹⁵⁴ Véase Clérico Laura y Scioscioli S. (2009): *La Judicialización de los derechos de prestación: El caso del derecho a la salud y el derecho a la educación. Un estudio comparado de su exigibilidad*, Córdoba: Facultad de Derecho, Universidad de Córdoba – SASJU. X Congreso de Sociología Jurídica.

¹⁵⁵. En algunas jurisdicciones, sin embargo, comienza a revertirse esta tendencia desde que puede observarse con claridad a la educación como materia de reclamos y actuaciones de diverso tipo, por hacer referencia a los casos de la Ciudad de Buenos Aires, Santa Fe y Río Negro. Puede apreciarse ello si se revisan los informes de denuncias efectuados por los respectivos defensores del pueblo de dichas jurisdicciones.

estatal cuando se afecta el derecho a la salud. Así, los casos “Campodónico”,¹⁵⁶ “Monteserín”,¹⁵⁷ “Asociación Benghalensis”,¹⁵⁸ articulan y comprometen explícitamente la responsabilidad del Estado nacional por la inactividad o incumplimiento de las jurisdicciones locales. En el nivel estatal de prestación de servicios de salud, ha quedado claro que pese a que el sistema de salud se encuentra descentralizado en nuestro país, ello no impide dirigirse también contra el Estado nacional atento la existencia de una responsabilidad de garante entre las provincias y el Estado nacional, a los fines de cumplir con las prestaciones debidas y garantizar el derecho. Aunque la responsabilidad del Estado nacional no libera a las provincias de la responsabilidad que les pueda caber, los compromisos internacionales asumidos por el gobierno federal encaminados a promover y proteger el derecho deberían hacer que dicho nivel de gobierno no pueda desligarse de esos deberes bajo ningún pretexto federal – es decir bajo el argumento de inactividad o autonomía de las provincias.¹⁵⁹ Dulitzky (2006) agrega incluso que dada la naturaleza federal de todo lo relativo a tratados internacionales, según la propia Corte Suprema de Justicia Nacional, podría pensarse en la transferencia de las causas respectivas a la justicia federal en casos de patrones sistemáticos de impunidad a nivel provincial.¹⁶⁰

Pero lo cierto es que aún en el nivel de la Corte, cuando se cita al derecho a la educación, existe mayormente un análisis superficial en algunos casos e indirecto en otros. Salvo algunas contadas excepciones ya descriptas, se observa principalmente una aproximación a éste desde su vinculación o relación con los principios del derecho a la vida digna, la autonomía de la persona o el derecho a la igualdad, por citar algunos de los supuestos más recurrentes.

En este sentido, es posible sostener que, *a la luz de la reforma constitucional, es probable que parte de la respuesta a este problema sea que la exigibilidad en materia de acceso y*

¹⁵⁶. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Ministerio de Salud y Acción Social, Secretaría de Programas de salud y Banco de Drogas Neoplásticas”, del 24/10/00. Fallos: 323: 3229. JA 2001-I-464

¹⁵⁷. CSJN, “Monteserín, Marcelino O. c. Estado nacional” (2001), Fallos 324: 3527.

¹⁵⁸. CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social – Estado nacional s/ amparo”, 22 de febrero de 1999. Fallos: 323: 1339, La Ley, 2001-B, 226.

¹⁵⁹. Para un mayor análisis de este argumento, véase Scioscioli, S. (2007): *Naturaleza y alcance del acceso a la salud en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Su estudio desde la perspectiva del análisis económico del derecho y su filosofía económica*. Tesis de Maestría en Derecho y Economía, Facultad de Derecho, UBA.

¹⁶⁰. Véase también el desarrollo argumental en este sentido de Laura Clérico en su trabajo “¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad”, en *Revista Jurídica*, Año 11, Núm. 1, octubre 2010, Buenos Aires: Universidad de Palermo. Disponible en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a11n1.html, (fecha de consulta: junio de 2012).

calidad del derecho a la educación resulte verdaderamente novedosa. Es decir, no existe una masa de operadores jurídicos que hubiesen sido socializados en algo parecido a los contenidos de este derecho. No existen tampoco trabajos específicos que ayuden en esta tarea y ganen en interpretación, de modo de hacer “justiciables” y “exigibles” tales contenidos en posiciones jurídicas que cuenten con sujetos con legitimación activa suficiente para el acceso a la justicia. A ello podría sumársele las dificultades en el acceso a la justicia de los derechos sociales en general, a los “costos” de la justicia en particular, a la concentración de los servicios jurídicos gratuitos en sólo algunas de las grandes ciudades, a la falta de aplicación de una estrategia más pro-activa de los defensores del pueblo para presentar reclamos judiciales de incidencia colectiva para protección del derecho a la educación de las personas en situación de indigencia o pobreza, y/o a la percepción de que la justicia es sólo y por ahora un canal adecuado para discutir los derechos de los que están ya incluidos en la ciudadanía social.¹⁶¹

7.2.2 Jurisdicción de mínimos y no de máximos

Por otra parte, es casi una constante acerca de que estos casos con frecuencia conllevan una *visión restringida* del derecho a la educación, entendida como el mero acceso a la educación formal, pero no con referencia a cuestiones de contenido, condiciones, calidad y recursos suficientes con los que se debe satisfacer la prestación educativa. Ciertamente es que, si se observa la jurisprudencia de la Corte, la mayor parte de sus fallos “clásicos” obedecen a una jurisprudencia previa a la reforma de 1994. Por otra parte, si se toman por ejemplo la jurisprudencia posterior a esa fecha, como en el caso de los fallos sobre discapacidad seleccionados, se verá con mayor claridad el impacto del derecho internacional de los derechos humanos en la posible interpretación de nuevos contenidos del derecho a la educación. Sin embargo, este impacto no ha sido suficiente aún para rebatir la tendencia diagnosticada y superar así los obstáculos en el acceso a la justicia expuestos en el párrafo precedente.

7.2.3 “Miopía social”

En algunos de los casos descriptos, es posible formular una crítica hacia la práctica jurisdiccional por no atender al contexto político, económico y social en el que se

¹⁶¹. Véase en este sentido, para un mayor detalle de esta tesis el trabajo Clérico/Scioscioli (2009b), ob. cit.

presentan los reclamos judiciales. Ejemplo cabal de esta miopía se ha visto en el caso "Ramos".¹⁶² Podría cuestionarse la "capacidad de registro" que en ese entonces tuvo la Corte (pero también los tribunales inferiores) para ver las situaciones (muchas veces estructurales) de la realidad sobre la violación en concreto, en donde se juega la satisfacción de contenidos básicos del derecho a la educación (directa o indirectamente vinculado con otras afectaciones de derechos) y resolver en consecuencia.¹⁶³ La ausencia de un mayor número de casos nos habla todavía de una falta de acceso efectivo a la justicia de aquellas personas más afectadas por la exclusión social.¹⁶⁴

En un país cuyas estadísticas en los diversos sistemas educativos provinciales muestran dificultades severas, por un lado para incluir a los que permanecen fuera de la educación básica, y por el otro para asegurar la permanencia y lograr la graduación de los niños, con

¹⁶². CSJN, Fallos 325:396 (2002). En el caso, el voto mayoritario de la Corte rechazó la acción de amparo iniciada por Marta R. Ramos, por sí y en representación de sus hijos y en la que se demandaba y describía una situación de completa vulnerabilidad. La demanda exigía el acabado cumplimiento por medio de prestaciones positivas de parte de los codemandados (el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Prov. de Buenos Aires y el Hospital de Pediatría Prof. Juan P. Garrahan) de los derechos a la salud, a la asistencia sanitaria, a una alimentación adecuada y suficiente, a una vivienda digna y a la educación. La Corte Suprema, tras rechazar su petición, sostuvo que la amparista no había acreditado la efectiva denegación al acceso a la educación pública y gratuita ni que se hubiera frustrado el derecho a la salud de su hija (que era menor de edad y adolecía de una enfermedad que requería intervención quirúrgica) sosteniendo que fue la propia demandante quien había desaprovechado la oportunidad para que ésta pudiera ser intervenida en un hospital público por un impedimento que no resultaba insuperable. Asimismo, respecto de la obtención de una cuota alimentaria sostuvo que tal pretensión implicaba trasladar el cumplimiento a las autoridades públicas de una obligación que tiene su origen en las relaciones de parentesco. Por último argumentó que, en relación con la posibilidad de obtener algún beneficio por parte del sistema de seguridad social, no era una facultad de la Corte subsanar la omisión de los particulares (ya que en este caso no se había acreditado ninguna denegación de beneficio ni existían constancias de inicio de algún tipo de trámite ante la Administración respecto del sistema de pensiones familiares previsto en la ley 23746) puesto que ese tribunal no asumía una defensa tutelar, función propia a cargo a cargo de otros organismos.

¹⁶³. Afirma Cohen que "la negación interpretativa se extiende desde una incapacidad genuina para comprender lo que los hechos significan para otros, a redenciones profundamente cínicas para evitar la censura moral o la responsabilidad legal" Así, por ejemplo "cambiando las palabras, con eufemismos, con jerga técnica, el observador refuta el significado cognitivo otorgado a un hecho y lo reasigna a otra clase de hecho. Véase Cohen, Stanley (2005): *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA), British Council: Buenos Aires, 2005, págs. 27, 29. Un desarrollo más completo de esta reflexión en un caso puede verse en el trabajo de Clérico, L (2007b): "El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales. "Rodríguez", "Comunidad Toba del Chaco" y la sombra de "Ramos", en *JA* 2007-IV-376.

¹⁶⁴. Esto es particularmente válido en un contexto donde aún conviven – especialmente en jurisdicciones del interior – tasas de abandono (particularmente altas en el último segmento de la ex educación polimodal), problemas de sobreedad y repitencia tanto en el nivel primario cuanto secundario y una creciente segmentación socioeconómica entre quienes asisten a establecimientos educativos públicos y privados. Para un análisis de los datos estadísticos en este punto puede verse los trabajos de Rivas *et al.* (2010) y el Informe nacional sobre desarrollo humano 2010: Desarrollo humano en Argentina: trayectos y nuevos desafíos, Buenos Aires: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

índices de desigualdad relativos en la prestación y calidad de la educación, *este diagnóstico debería constituir un claro argumento empírico más que los jueces deberían atender con especial cuidado en su esquema de decisiones sin pasarlo por alto*.¹⁶⁵ Los jueces debieran ejercer un control más intensivo de las “razones o sinrazones” del accionar por comisión u omisión de los órganos estatales¹⁶⁶, ocupándose no tanto del rechazo formal de la acción sino del modo de ampliar la jurisdicción que habilite la protección del derecho a través de medios eficaces como el amparo y las medidas cautelares. Es en el marco de esta discusión en la que también la Corte tiene la posibilidad de decidir cómo ajustar su competencia originaria de modo de permitir (o no), como ocurrió en casos tales como “Rodríguez”,¹⁶⁷ otorgar una más eficaz y oportuna respuesta judicial frente a una violación del derecho que requiere de una respuesta urgente.

7.2.4 Argumentación constitucional

La argumentación judicial de la tutela del derecho a la educación es de origen constitucional en primer lugar. Esto es, los jueces aplican directamente la Constitución Nacional para proteger el derecho fundamental frente a acciones y omisiones de los particulares y del Estado. Puede deducirse de los casos, que la argumentación legal (es decir la existencia a su vez de normas legislativas que desarrollan el contenido del derecho) ocupa un rol más secundario en la fundamentación y sin que, en su caso, la falta de algún desarrollo legal pueda convertirse en un impedimento para el reconocimiento y protección del derecho cuando la Corte así lo dispone.

Esta jurisprudencia puede ampliarse si los casos planteados en algunas jurisdicciones locales más receptivas a este tipo de afectaciones llegan y son avaladas por la Corte Suprema de Justicia Nacional. En efecto, en el ámbito de la justicia local, especialmente en la Ciudad de Buenos Aires, se percibe un aumento del uso del llamado “litigio estratégico” para reclamar por una multiplicidad de contenidos en educación que van mucho más allá

¹⁶⁵. Véase asimismo el trabajo de Clérico, L (2007b), ya citado más arriba.

¹⁶⁶. Véase Clérico, L. (2008): “Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural”, en: *La Corte y los derechos 2005-2007*, Buenos Aires: ADC/Siglo XXI.

¹⁶⁷. CSJN, “R., K. V. v. Estado nacional” (7/3/2007), R-1148. XLI. En el caso, una madre en representación de sus niños inició una acción de amparo contra el Estado nacional, la provincia de Bs. As, y la Municipalidad de Quilmes atento el estado de desnutrición en que se encontraban sus hijos y sobre la base de lo dispuesto en la ley nacional 25724 (Programa Nacional de Nutrición y Alimentación). Además pidió una acción cautelar para que se le entreguen los elementos necesarios para asegurar una dieta alimentaria y se realicen controles de la evolución de la salud de los niños. La Corte Suprema de Justicia pese a declararse incompetente, ordenó las medidas cautelares a la provincia y a la Municipalidad de Quilmes para asegurar el derecho a la alimentación de los niños.

de la mera exigencia de acceso a la educación y comprenden como mínimo el reclamo de determinada calidad y condiciones de prestación (recursos, infraestructura, becas) de la educación. Estos últimos casos parecen estar más a tono con un cambio de modelo respecto de la importancia de los derechos fundamentales en una sociedad democrática, en el sentido de que su jurisprudencia sirve para afianzar la construcción de un Estado de derecho a través del fortalecimiento de sus condiciones materiales. Son asimismo más permeables a las situaciones de vulnerabilidad sociales existentes para un amplio grupo de la sociedad. Son en suma una muestra de una posible transformación de la cultura jurídica y su sensibilización respecto de las necesidades involucradas y de la prioridad política de tomarse en serio el reconocimiento efectivo de los derechos de las personas.

7.3 La jurisprudencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Hemos comentado al inicio de este acápite 7 la necesidad de incluir la interpretación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como un insumo válido para comprender, al igual que en el caso de la jurisprudencia interna, la perspectiva desde la cual se aborda el conflicto en educación y el grado de exigibilidad como derecho. Es posible adelantar que aquí también se replica en parte el patrón señalado en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal. Por lo tanto sólo existen en la Corte Interamericana y en la Comisión tímidos precedentes que versen sobre una vulneración del derecho a la educación, más allá del tema de la accesibilidad, en relación con sus contenidos fuertes de calidad y adaptabilidad. Ello podría darse toda vez que el Protocolo de San Salvador establece un artículo que específicamente protege el derecho a la educación. Ello permitiría, como afirma Abramovich, la posibilidad de desarrollo de una estrategia de litigio para determinar un fallo sobre adecuación y obligaciones mínimas del Estado en relación con la tutela directa del derecho a la educación.¹⁶⁸ La mayoría de los casos, como veremos, tienen que ver con las posibilidades de acceso y de disponibilidad.

En tanto su jurisprudencia constituye una pauta de interpretación de sumo valor para nuestro derecho constitucional que incorpora el tratado con jerarquía constitucional “*en las condiciones de su vigencia*” es importante conocer sus decisiones como pautas de interpretación de la norma internacional y su aplicación. En la línea de los casos de tutela

¹⁶⁸. Véase Abramovich, Víctor (2008): “Sobre La utilización del sistema interamericano para garantizar el derecho a la educación” en ADC: *El litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación. Posibilidades y obstáculos*, ob. cit.

indirecta del derecho a la educación, es decir en supuestos de afectación de este derecho por la violación de otros “derechos civiles o políticos” previstos en la Convención, se pueden citar los siguientes casos relacionados, fundamentalmente, con grupos o sectores sociales en situación de exclusión social y discriminación estructural.

El primero de ellos refiere al caso “Panchito López” y puede vincularse a un tema de *acceso a una educación de calidad*.¹⁶⁹ Se trataba en verdad de un instituto de reeducación de menores que patentizaba el mantenimiento de un sistema de detención contrario a todos los estándares internacionales relativos a la privación de la libertad de los niños, debido a las condiciones inadecuadas bajo las cuales estaban reclusos éstos, a saber: sobrepoblación, hacinamiento, insalubridad, falta de infraestructura adecuada, así como guardias carcelarios insuficientes y sin capacitación adecuada.¹⁷⁰ En el marco de la denuncia efectuada contra el gobierno de Paraguay, se incluía además de los problemas citados, la cuestión vinculada con la afectación de condiciones de detención debido a la inexistencia de programas de educación para los niños en ese centro. La Corte decide no analizar el caso bajo el derecho a la educación de manera directa y lo hace y condena al Estado en función de la afectación del derecho a la integridad física, el derecho a la vida y el derecho a la protección judicial. De este análisis, se concluye que el Estado no había asegurado las condiciones básicas de vida digna, lo que presupone ciertamente un nivel de acceso a la salud y a la educación básica.

En oportunidad de resolver, una de las cuestiones estuvo enfocada a si el Estado había cumplido respecto de los niños, “con las obligaciones adicionales que emergen de los artículos 4º, 5º y 19 de la Convención Americana, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la especial protección que éstos requieren, entre las cuales se encuentran la disposición del artículo 5.5 de la Convención Americana que obliga a los Estados [...]la especial supervisión periódica en el ámbito de la salud y la *implementación de programas de educación*, derivadas de una correcta interpretación del artículo 4º de la Convención, conforme las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño”. Particularmente, señaló que “estas medidas adquieren fundamental importancia debido a que los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma en su proyecto de vida.” En

¹⁶⁹. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

¹⁷⁰. Un análisis del contexto fáctico del caso y de los derechos afectados puede verse en: Butler, I. D. J. (2005):” The Rights of the Child in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights: Recent Cases”, en *Human Rights Law Review*, 5(1), 151-167.

este sentido dispuso que había quedado probado “que el Estado no brindó a los niños internos la educación que éstos requerían y a la cual aquél estaba obligado, tanto en razón de la protección del derecho a la vida (entendido en el sentido señalado en el párrafo anterior), como por la disposición del artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Continuó argumentando que el “programa educativo que se ofrecía en el Instituto era deficiente, ya que carecía de maestros y recursos adecuados. Este incumplimiento del Estado causa consecuencias todavía más serias cuando los niños privados de libertad provienen de sectores marginales de la sociedad, como ocurre en el presente caso, pues ello les limita sus posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y el desarrollo de sus proyectos de vida”.¹⁷¹ Es por ello que la Corte en su sentencia incluye en las reparaciones la obligación del Estado de garantizar programas específicos de educación para los niños que habían estado en ese centro de detención dentro de un período determinado.

El segundo caso de la Corte, se refirió al conflicto de tierras que padecía desde el año 1996 en Paraguay parte de una comunidad indígena (Yakye Axa) que estaba asentada al costado de una ruta en una zona de alto riesgo y sin la prestación de los servicios públicos más elementales.¹⁷² Reclamaron ante la Corte la recuperación de sus tierras ancestrales. El tribunal supranacional estableció la obligación del Estado de reconocer y entregar territorio a dichas comunidades indígenas que se encontraban excluidas de sus tierras, sobre la base de la violación a numerosos derechos consagrados en la Convención Americana. En particular, respecto al derecho a la educación, su análisis no se formuló sino de manera indirecta en su relación con la vulneración del derecho a la vida digna y a la salud. Señaló que en el marco del conflicto “el derecho a la vida se ha violado [...] en perjuicio de la Comunidad y de sus miembros, por impedirles el pleno ejercicio del derecho de acceso a las condiciones que le permitirían a cada uno de ellos vivir una existencia digna. Las precarias condiciones materiales y de pobreza en las que hoy viven explicitan la afectación del disfrute pleno y efectivo de derechos tan fundamentales como el derecho a la salud, el derecho a la alimentación y el derecho a la educación. Esta afectación impide a la Comunidad y a sus miembros acceder a condiciones de vida

¹⁷¹. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, párrafos 172 y 174.

¹⁷². Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, sentencia de 17 de junio de 2005. Véase un análisis de este caso que sigue la línea aquí descrita en Aldao y Clérico: 2011, ob. cit.

digna”.¹⁷³. También expresó particularmente que “estas condiciones impactan negativamente en la debida nutrición de los miembros de la Comunidad que se encuentran en este asentamiento. A ello se suma [...] *las especiales deficiencias en la educación* que reciben los niños y la inaccesibilidad física y económica a la atención de salud en la que se encuentran los miembros de la Comunidad”.¹⁷⁴ Es posible ver desde este ángulo, una protección que determina que en el caso, se exige una educación que cumpla con una cierta calidad y además, sea adaptable a las particularidades de la población a quien está dirigida.

En tal sentido, la Corte ordena adoptar una serie de medidas de protección temporal: hasta tanto no se haga entrega de las tierras, hay una serie de obligaciones inmediatas que el Estado debe cumplir y que tienen que ver con ciertos derechos de subsistencia, vinculados con contenidos mínimos del acceso a una vida digna como señaló, entre ellos: que se les den las tierras, acceso a la vivienda digna, prestaciones de acceso a salud, transporte público, seguridad y *el acceso a niveles básicos de educación*. En este caso la Corte, también dentro de las medidas de reparación que ordena, obliga al Estado a crear una especie de fondo de desarrollo comunitario (que incluya salud, transporte y educación), y hace una mención específica al equipamiento de la escuela ubicada en el asentamiento actual de la Comunidad, con materiales bilingües suficientes para la debida educación de sus alumnos y la creación de otra escuela temporal en otra zona donde la comunidad no disponía de ningún acceso a la educación.

Otro caso, “Yean y Bosico”, involucró al derecho a la educación, en términos de su acceso, desde uno de los lugares más comunes a través de los cuales se produce su violación y que resulta de los contextos de exclusión en función de diversas categorías discriminación sospechosas, en este caso, la nacionalidad.¹⁷⁵ En el caso, Yean y Bosico eran dos niñas haitianas hijas de madre dominicana y padre haitiano nacidas en territorio dominicano que, por aplicación de regulaciones administrativas del propio Estado dominicano, no podían obtener su Documento Nacional de Identidad (DNI). La falta de DNI afectaba el ejercicio de algunos derechos, entre otros, el de acceder a la educación en la República Dominicana. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegó en su demanda que el Estado, a través de sus autoridades del Registro Civil, había negado a las

¹⁷³. Ídem, párrafo 158.

¹⁷⁴. Ídem, párrafo 159.

¹⁷⁵. Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

niñas la emisión de sus actas de nacimiento, a pesar de que ellas nacieron en su territorio y de que la Constitución de dicho país establece el principio del *ius soli* para determinar quiénes son ciudadanos dominicanos. La Comisión señaló que el Estado obligó a las presuntas víctimas a permanecer en una situación de continua ilegalidad y vulnerabilidad social, violaciones que adquirieron una dimensión más grave en tanto se trataba de niñas, y toda vez que el Estado había negado de esta manera a éstas su derecho a la nacionalidad dominicana lo cual produjo, entre otros perjuicios, que las niñas se hayan visto imposibilitadas de asistir a la escuela debido a la falta de documentos de identidad.¹⁷⁶ Entre otros puntos, la Corte analizó en qué medida la irrazonabilidad de los requisitos sobre otorgamiento de la nacionalidad dominicana y de registro de la identidad implicaban una afectación indirecta del *derecho de la educación*. En efecto, la Corte se plantea que las reglas y prácticas realizadas por la autoridad administrativa, que en cierta medida eran generales, tenían un impacto fuertemente discriminatorio sobre un grupo social. Es en este marco, (es decir considerando que el Estado violó los derechos a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley, así como lo dispuesto en relación con la protección de los derechos del niño consagrados en la Convención Americana) en el que también dispone la violación al derecho a la educación de las niñas, ordenando al Estado a hacerse cargo en adelante del sostenimiento de una educación integral para aquellas. Por lo tanto, si bien en este caso la Corte no enumera específicamente en su fallo una afectación clara del derecho a la educación, si lo hace de manera indirecta (aunque no menos eficaz) a través del principio de igualdad. La doctrina que sienta en tal sentido, proyectó sus efectos a todo el grupo social víctima de la discriminación directa que las autoridades dominicanas practicaban respecto de quienes estaban en la situación similar a las niñas.

Resta hacer mención que se registra un caso vinculado con otra situación de desigualdad y discriminación en el ámbito educativo pero que no llegó a la jurisdicción de la Corte Interamericana, toda vez que las partes firmaron un acuerdo en el proceso de solución amistosa.¹⁷⁷ En el caso, se imputaba la responsabilidad a la República de Chile en virtud de la negativa de los tribunales de dicho país a sancionar la injerencia abusiva en la vida privada de una adolescente, quien reclamó judicialmente contra la decisión del

¹⁷⁶. Cabe resaltar que en los hechos, se les impidió estudiar en la tanda diurna de la escuela precisamente por no contar con el acta de nacimiento, viéndose forzadas a estudiar durante ese período prolongado en la escuela nocturna, para mayores de 18 años. Este hecho agregó la Corte agravó su situación de vulnerabilidad, desconociéndose la protección especial a que eran acreedoras como niñas, de estudiar en el horario que le sería adecuado, en compañía de niños de su edad, y no con personas adultas.

¹⁷⁷. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Solución Amistosa. Petición 12.046, Mónica Carabantes Galleguillos – Chile, 12 de marzo de 2002.

colegio privado que la expulsó por haber quedado embarazada. Los peticionarios alegaban que el Estado era responsable internacionalmente por la violación de derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en particular, de la afectación del derecho a la autonomía, del derecho a la protección de la honra y la dignidad y a la igualdad ante la ley. No hubo concretamente un planteo directo de vulneración del derecho a la educación contra Chile. El Estado reconoció que la expulsión había sido arbitraria y dispuso como reparación una beca para la víctima y una beca para el hijo. Así pues el caso se resuelve sin entrar en mayores análisis.

Para finalizar en relación con el esquema de protección del sistema americano, de lo expuesto cabe resaltar algunas cuestiones. En primer lugar, para este sistema de protección regional la educación no figura aún como un tema de agenda relevante, sino que más bien asume un carácter secundario en su tratamiento.¹⁷⁸ En estos casos, la exigibilidad del derecho a la educación, como de los derechos sociales en general se procura también a través de los “derechos civiles y políticos”. Esta opción, aunque reafirme el principio de interdependencia de los derechos humanos podría constituir una disminución del ámbito de protección de cada derecho social en particular, dado que existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos (en particular en aquellos que involucran a los índices de cumplimiento en materia de prestaciones de hacer y dar) y se pierde la especificidad tanto de los derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades).¹⁷⁹

Bien puede ser cierto que el marco de la jurisdicción supranacional no deja de ser acotado, como así también los casos que a ella pueden llegar finalmente, y muchas veces los propios jueces de la Corte encuentran serias dificultades para reconducir la situación de modo de poder lograr, más allá de la declaración de responsabilidad internacional del Estado, el objetivo principal de acatamiento de la decisión por el Estado demandado y su consiguiente promesa de reparar y prevenir futuras situaciones de vulneración análogas o similares a las que se sometieron a su jurisdicción.

¹⁷⁸. No obstante, existen algunas áreas que toman en cuenta el tema educativo desde otras perspectivas y con fuerte interés, tales como la Relatoría de la Mujer de la CIDH en el Informe sobre “El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, y publicado por la OEA en noviembre de 2011. Disponible en internet en <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MujeresDESC2011.pdf>, (fecha de consulta: julio de 2012).

¹⁷⁹. Véase un mayor análisis en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008): Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ob. cit., pág. 89.

En segundo lugar, puede rescatarse que en el marco de la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no obstante lo arriba citado, parece quedar en claro que la educación conforma un sustrato necesario e indispensable para el goce y ejercicio de derechos fundamentales de primer orden vinculados con la dignidad de la persona.¹⁸⁰ Es, asimismo, asimilada a la concepción amplia de salud en cuanto a que tanto esta concepción como la de educación comportan la satisfacción de necesidades básicas que resultan condición *sine qua non* para la protección del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. Y por extensión de esta forma, un gran número de consideraciones y precedentes respecto de la naturaleza del derecho y de las obligaciones estatales señaladas por estos organismos al pronunciarse en materia de salud, podrían ser trasladados al campo del derecho a la educación.¹⁸¹

Estas preocupaciones y observaciones han sido constatadas también por el ex Relator Especial sobre Derecho a la Educación de Naciones Unidas Vernor Muñoz quien consideraba que deberían también encontrarse opciones de justiciabilidad, especialmente vinculadas con la accesibilidad y adaptabilidad (contenidos fuertes del derecho a la educación) y que no han sido debidamente exploradas. También observa que muchas veces estas limitaciones para litigar sobre el derecho a la educación “obedecen sencillamente al hecho de que las personas no saben que pueden hacerlo, de modo tal que los procesos de justiciabilidad deberían incorporar de manera decisiva la comunicación y la información, a la vez que se debería promover que se trata de un derecho humano que tiene un rango igual e interrelacionado que el resto de los derechos humanos. No se puede pensar en procesos de justiciabilidad si no se construyen las capacidades que permitan a las personas exigir ese derecho, exigirlo en el campo político y en el campo judicial. Y esa

¹⁸⁰. Es también, en este sentido, ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que en muchas ocasiones ha ordenado a los Estados, como medida tendiente a la no repetición de vulneraciones a diversos derechos humanos, adoptar medidas de carácter educativo. Esto denota la relación de interdependencia que existe entre la educación y el resto de los derechos, no solo porque una educación orientada hacia el respeto de los derechos humanos sea útil para evitar perjuicios a los mismos, sino también porque es una herramienta fundamental para el ejercicio del resto de los derechos humanos. Véase Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008): ob. cit., pág. 291.

¹⁸¹. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana se refirió directamente al contenido del derecho a la salud en el caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia del 4 de julio de 2006, donde también hizo consideraciones directas sobre la salud como un bien público cuya protección está a cargo de los Estados. A estos les cabe la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de reglamentar y fiscalizar todos los servicios de salud prestados a las personas bajo su jurisdicción, especialmente la protección a la vida y la integridad personal, independientemente de que la entidad que presta esos servicios sea de carácter público o privado (párrafo 89).

construcción de capacidades no únicamente se refiere a las capacidades de las ONG y de las comunidades organizadas que definitivamente obedecen a lógicas diferentes, sino también irremediamente a las construcciones de capacidades entre los operadores jurídicos y los jueces. No basta con la posibilidad únicamente de llevar un caso a la justicia sino también de obtener una respuesta acorde con las necesidades de los tiempos y con una cultura de derechos humanos que deseamos todos promover”.¹⁸²

7.4 Conclusiones intermedias y propuestas

Este último apartado de conclusiones intermedias pretende sintetizar algunos de los principales resultados del estudio más pormenorizado del derecho a la educación en las bases jurisprudenciales analizadas, fundamentalmente provenientes de la Corte Suprema de Justicia Nacional en el ámbito interno, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito supranacional. De ella surge que los problemas educativos no son atendidos en todas las dimensiones que demandan una concepción y realización de la educación como derecho fundamental.

Existen todavía pocos casos entre sus precedentes, y la mayor parte de ellos tienen que ver, o bien con afectaciones indirectas del derecho a la educación (en tanto el reclamo que abre la instancia judicial resulta de la afectación de hecho de otros derechos), o bien las violaciones directas al derecho se limitan mayormente a cuestiones en torno a problemas para con el acceso o disponibilidad.

Las conclusiones del relevamiento de los fallos, y en particular de la jurisprudencia nacional, constituyen un ejemplo de nuestro diagnóstico y sus consecuencias. *Esta jurisprudencia traduce la imposibilidad aún de definir y comprender con éxito, la totalidad de contenidos susceptibles de ser transformados en obligaciones exigibles y que amplíen la base de acceso a la justicia por reclamos ante incumplimientos o violaciones del derecho.*

Este marco inicial corrobora nuestra primera hipótesis de trabajo sobre el diagnóstico del derecho a la educación conforme adelantamos en nuestra introducción: *es necesario entender la educación como derecho fundamental.* Así se justifica la necesidad de un desarrollo discursivo que reconstruya el contenido y estructura desde su carácter iusfundamental, con el mayor detalle y claridad posible. Es necesario generar

¹⁸². Véase Muñoz, Vernor (2008), “El derecho a la educación: su justiciabilidad” en ADC: *El litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación. Posibilidades y obstáculos*, ob. cit., pág. 48.

interpretaciones adecuadas a los problemas detectados y ganar argumentos que puedan ser apropiados no sólo por los operadores jurídicos tradicionales sino también por la ciudadanía en general consciente de sus derechos para reclamar la realización del derecho a la educación básica como derecho fundamental de toda la población.

CAPÍTULO II. Bases legales e institucionales del derecho a la educación básica en Argentina

1. Introducción

La lectura propuesta para este capítulo intenta seguir un análisis en paralelo del impacto y desarrollo normativo que fue surgiendo bajo los marcos constitucionales revisados en el comienzo de la primera parte. En este sentido, nos dedicaremos principalmente al análisis de las principales bases legales y de las formas institucionales de gobierno de la educación en el lapso de los procesos de las políticas gubernamentales ocurridas durante la vigencia tanto del modelo previsto hacia fines del siglo XX por la Constitución de 1853 cuanto por el escenario que se conforma a partir de la década del 90' hasta la actualidad bajo la vigencia de la reforma constitucional de 1994.¹⁸³

El gobierno nacional ha sancionado desde el comienzo del sistema educativo, y en particular en educación tradicionalmente primaria, una extensa plataforma legislativa, aspecto en que ha sido secundado en general por los ordenamientos provinciales. La evolución normativa permite ver de cerca algunas tendencias. En primer lugar, a través de ella puede seguirse en el plano más concreto de las acciones, las implicancias de *las concepciones en educación sostenidas en estos períodos* y su impacto en términos de contenidos para la educación. En segundo lugar, estrechamente vinculado con esto, la sucesión de normas sancionadas debe leerse en clave de *contenidos que progresivamente se han ido ganando para la educación* como derecho y que culmina con su recepción en la reforma constitucional en 1994 y la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Esta lectura propuesta no está exenta de algunas particularidades. Así, *se observa que mientras que la educación fue concebida en sus inicios no como verdaderamente un derecho sino una política pública de servicio, la importancia asignada a ella como proyecto político demandó una gran atención y una importante cantidad de recursos del Estado nacional; lo que se vio plasmado en la asunción del rol de "Estado docente" y los buenos resultados de*

¹⁸³. Respecto del primer lapso de tiempo comprendido entre 1853 y 1905 sólo traeremos para su desarrollo el análisis de las políticas educativas seguidas en el marco de la educación primaria, pues es en dicho marco dónde mejor pueden observarse las notas características de la educación como política pública en este período. Para un estudio de la educación secundaria en esta misma etapa, véase Ruiz, Guillermo *et al.* (2007): "La estructura académica del sistema educativo como canalizadora de la distribución de saberes: un análisis histórico desde la perspectiva de la política educacional. La evolución de los niveles educativos durante el período fundacional". En *Anuario de Investigaciones de la Facultad de Psicología de la UBA*, Volumen XIV. Buenos Aires: Facultad de Psicología de la UBA.

las estadísticas educativas de Argentina para aquella época en relación con muchos otros Estados de la región y fuera de ella.¹⁸⁴ Al contrario, durante la década del noventa, mientras por un lado la reforma constitucional incluía los instrumentos internacionales de derechos humanos, por el otro, la educación como nunca antes había perdido su calidad de derecho y era sometida a los procesos de desregulación, descentralización y privatización.

No obstante ello, y la variedad ideológica y política de los gobiernos que se sucedieron, las leyes sobre educación que se sancionaron fueron fijando, como capa tras capa, un gran número de contenidos de importancia para la educación que fueron consolidándose con el tiempo. Esto constituye un hecho de interés en nuestro desarrollo argumentativo hacia una concepción de la educación como derecho fundamental. En particular, ello debe comprenderse bajo el prisma del *principio de irreversibilidad* y de la *prohibición de no regresión arbitraria*, los que describiremos más adelante, a los fines de fijar el marco de protección del derecho a la educación.

Este capítulo puede ser subdividido en el estudio de las principales normas en el tema como lo son por su importancia la Ley de Educación Común (ley 1420), la Ley Federal de Educación (24195) y la Ley Nacional de Educación (26206). También se estudiarán las leyes de transferencias, entre las que por su envergadura y mayor impacto corresponde citar a los decretos ley 28809 y 21810 del año 1978 y la ley 24049 de 1991, y demás pactos federales, las leyes referidas al financiamiento educativo, entre muchas otras. También en dicho análisis se abarcan algunos aspectos de interés como lo son aquellos temas vinculados con la organización institucional del sistema educativo en el que se han aplicado o se aplican las normas arriba citadas, así como demás aspectos de la estructura académica, administración, control y coordinación del sistema, políticas de presupuesto, contenidos curriculares y desarrollo de dicho material curricular. Es necesario remarcar que no se realizará un análisis exhaustivo de estos puntos, sino sólo en aquellos aspectos que resulten de valor para relevar conclusiones sobre los problemas claves en torno a los cuales gira este trabajo de investigación.

¹⁸⁴. Véase ONU (2010): Informe nacional sobre desarrollo humano 2010. Desarrollo humano en Argentina: trayectos y nuevos desafíos, Buenos Aires: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, pág. 77. Asimismo, Rivas, A. y otros (2010), ob. cit.

2. La conformación del sistema educativo argentino a finales del siglo XIX

2.1.1 Las normas del gobierno nacional en materia educativa 1853 - 1905. La dicotomía centralización - descentralización

Tanto los preceptos constitucionales cuanto las normas infra constitucionales que dan comienzo a esta parte del trabajo no pueden analizarse prescindiendo de la mención de la realidad política y social presente en los primeros pasos de la Argentina hacia su consolidación como Estado nacional y que sin duda, condicionaron severamente el grado de vigencia y alcance de dichos propósitos constitucionales.¹⁸⁵ En aquel marco, en donde aún se discutía fuertemente el modelo de país que se debía adoptar, la educación no fue ajena a las contingencias de la época. La difusión de la enseñanza estaba ligada al logro de la estabilidad política interna y en ese aspecto, las tensiones vinculadas con el sistema federal fueron claves en la conformación institucional del sistema educativo. Así es que desde los orígenes de la conformación del Estado, el diálogo centralización - descentralización atraviesa la política de toda esta época, sesgando significativamente las definiciones y la toma de decisiones más allá de lo explicitado, y en el modo en que se sancionaron las primeras normas en la materia, como veremos a continuación.¹⁸⁶

2.1.2 Contexto normativo previo a la ley 1420

Tras sancionarse la Constitución en 1853, con la combinación de lo dispuesto en su artículo 5° y las normas provinciales existentes sobre la materia, se suponía que el

¹⁸⁵. Quizás un primer rastro de cuanto afirmamos quede reflejado en la dicotomía histórica entre “Buenos Aires y la Confederación”, la que a menudo desde la batalla de Caseros en 1853 hasta el corte histórico signado tradicionalmente por la federalización de la Ciudad de Buenos Aires en 1880, se vio teñida de fuertes tensiones que ocasionaron gran inestabilidad política, guerras civiles, gobiernos locales y nacionales teñidos por la violencia, la destrucción y las crisis económicas y financieras, y el continuo deseo del gobierno nacional desde Buenos Aires de hacerse del control y obediencia incondicional del resto de las provincias y sus autoridades.

¹⁸⁶. Como lo ilustra Becú (1958: 130), “los liberales, situados en el puerto de Buenos Aires, tendían sus miradas al mar, de donde debía venir la cultura, la civilización y las doctrinas que transformarían el país; otros, ubicados en las afueras de la capital, observan la pampa inmensa y las provincias lejanas, que habían de dictar la ley a la orgullosa metrópoli”. Así, se forjó una oposición que en gran medida se puso en escena a través del proceso de escolarización. En esa puja, la escolarización fue vivida por unos como el camino hacia la civilización y el progreso y por otros como un proceso de colonización e imposición cultural (Rivas, 2004:44). Atrapada en ese campo dual de fuerzas, “la educación sería primero parte de la campaña por gobernar y homogeneizar las poblaciones (hacia fines del siglo XIX) y luego cada vez más se convertirá en una pesada carga a administrar, que pasara de las manos provinciales a las nacionales y nuevamente a las provincias como un péndulo indefinido en el concierto federal. De esta manera, también el sector educativo estará marcado por las fuerzas centrífugas y centrípetas que regulan las fórmulas, pactos, negociaciones, intervenciones, distribuciones y confrontaciones entre lo nacional y lo provincial” (Rivas, 2004: ob. cit.).

andamiaje jurídico del sistema educativo primario estaba completo. Dicha norma era clara para las provincias en cuanto a la competencia particular y reservada en la administración de la educación primaria. Sin embargo, muy pronto se corroboró que las disposiciones constitucionales no eran suficientes para garantizar que la escuela llegara a todos los habitantes. El principal motivo se vinculaba principalmente, entre muchos otros, a su financiamiento. Así lo reconoce Urquiza quien destaca ya en 1854 respecto de las provincias confederadas que “tiene la convicción de que éstas no podrán llenar ni imperfectamente la obligación que les impone la Constitución, por la que se os propondrán las medidas que allanen los inconvenientes con que tiene que luchar, y contra los que serían impotentes sus esfuerzos aislados”.¹⁸⁷

Así, a través del Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública, el Poder Ejecutivo solicitó la colaboración del Poder Legislativo Nacional para llevar a cabo un auxilio presupuestario a las provincias que tuvieran dichos inconvenientes.¹⁸⁸ De este modo, aparecieron las primeras leyes de subvenciones que inaugurarían una política parcial “de ayuda” tratando de poner un límite a la impotencia financiera (real o ficticia) de aquellas provincias para afrontar el grado mínimo de instrucción que constitucionalmente debían asegurar. Así se promulgó a partir de 1857 la primera ley, la ley 153 de “Subvenciones para instrucción primaria en algunas provincias” y posteriormente, le siguieron la ley 356 de “Subsidio de las provincias para la educación primaria” y la ley 373 de “Fomento de la instrucción primaria en La Rioja”.¹⁸⁹ La sanción de estas leyes no implicaba, sin embargo, su aplicación absoluta en todos los casos.¹⁹⁰

¹⁸⁷. Mensaje del Presidente de la Confederación Argentina, Justo José de Urquiza, al abrir las sesiones del Primer Congreso Legislativo Federal, el 22/10/1854, en la ciudad de Paraná. Véase Mabragna, H. (1910, T. III: 63) y Miranda (1993: 64).

¹⁸⁸. Es interesante remarcar que ya desde la ley dictada por el Congreso en las sesiones de 1856, en la que se distribuye el despacho de los asuntos entre los diversos ministerios nacionales, al referirse al de instrucción pública, en su artículo 21, habla de “estimular a los gobiernos de provincia para la fundación de escuelas primarias en ellas, y la difusión de la enseñanza, conforme al artículo 5° de la constitución”. Véase Díaz Urbano (1940): *La instrucción primaria bajo el régimen de la ley 1420*, ob. cit., pág. 15.

¹⁸⁹. La ley 153 establecía en su art. 1° que “se autoriza al Poder Ejecutivo para invertir [...] en subvencionar la instrucción primaria en las provincias que más la necesiten”. Por su parte otras leyes, las leyes 164, 24 (de 1862), y 51 (1863) fueron ampliando sucesivamente los fondos de subvención nacionales. Véase Miranda (ob. cit.: 64).

¹⁹⁰. Comenta Díaz Urbano (ob. cit.: 48) que de los documentos históricos consultados hasta 1968 las subvenciones no habían producido los resultados esperados, pero la ley de 1871 que los reglamenta parecería haberlos tornado eficaces de conformidad con las afirmaciones expresadas por Avellaneda en 1872 y los datos estadísticos de 1884. Pero incluso respecto de dicha ley, no duró mucho tiempo su aplicación estricta, puesto que, por ejemplo, ya en 1882 fue desviada de su finalidad cuando el Poder Ejecutivo Nacional suscribió un decreto por el que la modificó sustancialmente, al cambiar la cantidad que deberían recibir las provincias, en carácter de subvención para abonar el sueldo de maestros. A todo

La acción del gobierno nacional reviste en este marco un carácter acotado y transitorio; no cuestiona ni pretende afectar la exclusividad de la competencia provincial en materia primaria, sino que presta un *acción indirecta*, sobre la base de lo dispuesto en el actual art. 75 inc. 9 en cuanto le otorga al Congreso Nacional la posibilidad de otorgar subsidios del Tesoro Nacional a las provincias cuando sus rentas no alcancen a cubrir sus gastos ordinarios. El Estado nacional no avanza más allá de esta ayuda a pesar de la fuerte preocupación que mantiene respecto de la capacidad de las autoridades locales en el tema. (Miranda, 1993: 104).

Como afirma Tedesco (1986: 146) las subvenciones plantearon desde un principio el problema jurídico vinculado con el federalismo. En tanto las provincias debían cumplir con la exigencia constitucional de asegurar la instrucción primaria, el otorgar subvenciones parecía *prima facie* inválido. No obstante, parecía evidente que en estos casos lo “que motiva una interpretación u otra no es, por lo regular, el deseo formal de mantenerse fiel a lo sancionado sino el de responder a las exigencias políticas de sectores y de momentos determinados. Así la necesidad de ayudar a las provincias en lo relativo a educación se justificó, dada la evidencia que las provincias carecían de recursos para ello, ante la percepción por parte de la élite dirigente que su supervivencia dependía, en cierta medida, de la difusión de la enseñanza”.¹⁹¹

A partir de 1868 esta política de subvención se vuelve más fuerte y total. Se elevó el presupuesto que se distribuía entre las provincias para subvencionar a la educación primaria y la acción indirecta del gobierno federal se extendió a la creación de escuelas en las propias provincias, la que si bien asumía siempre un carácter transitorio, dejaba patente el hecho de que algunas provincias seguían sin poder asegurar la educación primaria, razón por la cual hallaban el único remedio en el gobierno central. También comienza a hablarse con mayor fuerza, del interés del Estado nacional por participar en

ello se le suma, que las provincias, conscientes de esa ayuda, intencionalmente dejaban vacíos sus fondos en educación, desviándolos para otros fines políticos.

¹⁹¹. Agrega dicho autor que el motivo de los subsidios fue la acumulación de poder en la Nación antes que la compensación de desigualdades territoriales: como la mayor resistencia provenía de las provincias más pobres, a través de la escolarización se buscaba consolidar a la elite dominante. La educación aparecía como una táctica de disciplinamiento y cooptación de las incipientes clases hegemónicas locales en consonancia con la consolidación del poder central en manos de la Capital Federal a partir de 1880 (Tedesco, 1986:147).

ese nivel educativo pero sobre la base del reconocimiento de su competencia, en pro del fomento de la educación, conforme el actual artículo 75 inc. 18.¹⁹²

Finalmente, en 1871 bajo la presidencia de Sarmiento, se dictó la primera ley orgánica de subvenciones, la ley 463,¹⁹³ que determina los objetos a los que deben aplicarse las subvenciones y que sería ampliada posteriormente en 1890 y 1897 (por las leyes 2737 y 3559 respectivamente). La norma y su decreto reglamentario indican que las subvenciones con los fondos del Tesoro servirían para satisfacer la multiplicidad de problemas asociados al sostén de la educación primaria. Se clasificaron, asimismo, las provincias según un orden de necesidades y se distribuyeron los fondos de acuerdo a ellas.¹⁹⁴ Para su dictado, se argumentó que si bien la Constitución establecía

¹⁹². En este sentido, en una memoria de 1869, Avellaneda escribió que “podemos entonces decir que el Ministerio de Instrucción Pública habrá asumido su verdadero carácter, cuando se presente dirigiendo los estudios científicos en los establecimientos nacionales ejecutando las leyes del Congreso que tengan por objeto contribuir a la difusión de la escuela primaria [...]. Es menester no olvidar el primer deber y la necesidad más sentida – la educación popular – obedeciendo al pensamiento de la Constitución que ha impuesto a las provincias como un elemento de su régimen interno, encomendando al mismo tiempo su fomento a los poderes nacionales [...]. Pero siendo la facultad que inviste el Congreso, facultad de protección y de fomento, puramente subsidiaria del deber supremo impuesto a las provincias, parece natural que aquella deba aplicarse, estudiando las diferencias que los sistemas provinciales presentan, a fin de procurar su reforma o corrección”. Cfr. Avellaneda, N. (1910), citado en Miranda, (1973).

¹⁹³. La ley 463 expresaba en su art. 1° que “desde que termine el ejercicio del Presupuesto del año 1872, las subvenciones nacionales para el fomento de la instrucción primaria en las Provincias, se conferirán con sujeción a las condiciones y formalidades que establece la presente ley”. Luego, su artículo 2° señalaba que “las provincias que en virtud de leyes sancionadas por sus Legislaturas, destinen recursos especiales para el sostén de la educación popular y que quieran acogerse por un acto explícito a la protección de esta ley, recibirán subvenciones del Tesoro Nacional, para los objetos siguientes: 1° Construcción de edificios para escuelas públicas. 2° Adquisición de mobiliario, libros y útiles para escuelas. 3° Sueldos de maestros”. La norma también preveía la contribución en el pago del sueldo al Inspector escolar a través del Tesoro Nacional a condición de que éste suministrara los datos estadísticos y realizara las inspecciones que el Ministerio de Instrucción le solicitase. Finalmente, también exhortaba al Poder Ejecutivo a adoptar todas las medidas tendientes a garantizar la aplicación de la norma y la correcta distribución y rendición de cuenta de los aportes por parte de las provincias. Véase Miranda (ob. cit.: 72).

¹⁹⁴. La innovación en términos de la asignación consistió en fijar una proporción de la ayuda basada en un porcentaje sobre la inversión educativa de la provincia que, a su vez, se determinó en función de su riqueza. Se las agrupó en tres categorías: a La Rioja, San Luis y Jujuy se les daría el 75% de las necesidades a cubrir, a Santiago del Estero, Tucumán, Salta, Catamarca, Mendoza, San Juan y Corrientes, la mitad y a Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos y Santa Fe, un tercio. Posteriormente por medio de la ley 273, a la par que se especificó que sólo recibirían subvenciones las jurisdicciones que destinasen no menos del 10% de sus rentas generales al presupuesto escolar, se perfeccionó el sistema con nuevas previsiones para promover la organización de la instrucción primaria y para mejorar la gestión y el control de los subsidios. Ante las dificultades en la concurrencia en el financiamiento, se decidió luego aumentar la proporción federal para uno de los tres grupos. Así, Santiago del Estero, Tucumán, Salta, Catamarca, Mendoza, San Juan y Corrientes, a las que antes se les cubría hasta la mitad de las necesidades, pasaron a poder acceder hasta dos tercios. Esta ley mantuvo los principios generales de la de 1871 pero reforzó las medidas tendientes a lograr que las provincias organizaran sus sistemas educativos con legislación y presupuestos específicos. Además, aumentaron los controles en el otorgamiento de los fondos, poniendo de manifiesto los escollos que existían en su aplicación concreta.

categorícamente el deber del cuidado de la educación primaria a las provincias, dicha norma fundamental “al mismo tiempo [...] ha conferido al Congreso el poder de protección y de fomento sobre el progreso de la instrucción general” (Avellaneda, 1910, citado en Miranda, ob. cit.: 71). Es así como la sanción de la ley, comenzaba de este modo a discutir dicha competencia exclusiva de las provincias, para al menos permitir la *acción concurrente* (aunque limitada) del Congreso a fin de proteger y alentar “el progreso y la ilustración”.¹⁹⁵ Paralelamente, también favorecería a una creciente centralización del poder que se iría cristalizando en las normas que veremos seguidamente. Ello dado que al ayudar económicamente a las provincias, las autoridades centrales de la administración escolar fueron adquiriendo progresivamente mayor poder no sólo en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires sino en todo el país.

2.1.3 La ley 1420

La unidad política alcanzada a partir de 1880 puso en marcha distintas acciones tendientes a asegurar el funcionamiento del Estado definitivamente. Para ello se presentaba como prioritario reorganizar los aparatos de gobierno, la administración, la justicia y los mecanismos de policía y militares. En el plano de la educación, dado que siempre ésta estuvo vinculada al proyecto político de Nación, se imponía además la necesidad de configuración de un sistema educativo moderno y coherente a dichos fines. Ya en un mensaje en 1981, Roca había señalado que una ley de educación común era una de las prioridades de su gobierno (Oszlack, 1997).

Las clases dirigentes se embarcaron en un modelo de desarrollo a cuyo servicio debía ponerse el sistema educativo. La política del gobierno nacional avanzó hacia la expansión

V. Morduchowicz, A.: (2010): “El federalismo fiscal-educativo argentino”, en *Políticas educativas y territorios modelos de articulación entre niveles de gobierno*, Oliveira, A (et. al.), París: IPE-UNESCO. Pág. 230 y ss.

¹⁹⁵. Con la sanción de la ley todas las legislaciones provinciales de educación previeron directamente la posibilidad de recibir subvenciones del gobierno. Asimismo, las provincias comenzaron rápidamente a hacer de ellas una fuente de financiamiento independiente del objetivo que les daba origen. Así, las jurisdicciones informaban salarios más altos que los que en realidad pagaban. De ese modo, el complemento que debía aportar la provincia era financiado por el subsidio nacional. Frente a ello, un decreto reglamentario de las subvenciones del año 1882 fijaría la escala salarial docente a la que el gobierno central otorgaría subsidios y definió los límites de la planta en función de la cantidad de alumnos. Otra política de corrupción era, lisa y llanamente, inventar escuelas en el papel. También ocurría que abonaban los salarios docentes con bonos depreciados que después recuperaban con el dinero de las subvenciones, quedándose con la diferencia. Estos motivos darían sustento de sobra para justificar el cambio de modalidad de intervención nacional en las provincias, como veremos más adelante. V. Morduchowicz, A.: (2010), ob. cit. pág. 232.

del aparato educativo a través de una creciente centralización de las funciones reguladoras y la gradual “expropiación” de atribuciones a la Iglesia y a otros sectores que, desde planteos “populares”, le disputaban parcialmente las facultades de control (Oszlack, ob. cit.: 152). El carácter de “mecanismo de control social” de la educación hacía que su manejo fuera muy codiciado (Tedesco, ob. cit: 93). Por estos años, se irían creando dispositivos legales, institucionales y administrativos que intentarían consolidar lo que Puiggrós (1990) denomina el sistema de instrucción pública centralizado estatal, de corte verticalizado, no participativo, laicista o de un catolicismo subordinado al Estado, oligárquico liberal que contemplaría la subsidiariedad del sector privado. Esta última nota da lugar a que otros autores refieran también al sistema tradicional como un “cuasi monopolio estatal” (Narodowski y Nores, 2001: 3).

Así, la educación adquiere un papel central para el logro de las metas del gobierno, generándose por estos años un productivo período de debates y acciones en dicha área. En este sentido, la necesidad de debatir sobre la situación de la educación promueve en Buenos Aires en 1882 el primer Congreso Pedagógico Sudamericano. Luego de arduas deliberaciones, donde confrontan sus ideas distintas tendencias (liberales, conservadores, laicos, católicos) se acuerdan aspectos de gran importancia como la gratuidad, la obligatoriedad y la necesidad de educar para la Nación. También se discutió sobre el carácter estatal o privado que debía tener, pero todos estos puntos se vieron en parte desplazados por un problema mayor en el que se ponía en juego el carácter laico o religioso de la enseñanza. Así es como varios de estos puntos sobre los cuales no parecía haber acuerdo son finalmente resueltos en el debate parlamentario que da lugar a la sanción de la ley 1420 de 1884. En ella, el Estado define y ordena la instrucción primaria común, gratuita, obligatoria, laica y universal, gradual y mixta, y que permitió su organización bajo la órbita del Consejo Nacional de Educación.¹⁹⁶

¹⁹⁶. El Consejo Nacional de Educación fue creado con el objeto de prestar acción directa en el nivel primario educativo en la Capital Federal, colonias y territorios nacionales. Con su creación se sustituye la Comisión Nacional de Educación (que había sido creada en 1871 y que estaba básicamente encargada de distribuir y vigilar la ayuda que se dispensaba a las provincias acogidas por acto explícito al beneficio de las subvenciones). En los considerandos del decreto del 28 de enero de 1881 que le da origen se señala que “mientras el Honorable Congreso no dicte la Ley de Educación que ha de regir en el territorio federalizado, corresponde al Poder Ejecutivo adoptar, las medidas conducentes al régimen y administración de sus escuelas”. Se determina, asimismo que dicho órgano tendrá a su cargo “la dirección facultativa y la administración general del distrito escolar de la Capital”. Véase O’ Dena, Ernesto L. (1904): *Debates parlamentarios sobre instrucción pública, recopilación de Debates del H. Congreso Nacional sobre Leyes y Proyectos de organización de la instrucción general y universitaria*, publicación ordenada por el Sr. Ministro de Justicia e Instrucción Pública Dr. D. Juan A. Fernández, Buenos Aires, Penitenciaría Nacional, 1904; y Miranda (ob. cit.: 79). Entre los años 1881 y 1943, el Consejo Nacional

La ley constituyó un espacio para volver a discutir con mayor precisión, la competencia de la Nación en la educación primaria y sobre la posibilidad de ésta de poder o no legislar una normativa común para todo el país. A la intensa y creciente actividad ministerial y el respaldo de las subvenciones a que muchas provincias recurrían demostrando una debilidad crónica y orgánica para afrontar sus sistemas escolares, la federalización de Buenos Aires había también contribuido como una causa que exponía la necesidad de dicha ley común.¹⁹⁷

Hasta 1881 el gobierno nacional no había tomado la decisión de sancionar una ley de educación común orgánica. Había dictado resoluciones, decretos y leyes parciales sobre las escuelas primarias de toda la república con objeto de favorecerlas, estimularlas y orientarlas. El antecedente más inmediato e importante a la ley 1420 era la norma sancionada en el año 1875 por la provincia de Buenos Aires, que constituía la expresión práctica de todas las ideas y aspiraciones que, sobre educación popular (en particular respecto del carácter obligatorio de la enseñanza, la dirección facultativa a cargo de un Consejo y la dotación de fondos y rentas propias) se manifestaban en el país con Sarmiento entre sus principales exponentes.

El 8 de octubre de 1881, la Cámara de Senadores de la Nación dio su aprobación al decreto del proyecto de ley del Poder Ejecutivo. Se trataba de un breve proyecto de ley:

de Educación fue el organismo encargado del gobierno y administración de las escuelas primarias nacionales en la Capital Federal y Territorios Nacionales. A partir de 1905 también administró la vasta cantidad de escuelas primarias nacionales ubicadas en los territorios provinciales y que habían sido fundadas en virtud de la ley 4874 (Ley Láinez). Se trataba de un ente autónomo y originalmente autárquico que estaba compuesto por un Presidente, designado por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo del Senado, y cuatro vocales, designados por el Presidente del Consejo. Fue intervenido en 1943 y perdió su autonomía. En el año 1949 fue remplazado, a través de la ley 13548, por la Dirección General de Enseñanza Primaria que estaba bajo la órbita del Ministerio de Educación. Fue restituido como Consejo Nacional de Educación en el año 1956 (Decreto PEN 7977) como organismo autónomo y a través del Decreto PEN 13335/56 se aprobó su organización interna compuesta por un Presidente y seis vocales. Durante dos años (entre 1959 y 1960) supervisó las escuelas privadas que ofrecían educación pre-primaria y primaria hasta la creación del Servicio Nacional de Enseñanza Privada (Decreto PEN 9247/60). Con estas características funcionó hasta el año 1968, cuando fue intervenido (Decreto PEN 1512/68); los vocales fueron remplazados por asesores y se lo mantuvo intervenido hasta que se lo disolvió en 1980. Véase Cardinaux, Clérico, Ruiz y Scioscioli (2008): “La relación entre el Estado y las universidades: su análisis desde la legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en V Encuentro Nacional y II Latinoamericano: La Universidad como objeto de investigación, UNCEN. (disponible en Internet. Fecha de consulta: julio 2009).

¹⁹⁷. En efecto, al convertirse la ciudad de Buenos Aires en Capital de la República, la provincia de Buenos Aires cedió a la Nación las escuelas ubicadas dentro de su jurisdicción (Acuerdo del 12 de enero de 1881). Su régimen quedó determinado por el decreto del 27 de enero del mismo año, cuyo carácter provisorio resultaba evidente: “interín el Honorable Congreso provee una ley especial a la educación común en el territorio de la Capital, continuarán vigentes en ella las instituciones escolares de la Provincia, con las modificaciones que establece el presente decreto”. Es decir, continuaba rigiendo la ley provincial de 1875.

seis artículos se reducían a aprobar el decreto del 28 de enero de aquel año; incluir los territorios y las provincias “en cuanto se relaciona con las leyes del Congreso”, crear una “Oficina de Estadísticas de la Educación Común”, y reglamentar algunos detalles de la ley de subvenciones, de la que derogaba algunos artículos expresamente. La Cámara de Diputados, sin embargo, no se limitó en principio a dar su mero asentimiento sino que procedió a un estudio prolongado y su Comisión de Culto e Instrucción Pública produjo despacho el 9 de junio de 1883 con un texto enriquecido de 93 artículos. El debate tuvo comienzo en 4 de julio al considerar dicha cámara aquel despacho. En el tratamiento del proyecto de ley volvieron a cruzarse los intereses entre la Nación y las provincias en la materia, considerando la Constitución Nacional.

Conviene recordar que el proyecto de la Comisión hacía referencia a un “proyecto de ley de Educación primaria en la República”. El miembro informante de la Comisión, el diputado Mariano Demaría, sostenía que “encontró que, por el artículo 67 inc. 16 el Congreso es el que tiene la facultad de dictar leyes que autoricen planes generales conducentes al adelanto y al desarrollo de la instrucción, en la Nación, y que por el artículo 5° se confiere a las Provincias, la facultades de darse en sus Constituciones, entre otras cosas, las disposiciones que aseguren su educación común”. Finalmente agregó al respecto que “se ve, pues, lo restringido de la facultad que las Provincias tienen, por la Constitución Nacional, respecto de esta materia, y la amplitud que la misma ha dado al Congreso”.¹⁹⁸

Luego del miembro informante, hizo uso de la palabra el diputado Onésimo Leguizamón quien planteó desde el inicio del debate la pregunta acerca de si el poder legislativo nacional podía justamente regular la educación primaria “para toda la República o debe limitarse, con arreglo a la jurisprudencia establecida en esa materia y a la interpretación uniforme de los poderes públicos, solo a aquellos territorios en que la Nación ejerce una jurisdicción exclusiva e incuestionable”. Frente a ello, su opinión es negativa expresando que el Congreso sólo debía limitarse a legislar “únicamente para la Capital de la República y para los Territorios y Colonias nacionales”, sobre la base que la Constitución, “exige a las provincias, como condición de garantía por parte de la Nación, para sus instituciones locales, la organización de la instrucción primaria; y [...] que acuerda al Congreso la facultad de propender al progreso de la ilustración nacional, por medio de planes de instrucción general y universitaria. Pero, aparte de que estas dos

¹⁹⁸. Cfr. Debate parlamentario Ley 1420, tomo 1, (1984), Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, pág. 13.

disposiciones parecen a primera vista contradecirse, el derecho existente constituye el reconocimiento explícito de esta iniciativa para las Provincias en sus respectivos territorios. Las Provincias han entendido hasta ahora, de una manera uniforme, que tenían el derecho de legislar sobre la instrucción primaria en sus respectivas jurisdicciones, que podrían organizarla a su manera y con arreglo a sus propias convicciones; y la Nación lejos de contradecir este derecho, lejos de estorbarlo en su ejercicio, ni en lo general, ni en lo particular, ha reconocido de una manera explícita, y por actos legislativos, que esa iniciativa corresponde exclusivamente a las provincias”. Finalmente agrega que en concordancia con esta posición, las únicas leyes que sobre educación primaria había sancionado el Congreso (exigiendo la adhesión expresa de las provincias) eran sobre subvención exclusivamente.¹⁹⁹

En el debate continuó luego planteándose básicamente el problema del control de la enseñanza primaria, respecto de la responsabilidad del Estado nacional y en relación con el problema religioso. Se trató sin duda de dos de las grandes cuestiones que ya hemos marcado y que, amén de su relevancia, no conforman estrictamente nuestro análisis. Finalmente, luego de varias intervenciones se rechazó el proyecto presentado por la Comisión y se reinició la segunda discusión sobre la base de un nuevo proyecto presentado esta vez por un grupo de diputados encabezados por Leguizamón cuyo título refería ya “sobre la educación común para la Capital, Territorios y Colonias Nacionales”.²⁰⁰ Devuelto el proyecto al Senado, este no logró los votos suficientes para insistir en su proyecto anterior y quedó así como definitivo el proyecto último presentado en la Cámara de Diputados.

Si bien entonces triunfa la postura del interior, los efectos de la regulación de la ley 1420 son ciertamente muy fuertes para las provincias. Por un lado, la norma se convirtió inmediatamente en un modelo de referencia que las provincias tomaron para sancionar o modificar sus legislaciones en materia de educación común. Por el otro lado, la

¹⁹⁹. Debate parlamentario Ley 1420, tomo 1, (1984), Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, págs. 19 y 20.

²⁰⁰. Durante ese debate, el diputado Pedro Funes señaló lo siguiente: “en este caso no estamos legislando como Congreso Nacional para la República, en cuyo caso hay otra razón de ser, hay otra base de justicia para las leyes: legislamos para una localidad. Esta no es una ley general, es una ley particular”. Véase Debate parlamentario Ley 1420, tomo 1, (1984), Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, pág. 108. También el Ministro de Justicia e Instrucción Pública, Eduardo Wilde, en oportunidad de participar del debate, advirtió que el tema de la competencia no era una cuestión insignificante sino una de fondo puesto que preguntaba “¿Quién sabe si las provincias aceptarán la imposición de esa ley para todas sus escuelas y no resistirán la aplicación de las cláusulas de esa ley apoyándose en la misma constitución, que les permite ejercer su facultad en esta materia, dentro de su territorio? Véase Debate parlamentario, ob. cit. pág. 329.

formalización del Consejo Nacional de Educación permitió que por su intermedio, el Poder Ejecutivo Nacional comenzara a ejercer poder y control sobre la educación primaria provincial de una manera más concreta, tal como veremos en un apartado próximo.

Así, al decreto reglamentario (del 28 de julio de 1885) de dicha norma a la par que disponía tácitamente su jurisdicción exclusiva en los ámbitos federales, la sanción de ley 2737 (de octubre de 1890 y que prácticamente derogó a la 463) estableció la competencia del Consejo para aplicar las subvenciones sancionadas.²⁰¹ De este modo el Consejo se convirtió en el decisor y administrador de los fondos que el Poder Legislativo Nacional destinaba en las citadas leyes de subvenciones, reconociéndosele además la aptitud de dirigir las inspecciones a tales fines. A partir de estas facultades, que aunque descentralizadas en un órgano como el Consejo, éste último dependía directamente del Ministerio (y éste a su vez del Ejecutivo Nacional), puede observarse cómo ya desde los inicios del sistema opera una “*recentralización*” en materia educativa muy fuerte, sustituyendo en muy breve plazo el modelo de relación provincias – Congreso federal que se había armado al tiempo de la primer política de subvenciones.

2.1.4 La ley 4878 “Ley Láinez”

Si bien la ley 1420 había optado por respetar formalmente la autonomía de las provincias, dejándoles la conducción de la política educativa en sus territorios, la falta de recursos en la mayoría de ellas, hizo que el tema educativo fuera nuevamente encarado y analizado por el gobierno federal. Así, el Senado de la Nación a través del proyecto del senador de la Provincia de Buenos Aires Manuel Láinez, quién fundamentó su proyecto en los problemas presupuestarios que tenían las provincias para garantizar la educación común, propuso que la Nación pudiera instalar escuelas elementales y rurales en los

²⁰¹. La ley 2737 expresaba en su art. 3° que solo gozarían de los beneficios de la subvención nacional las provincias que se sujetaran a las siguientes prescripciones, entre otras: a) Dictar un presupuesto escolar por el órgano de sus autoridades nacionales, b) suministrar informes cuatrimestrales que debían elevar al Consejo Nacional de Educación, c) debía funcionar en cada provincia un consejo escolar o superintendente, que tendría a su cargo la dirección de la instrucción primaria y la inversión de las rentas escolares, d) tener una inspección escolar. La ley fue sancionada por el Congreso sin objeciones sustanciales. La presencia jurisdiccional de la Nación quedará incluso más consolidada en oportunidad de sancionarse la ley modificatoria 3559, de 1897, que estableció un nuevo mecanismo para el pago de las subvenciones. Así disponía que “el Consejo Nacional de Educación, previa investigación de lo que corresponda a cada Provincia, entregará a los Consejos locales un bimestre adelantado de la parte con que la Nación contribuye al sostenimiento de la instrucción primaria. [...] Los bimestres subsiguientes se abonarán en vista de los comprobantes de la legítima inversión de los fondos al anterior bimestre, y de acuerdo con lo dispuesto por el art. 3° de la ley de subvenciones” [arriba citado]. Véase Miranda (ob. cit.), pág. 107.

territorios provinciales que lo solicitaran.²⁰² De este modo, la ley 4874 fue sancionada el 30 de septiembre de 1905. De acuerdo con esta norma, el Consejo Nacional de Educación establecía escuelas en las provincias que lo solicitaran. Se trataba de escuelas “elementales, infantiles, mixtas y rurales”. El porcentaje de analfabetos que cada jurisdicción hubiera presentado, era el indicador de la necesidad y ubicación de esos establecimientos que, desde su edificación, serían financiados totalmente por la Nación. Así, los salarios de su personal, gastos de mantenimiento de los edificios y compras de útiles correrían por cuenta de las arcas del Estado nacional. El único aporte que por lo general efectuaban las provincias era el terreno, usualmente fiscal, donde se edificaba el establecimiento.

En la discusión, se trae por primera vez seriamente la fórmula basada en la “acción concurrente” que la Nación y las provincias pueden emprender para la promoción de la educación. Manuel Láinez, al exponer el motivo fundamental del proyecto afirmó que éste alteraba un tanto la forma hasta ese momento establecida por la legislación vigente para la intervención del Estado nacional en la educación primaria, aclarando que la exclusividad de la provincia respecto de la primaria era una “forma simplemente convencional, por cuanto desde hace ya muchos años, se ha estimado perfectamente concurrente la acción nacional y provincial en educación primaria”. Posteriormente también aclaró que cuando la Comisión de Legislación del Senado había modificado el artículo 1º, ello se hizo con el objeto de evitar afirmaciones de inconstitucionalidad sobre su aplicación sin perjuicio que “la facultad de enseñar es concurrente en particular en los municipios, en las provincias y en la Nación”.²⁰³

²⁰². En el debate parlamentario, el senador por la provincia de Santiago del Estero, Dámaso Palacio defendió la creación de este tipo de escuelas con el objeto de “afianzar la libertad política, ya que su ejercicio depende del grado de cultura de los pueblos. El estado actual de la instrucción primaria es algo más que deficiente”. Según el senador esta deficiencia hallaba múltiples causas en las que se destacaban la escasez de recursos de las provincias y las extensas campañas del país con su población tan difundida. Pero también dirigía su crítica a “algunas personas que han dirigido algunas provincias, descuidando completamente el deber elemental” y al Congreso Nacional, “que a menudo ha descuidado el asunto”. Véase Linares, María Cristina (2007): “Ley Láinez, la discusión por el “mínimum” en *A cien años de la ley Láinez*, Ministerio de Educación: Buenos Aires, pág. 39.

²⁰³. Sin embargo, cuando el proyecto fue tratado en la cámara de diputados, Alejandro Carbó, diputado por la provincia de Entre Ríos, no obstante aprobarlo, sostuvo que “ninguna provincia que tenga el debido respeto y la debida estimación por las autoridades escolares, que tenga confianza en ellas, ha de delegar esta facultad preciosa de dirigir la escuela primaria por sus propias autoridades, sin consentir la intromisión de autoridades extrañas”. También dicho diputado señaló que “se comprende con toda facilidad que el artículo 1º de esta ley está destinado a favorecer a las provincias que quieran, - que soliciten a ella -, la intervención directa del Consejo Nacional en el sistema escolar que les es propio. Cuando se anunció la presentación de este proyecto [...] daba al Consejo Nacional la atribución de intervenir *motu proprio* en la enseñanza primaria costeadá por las provincias, cosa que a mi entender, es

En efecto, al abrirse la posibilidad de creación de escuelas nacionales en las provincias, se produjo “un cierto fenómeno institucional: el deber provincial es compartido con la presencia de la Nación, y la acción de gobierno de ésta no es precisamente en razón de un imperativo de competencia, sino en virtud de objetivos que según los fundamentos de la ley tienen un carácter transitorio” (Miranda, ob. cit.: 101). Dichos objetivos quedaban fundamentados sobre la base de la competencia nacional de contribuir “al progreso de la ilustración”.

Otro punto interesante que también dio motivos de debate, estuvo vinculado con el hecho de que en tales escuelas, el “mínimo de enseñanza” se daría de conformidad con las prescripciones de la ley 1420. De este modo, la ley Láinez si bien implicó un fuerte avance al proyecto de escolarización y a la lucha contra el analfabetismo,²⁰⁴ a la vez dificultó la elaboración de propuestas regionales y federalistas llevando a cabo a través de este proceso una centralización progresiva en tensión con los sistemas escolares provinciales. Ello desembocó en esta primera etapa en un debilitamiento del federalismo educativo (más allá insistimos, del resultado positivo coyuntural al que se dio lugar). No era sólo el gobierno central el que avanzaba, sino que las propias provincias iban desistiendo de su rol y compromiso constitucional. En este sentido, el diputado Luis Agote señalaba hacia el año 1918 que “poco a poco vamos quitándoles a las provincias, con diferentes pretextos, los florones de su autonomía [...] la nación va interviniendo en las provincias, y vamos modificando nuestro concepto de gobierno, de una manera completa, radical, contraria a los principios fundamentales que establece la constitución [...]”. Finalmente señalaba que “la mayoría de los gobiernos de provincia han detenido su acción a favor de la educación. Muchas provincias, en lo referente a edificación escolar y a creación de escuelas han quedado estacionarias: y hasta hay algunas que han disminuido su número. ¿Por qué? Porque esperan a que la acción nacional vaya allí. Y no se apresuran, porque no tienen ningún interés, ningún estímulo”.²⁰⁵

enteramente contraria a los preceptos de nuestra constitución, a nuestra forma de gobierno especialmente, y destinada a provocar una cantidad de conflictos dentro de los estados”. Véase Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, Buenos Aires, 1906, T. III. Pág. 311, y Miranda (ob. cit.: 95).

²⁰⁴. Pues así lo demuestran las estadísticas del período que dan cuenta del fuerte impulso que tomó la escolarización a partir de la aplicación de la ley. Véase Consejo Nacional de Educación (1910): La educación común en la República Argentina, años 1909 – 1910, CNE, Buenos Aires; y Tedesco (1986), ob. cit.

²⁰⁵. Véase Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, 1918, pág. 88 y ss. Véase también Miranda (ob. cit.: 110). Véase también para un análisis crítico de este proceso el siguiente trabajo: Schoo, Susana (2010): *Orígenes y desarrollo de la educación secundaria, normal y especial en la Provincia de*

En este sentido, desde la aparición de la ley, las escuelas nacionales incrementaron su número y matrícula a expensas de las escuelas provinciales. Efectivamente, algunas provincias aprovecharon la oportunidad para desembarazarse de las que tenían, produciendo incluso un proceso de transferencia inversa hacia el Estado nacional. En 1920, siete de las catorce provincias tenían menos establecimientos bajo su dependencia que quince años antes (Aguerrondo, 1976).

La ley 4878 tampoco fue bien recibida por aquellos sectores que propugnaban cierto unitarismo en el gobierno de la educación primaria. El presidente del Consejo Nacional de Educación Juan P. Ramos, sostenía que el modelo de intervención estatal a través de subsidios, estaba viciado por un federalismo mal entendido, puesto que advertía serias dificultades en la convivencia de un sistema donde por un lado la Nación, confiando en el accionar de las provincias les giraba dinero para subvencionar sus gastos mientras que por el otro, creaba escuelas porque consideraba que dicha administración provincial era extremadamente burocrática y malgastaba los fondos nacionales. Es por ello que la ambigüedad de la norma permitió ser interpretada incluso para este sector vinculado al pensamiento unitario como una “ley remedo” pero no como una norma con capacidad para reorganizar el gobierno del sistema educativo integralmente.²⁰⁶

2.1.5 Conclusiones intermedias

Así, puede observarse no obstante que la ley 4878 tras autorizar definitivamente a la Nación a la creación de escuelas en los territorios provinciales, coronó un proceso de paulatina centralización de la educación que tal como vimos, en verdad venía operándose aunque quizás más solapadamente, desde 1870 y con un avance importante tras la aparición de la ley 1420. Por otra parte, y de conformidad con el sesgo político y la finalidad con que en educación se trabajó para aquella época, la creación de escuelas nacionales dependientes del Consejo Nacional de Educación permitió asegurar y extender en territorios provinciales el control del poder central sobre el interior.

Aunque desde la Constitución Nacional se prescribió el ordenamiento de un sistema educativo con participación provincial y nacional en su dirección y organización, en la

Buenos Aires: iniciativas provinciales nacionalizadas (1852-1920), tesis de maestría, Universidad de San Andrés.

²⁰⁶. Véase Arata, N y Ayuso, Ma. Luz (2007): Conflictos, tensiones y fracturas en la formación del sistema educativo argentino: Tres perspectivas sobre la Ley Láinez, en “A cien años de la ley Láinez”, Buenos Aires: Ministerio de Educación.

práctica sólo el Estado nacional apareció como el principal protagonista que asumió la tarea educadora en el país como consecuencia del papel central que se le asignó a la educación en los procesos de integración social y consolidación de la identidad nacional (Bravo, 1994: 95). Las consecuencias fueron un modelo de organización y gestión dominado por la administración centralizada, en el cual el Estado nacional estaba casi solo como promotor del progreso y la educación era el instrumento ideal para alcanzarlo. Martínez Nogueira (1995: 13) señala que “el sistema educativo así establecido reconocía por lo tanto un centro fuerte y poderoso, construido sobre el supuesto de una capacidad de regulación de los comportamientos fundada en su poder, en las normas y reglamentaciones, en el control de su cumplimiento y en la aplicación de sanciones. Los niveles intermedios eran cadenas de transmisión de una jerarquía piramidal y la escuela era la base de la misma sin capacidad de decisión, cerrada y ejecutora de acciones educativas uniformes y rutinizadas”.

2.2 La estructura institucional nacional del sistema educativo primario de la época. El nivel nacional

No es posible comprender completamente el desarrollo normativo sin analizar la estructura y organización institucional a la que esta da lugar y en cuyo seno se diseñan y ejecutan las políticas públicas. La carencia de estudios sobre la estructura de la administración nacional de la educación en general ha constituido tradicionalmente uno de los vacíos más notables en el campo de la educación. Son pocos los estudios que han pretendido sistematizar la organización burocrática del sistema educativo desde sus orígenes hasta la actualidad.²⁰⁷ Como ya hemos mencionado en el primer capítulo de este trabajo, la Constitución Nacional asigna el despacho de los distintos negocios de la Administración nacional a los diversos ministros de cada ramo (ello sin perjuicio de la introducción de la figura del Jefe de Gabinete a partir de la reforma constitucional). La Constitución no fijó nunca su número sino que establecía que la cantidad de ministerios así como sus competencias sería fijado por una ley especial (ex artículo 87, actual artículo 100). Entre 1853 y la reforma de 1898, existieron cinco ministerios, siendo llamado el del área primeramente como “Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública”. La reforma

²⁰⁷. En este sentido, pueden destacarse los trabajos de Paviglianiti N. (1988): *Diagnóstico de la administración central de la educación*. Buenos Aires: Ministerio de Educación y Justicia, Dirección Nacional de Información, Difusión, Estadística y Tecnología Educativa, entre otros, los que han constituido la fuente de referencia del presente apartado.

de 1898 elevó a ocho los ministerios y dejó en una ley especial el deslinde de los ramos. Las modificaciones que se introdujeron por ley afectaron sólo a los sectores de Obras Públicas, Marina y Culto; Educación se mantuvo así como “Ministerio de Justicia e Instrucción Pública” hasta 1949.

Durante el período 1853 -1905 se sancionaron dos leyes de ministerios. La primera, la ley 80 de 1856, y la segunda, la ley 3727 de 1898 que mantuvo su vigencia hasta 1949 como señaláramos. Ambas refieren que compete a dicho ministerio el fomento y todo lo conducente a promover y dirigir la instrucción y educación de la Nación o de las provincias; todo lo concerniente a las universidades nacionales y al régimen, desarrollo y mejora de la instrucción secundaria del país.²⁰⁸ La ley de 1898 sumó los nuevos estudios que se desarrollaron en el transcurso del tiempo: la enseñanza normal e institutos docentes y la enseñanza especial (que comprendían a las escuelas de Comercio o de Artes Industriales y Oficios).

Es interesante remarcar que mientras la ley de 1856 define que el ministerio nacional sólo tiene a su cargo las escuelas primarias en la capital y los territorios federales, debiendo “estimular a los gobiernos de provincia para la fundación de escuelas primarias en ellas y la difusión de la enseñanza conforme al artículo 5° de la Constitución”, la ley posterior estableció directamente que correspondía al ministerio nacional “la instrucción primaria y la educación común en la Capital, territorios y provincias con arreglo a las leyes”.²⁰⁹ Desde esta nueva reglamentación, puede visualizarse nuevamente el avance del gobierno federal, dejando especialmente abierta la acción concurrente directa de la Nación en las provincias como lo haría luego a través de la ley Láinez. La estructura orgánica funcional del ministerio del ramo educación contó en esta fecha con un órgano clave: el Consejo Nacional de Educación, cuyas características y funciones ya hemos anticipado.

²⁰⁸. Ley 80, art. 4° acerca de las competencias del Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública: “todo lo conducente a promover y dirigir la instrucción y la educación pública de la Confederación. [...]. La inspección sobre todos los establecimientos nacionales de educación [...]. Todo lo concerniente a Universidades en la República y a escuelas primarias, y otros establecimientos secundarios de educación en los territorios federales [...]. Estimular a los gobiernos de provincias para la fundación de escuelas primarias en ellas [...]. Lo relativo a fundación, dirección y economía de los Colegios Nacionales”.

²⁰⁹. Ley 3727, art. 11 acerca de las competencias del Ministro de Justicia e Instrucción Pública: “velar por buena administración de justicia y promover la cultura general científica, literaria y artística de la Nación y en particular: [...] todo lo relativo al fomento de la instrucción, educación y cultura de la Nación y de las Provincias en todas sus manifestación y jerarquías; [...] todo lo concerniente a universidades en la República; [...] instrucción primaria y educación común en la Capital, territorio y provincias con arreglo a las leyes; [...] régimen, desarrollo y mejora de la instrucción general o secundaria en la República; régimen de enseñanza norma e institutos docentes diversos; enseñanza especial y sus institutos; [...] fomento de las bellas artes por medio de escuelas en el país o en el extranjero, subvenciones y recompensas.

Con este análisis, conforme hemos comentado al inicio de este capítulo, cerramos el primer período de desarrollo normativo comprendido en el contexto de la conformación del Estado nacional, sus instituciones y su funcionamiento durante sus primeras décadas bajo la vigencia del texto constitucional de 1853. A continuación, y de acuerdo con el orden propuesto, pasaremos al análisis del desarrollo normativo y de la organización institucional a que éste dio lugar en el escenario que se conforma durante la década del 90' y hasta la actualidad bajo la vigencia de la reforma constitucional de 1994.

3. Las leyes educativas en el marco de la Reforma constitucional de 1994

Al contexto de la reforma, llegamos con un diagnóstico de la educación básica que refleja que ésta ha sido objeto de grandes cambios tanto en su estructura como en el funcionamiento y la coordinación del sistema. A continuación, intentaremos señalar y aclarar aquellos puntos principales tanto fácticos cuanto normativos que puedan echar luz respecto de la situación educacional primaria en la década de los 90', pero cuyas causas se remontan aún más atrás, hasta fines de los años 60 y la década del 70, en virtud de los procesos de fuertes cambios que en dicha época se sucedieron.

3.1 La descentralización y las políticas de transferencia en la educación primaria y secundaria

El “impulso nacionalizador” antes visto en el período anterior analizado en este capítulo comienza a revertirse a partir de los años 50'. En un giro pendular, después de concentrar la función de crear y gestionar escuelas, la Nación comienza a ver con buenos ojos la delegación de sus servicios educativos y por eso, como señala Aguerrondo (1976) las transferencias nunca fueron iniciativa de las provincias, sino que fue siempre el nivel central el que las planteó. Desde entonces, empiezan a implementarse una serie de intentos de descentralización de los servicios educativos que tuvieron resultados diversos.²¹⁰ Las distintas tentativas de descentralización adquirieron la modalidad de “transferencia” o “devolución” de las instituciones educativas localizadas en las provincias y gestionadas históricamente por el gobierno nacional. La apertura del sistema educativo al sector privado durante la “ofensiva desarrollista” que tuvo su origen con la caída del

²¹⁰. La descentralización aquí entendida refiere al proceso de reforma conformado por el conjunto de políticas públicas que transfieren recursos, responsabilidades o autoridad del nivel nacional (o nivel superior de gobierno) hacia los niveles subnacionales (o inferiores de gobierno) (Falleti: 2004, 20).

gobierno peronista en 1955, puede situarse ya como una de las primeras etapas de la descentralización de la educación.²¹¹ Pero fue a partir de la década de 1960 cuando se comienza a ejecutarse efectivamente el proceso de transferencia de las escuelas nacionales que funcionaban en los territorios provinciales a sus respectivos gobiernos. En ausencia de un sano criterio de política educativa, la medida se fue ejecutando como un mero asunto administrativo, regido por pautas económico-financieras, no obstante significar un cambio profundo en la orientación educacional del país (Bravo, 1994: 19).

En este sentido, la descentralización en el nivel primario tiene como punto de partida el año 1962, cuando de manera unilateral y arbitraria se intentó transferir en forma masiva las instituciones educativas nacionales de nivel primario a las jurisdicciones provinciales. Aunque el Poder Ejecutivo Nacional dispuso por decreto la transferencia de todos los establecimientos de nivel primario, la medida no triunfó y en el mismo año el gobierno nacional la derogó y se dejaron sin efecto las transferencias efectuadas.²¹² Ya desde el primer intento de transferencia pueden observarse severas deficiencias que tendrán especiales consecuencias. Entre aquellas fallas puede mencionarse: *su origen en una cláusula del presupuesto general, la falta de compromiso financiero de la Nación (con especial referencia a los años venideros), la transferencia compulsiva y no paulatina*, entre otros. Como podrá observarse, estos vicios constituirán una constante en los posteriores procesos de transferencia.

²¹¹. Por ejemplo, durante esa época se sancionó la ley que permitió la creación de universidades privadas, a la vez que se reglamentó la legislación que otorgaba subsidios a las escuelas privadas. A su vez, se dispusieron numerosas medidas que favorecieron el desarrollo de la oferta educativa privada como la ley 14473 (Estatuto Docente – 1958) que contenía disposiciones especiales para la enseñanza adscripta y entre otras garantizaba la equiparación salarial; el Decreto PEN 12179 (1960) que otorgó a los establecimientos privados el carácter de unidades administrativas técnico docentes de gestión propia, lo que implicaba la posibilidad de que si dichos establecimientos seguían los planes oficiales de estudio podían aplicar el sistema de calificaciones y promociones vigentes en el orden oficial a través de su propio personal docente; el Decreto PEN 371 (1964) que previó el régimen de incorporación de establecimientos privados a la enseñanza oficial, pudiendo desarrollar otros planes que no fueran exactamente los oficiales, pero sí debían ser aprobados oficialmente, entre otras.

²¹². A excepción del traspaso de 23 escuelas del Consejo Nacional de Educación que funcionaban en Santa Cruz. Comenta Bravo (1994: 19) que a las transferencias aisladas (realizadas en virtud de convenios celebrados entre el Consejo Nacional de Educación y los gobernadores de provincias, *ad referendum* del PEN y de las respectivas legislaturas, conforme a lo establecido por las leyes de presupuesto general de la administración pública nacional correspondientes a los ejercicios financieros de 1961 y 1962), siguió luego el intento de una transferencia masiva de los restantes establecimientos de educación primaria de dicho Consejo ubicados en jurisdicción provincial, de acuerdo con lo dispuesto por el decreto 495/62, en forma unilateral y arbitraria. Sin embargo, el PEN el 7/8/62 dictó el decreto 7814 derogando dicho acto y declarando que las escuelas nacionales ubicadas en las provincias continuarían a cargo del Consejo Nacional de Educación hasta tanto mediara ratificación legislativa de los respectivos convenios.

Un análisis similar puede trasladarse a un nuevo intento de transferencia entre los años 1968-1970 que, al igual que el anterior, no produjo sus efectos completos.²¹³ Sin embargo, a pesar de su fracaso, en el año 1970 se derogó la Ley Láinez, lo cual significó que el Estado nacional no crearía más establecimientos en territorios provinciales. A partir de junio de 1972, con la creación del Consejo Federal de Educación, ése será como veremos, el ámbito de tratamiento del tema, aunque no se registrarán acciones de interés hasta 1976, dado que el gobierno justicialista de 1973-76 dejó subsistente la situación hasta entonces (Paviglianiti, 1988: 60).

En 1978 ocurre un cambio definitivo en la fisonomía del escenario educativo primario argentino. El gobierno militar puso en marcha un nuevo plan de descentralización a partir de un fuerte incentivo por parte del Ministerio de Economía nacional. Obligatoriamente se transfirieron las escuelas primarias, a la vez que se exigió a las provincias que aceptaran dichas instituciones. Dos factores pudieron influir a que esto fuera posible: por un lado, la superioridad del Poder Ejecutivo Nacional de facto en las negociaciones sobre cómo llevar a cabo la descentralización de escuelas (de hecho en las provincias sus gobernadores eran meros delegados militares de éste) y por el otro, según algunos autores, el proceso de “provincialización” de la educación primaria que ya venía teniendo lugar tiempo atrás y que pudo facilitar en parte la absorción de las otrora escuelas nacionales.²¹⁴ A partir de tres resoluciones aprobadas por el Consejo Federal de Educación (17/9/76, 1/4/77 y 27/11/77) y través de las leyes 21809 y 21810 (y la expedición de sus decretos reglamentarios PEN 1231/78 y 1230/78, respectivamente) se transfirieron el resto de las

²¹³. La primera norma refiere a la ley de facto 17878 (1968), pero resultó muy prontamente derogada por la ley similar 18586 (1970), que facultó al PEN para transferir a las provincias los organismos nacionales y funciones existentes en los territorios nacionales, con derogación de la ley 4878. Se logró la transferencia de las pocas escuelas que tenía el Consejo Nacional de Educación en la provincia de Buenos Aires y un total de 680 escuelas que tenía en Río Negro y en La Rioja. Es interesante señalar que este magro resultado, no obstante la fuerte presión ejercida por el gobierno central, se debió en parte a la también importante presión de los gobiernos locales así como de los docentes nacionales en contra, fundamentada en la existencia de una edificación escolar provincial ruinososa, un equipamiento deficitario, estructuras inadecuadas de los órganos de gobierno escolar locales, diferencias en la remuneración del personal docente, regímenes previsionales y asistenciales no unificados y diferencias de estatutos docentes, entre otros (Bravo, 1994: 26).

²¹⁴. Señala Falletti (2001) que a pesar del régimen autoritario, tanto en su correspondencia con el Ministerio de Educación como en las reuniones del Consejo Federal de Educación, los gobernadores y sus representantes del sector educativo expresaron claramente que la transferencia de escuelas y maestros debía realizarse junto con la transferencia de los recursos necesarios para sostenerlos. El ejecutivo nacional a tales fines estableció un fondo para ayudar a las provincias con menos recursos a afrontar el déficit que sobrevendría con la transferencia de escuelas, pero éste fue insuficiente y transitorio. También comenta esta autora que en la transferencia estuvo presente la tradición histórica del país y que en función de ella los gobernadores querían o por lo menos comprendían que era su mandato constitucional gestionar la educación primaria.

escuelas preescolares y primarias que pertenecían al Consejo Nacional de Educación a las provincias, a la entonces Municipalidad de Buenos Aires y al territorio nacional de Tierra del Fuego.²¹⁵ La transferencia afectó a cerca de 6.700 escuelas y a 44.050 agentes. El peso del servicio recibido por las provincias fue diferencial según el volumen del sector de escuelas nacionales y su relación con las provinciales. Este traspaso se hizo sin recursos específicos, ya que no se modificó el régimen de distribución de impuestos entre la Nación y las provincias (Kisilevsky, 1990), careció de gradualidad y de posibilidad de discusión. Tampoco se establecieron mecanismos reguladores para garantizar un mínimo de oferta educativa, ni se proveyeron normas sobre personal y distribución de recursos financieros para asegurar una equitativa prestación del servicio educativo en todo el territorio del país. Con la transferencia de los servicios educativos del año 1978 las provincias pasaron a hacerse cargo del financiamiento y de la gestión de las escuelas de nivel primario, estableciéndose la coordinación del Consejo Federal de Educación para entablar las relaciones entre las distintas provincias y la Nación. El tamaño de dicha transferencia puede verse en números claros: la Nación pasó de hacerse cargo del 40.5% de los establecimientos educativos de nivel básico, a tan solo responder por el 19.3% de ellos.²¹⁶

Finalmente, la década de los 90' dio lugar a la tercera de las etapas de la descentralización de la educación argentina, cuando se sanciona en el año 1991 la ley 24049. Con esta ley se transfirieron a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires las escuelas de nivel medio que dependían del Ministerio de Educación Nacional, la gestión de los servicios educativos de enseñanza privada dependientes de la Superintendencia Nacional de Enseñanza Privada y las instituciones pertenecientes al Consejo Nacional de Educación Técnica. También se transfirieron por decreto del Poder Ejecutivo Nacional las escuelas normales dedicadas a la formación de los docentes, finalizándose así con la descentralización de la gestión, el gobierno y el financiamiento de las instituciones de todos los niveles (con excepción de las universidades) a las jurisdicciones locales.²¹⁷

²¹⁵. En verdad, la primera de las leyes citadas (ley 21809) facultó al PEN para transferir mediante convenios, todas las escuelas, supervisiones y juntas de clasificación dependientes del CNE existentes en jurisdicciones de las provincias, con excepción de las que juzgase indispensable retener. La otra ley (ley 21810) asignó a la Municipalidad de Buenos Aires y a Tierra del Fuego la competencia en la prestación preprimaria y primaria a cargo hasta entonces de dicho Consejo, también con algunas excepciones.

²¹⁶. Cfr. Ministerio de Educación de la Nación, Dirección General Red Federal de Información, www.dineece.me.gov.ar (fecha de consulta: marzo 2010).

²¹⁷. Con la determinación de las instituciones a transferir, la mentada ley estableció los requisitos específicos que se fijarían mediante convenios a celebrarse entre el Poder Ejecutivo Nacional y cada una de las jurisdicciones los que deberían ser refrendados por las legislaturas provinciales (art. 2º). Asimismo, las jurisdicciones receptoras quedaron comprometidas a cumplir “todos los derechos y obligaciones

Más allá de su contenido normativo, en los hechos, al igual que en 1978, esta transferencia volvió a producirse sin recursos adicionales, y sólo con la promesa del Ministro de Economía y del Secretario de Hacienda de que la situación fiscal iba a mejorar y los recursos excedentes alcanzarían a las provincias para solventar los mayores costos derivados de la recepción de los servicios. Sin embargo, el proceso de transferencia se dio en el marco de la reforma del Estado y como salida a la crisis de financiamiento provocada por la hiperinflación de 1989 y 1990. La transferencia consistió en el traspaso a las 23 provincias argentinas y al Municipio de la ciudad de Buenos Aires de 3.578 establecimientos medios, técnicos y privados subsidiados, y de 86.374 cargos docentes. Al igual que en caso anterior, la aceptación de la transferencia por parte de las provincias parece adjudicarse a la superioridad de negociación del Poder Ejecutivo Nacional, la

vigentes en materia educativa”, “con el apoyo sostenido” de dicho poder del Estado, el cual debía garantizar que “los servicios transferidos sean prestados con óptima cobertura cuantitativa, alta calidad pedagógica y equidad en todas las jurisdicciones” (art. 3°). A su vez, tales transferencias se efectuarían sin otro cargo que los establecidos por la ley e importarían “la sucesión a título universal de los derechos y obligaciones” (art. 4°). En el capítulo siguiente, relativo a los bienes transferidos, se garantizaba que todos estarían libres de cualquier gravamen (art. 5°), que la operatoria no incluiría juicios pendientes ni deudas contraídas por la Nación (art. 6°) y que en el caso de bienes y/o derechos provenientes de donaciones o legados con cargo la jurisdicción receptora deberá asegurar su cumplimiento (art. 7°). A continuación, el capítulo tercero referido al personal docente transferido (que incluía al docente, técnico, administrativo y de servicios generales) precisó las bases de su incorporación a las administraciones locales, en cuanto a función, jerarquía y situación de revista, así como a retribución, antigüedad y estabilidad, más el reconocimiento de títulos y antecedentes profesionales (art. 8°). Para comprender mejor la dimensión de la transferencia, lo mismo hizo respecto a la obra social (art. 9°), sistema previsional (arts. 10 y 11), cuestiones disciplinarias (art. 12) y concursos, traslados y otras situaciones pendientes de resolución hasta entonces (art. 13). El capítulo más crítico fue el cuarto vinculado con el financiamiento. Allí se establecía que los servicios educativos transferidos a las provincias serían financiados, a partir del 1° de enero de 1992 y hasta tanto se modifique la ley de coparticipación federal de impuestos 23548 (1988), básicamente con un importe que se retendría de la participación que corresponda según el régimen de dicha ley (art. 14). Ello con determinadas garantías que debería brindar el gobierno nacional (arts. 15 y 16). Un tratamiento equivalente era previsto para Tierra del Fuego y la Ciudad de Buenos Aires. Cerraba este capítulo disposiciones tendientes a asegurar la finalización, con cargo al Estado nacional, de las obras públicas en ejecución transferidas a las jurisdicciones respectivas (art. 18), como también las reparaciones de los edificios cuyo estado de conservación o su antigüedad afecte el desenvolvimiento de los servicios educativos (art. 19). En un capítulo siguiente, titulado “Aspectos pedagógicos”, confería al Ministerio de Cultura y Educación de la Nación la responsabilidad de ejecutar las políticas y estrategias del sistema educativo nacional, en consulta con el Consejo Federal de Cultura y Educación, así como la coordinación, compatibilización y evaluación del funcionamiento interjurisdiccional (art. 20). Luego atribuye a dicho organismo diversas competencias vinculadas principalmente con la eficiencia y la calidad de la gestión educacional (art. 21), como también con la adecuación de planes generales (incluyendo objetivos y contenidos curriculares básicos y comunes), concertadamente con el Consejo (art. 22). Finalmente, en un capítulo especial, se contempló la enseñanza privada, estableciéndose que respecto de los servicios educativos del sector privado que se transferían, quedaban garantizados, fundamentalmente, los principios de libertad de enseñanza, debiendo las jurisdicciones receptoras mantener el respectivo régimen de aportes en concordancia con el fijado en el orden nacional, en lo que hacía a montos, proporciones y destino de los servicios transferidos” (art. 23). Cabe agregar que, por disposiciones transitorias, se autorizaba también al PEN para celebrar, a través del Ministerio de Educación, los actos jurídicos que requiriese el cumplimiento de la ley (art. 24).

creciente provincialización del nivel secundario, y a ciertos intereses de parte de los gobernadores, pues estos vieron en el traspaso una transferencia de algunos fondos federales y un aumento en su poder de negociación (Gibson & Falletti, 2004: 104). Particular importancia merece esto último si se atiende a que esta última descentralización fue prácticamente negociada por fuera del Poder Legislativo, entre el PEN y los poderes ejecutivos locales, no existiendo registro de lo que sucedió en tales negociaciones. Alcanzados los acuerdos, el proyecto de ley fue sancionado y promulgado por el Congreso Nacional sin modificación alguna (Gibson & Falletti, ob. cit.: 110).

3.1.1 El discurso de la transferencia

Una primera lectura útil de lo aquí expuesto obliga a pronunciarse respecto de las razones invocadas para llevar o bien justificar estos procesos y sus consecuencias puesto que en principio, parecen converger dos argumentos que se excluyen mutuamente.

- Un primer argumento, el “explícito” alude al régimen federal. A partir de los años 80’ la Argentina junto con otros países de la región iniciaron un proceso de modernización centrado en la recuperación de los regímenes democráticos de gobierno. Se enunciaron los diagnósticos generales que ponían de manifiesto la crisis del sistema educativo argentino, poniendo énfasis en su estructura autoritaria y en la necesaria democratización de las prácticas educativas. Se puso también de manifiesto entonces que la estructura centralizada del sistema educativo mantenía al Estado cautivo de la mediación de intereses particulares. Esta situación, se consideraba, reducía las posibilidades para conducir efectivamente el sistema de enseñanza, planteándose la necesidad de establecer un cambio en las relaciones de poder (Tiramonti, 2001). El Congreso Pedagógico Nacional, celebrado en el año 1988, se constituyó en el espacio de debate público frente al problema educativo. La democratización de la educación argentina, la manera de operar del poder central y la disminución de los derechos que correspondían a cada una de las provincias como consecuencia del accionar del gobierno nacional fueron algunos de los temas tratados. A partir de ese momento, recuperar y fortalecer la escuela se tradujo en “federalizar la educación”. Los argumentos esbozados, casi inmediatamente también en sintonía con las políticas descentralizadoras de la moderna derecha (y que tenían lugar en el resto del

mundo), fueron la búsqueda de eficiencia y calidad apelándose, una vez más así, a la restauración de los orígenes federales del sistema educativo argentino.

En efecto, el discurso que justificó la transferencia de servicios se centró en el hecho de que ella era la mejor modalidad posible para garantizar un proceso de descentralización que permitiera una realización más plena del federalismo constitucional, un mejor uso de los recursos cada vez más escasos,²¹⁸ una mayor reorganización de los sistemas educativos superpuestos en un mismo territorio, el acercamiento de las decisiones a todos y cada uno de los establecimientos educacionales (Almondoz, 2000: 90) entre otros discursos que hablaban sobre las bondades pedagógicas de la transferencia. De este modo, puede resumirse que el federalismo tuvo un doble impacto en el proceso de descentralización educativa. Primero el federalismo facilitó la legitimación y aceptación por parte de los gobernadores de la transferencia de los establecimientos y el personal docente de nivel federal a las provincias (sin la contrapartida de recursos) y segundo, el federalismo imprimió con características especiales al proceso de negociación de la descentralización educativa en Argentina²¹⁹: a) dada la reducida intervención de actores participantes del proceso, los gobernadores tuvieron mayor relevancia que el Poder Legislativo Nacional, y b) la presencia de instituciones federales (como el Consejo Federal de Educación) articuló la coordinación entre provincias y el aprendizaje de estas para las siguientes rondas de

²¹⁸. El argumento “eficientista” económico fue particularmente alentado (junto con el factor político de “democratización”) por la CEPAL en sus diversos informes sobre las políticas descentralizadoras en América Latina. Así afirmaba que dos razones eran las que habían motivado el papel central de los procesos de descentralización en las políticas públicas de los países latinoamericanos: “la primera es de orden político: ésta es vista como una forma de acercar el gobierno a los ciudadanos y hace parte, de esta manera, de los esfuerzos de democratización en marcha; la posibilidad de promover una efectiva participación ciudadana a nivel local es, desde este punto de vista, uno de los argumentos que justifican un traspaso de responsabilidades a los gobiernos regionales y locales. La segunda es de carácter económico: dentro de los procesos de reestructuración del Estado, la descentralización aparece como una forma de incrementar la eficiencia en la provisión de servicios del Estado, especialmente de servicios sociales en cuya prestación no existen economías de escala importantes. La mayor flexibilidad de la gestión y el mayor acceso a información sobre las preferencias y necesidades de la población a nivel local refuerzan los argumentos en favor de la eficiencia de la prestación descentralizada de servicios. Véase CEPAL (1998): *La descentralización en la educación y la salud: un análisis comparativo de la experiencia latinoamericana*, ob. cit.

²¹⁹. Señalan también Senen y Arango que a partir de las transferencias el gobierno nacional opera como agente de transferencias de ingresos, acción de menor complejidad que demanda principalmente una racionalidad administrativa, mientras que las provincias se convierten en proveedoras directas de servicios. Véase Senen González S. y Arango A. (1996): “La descentralización en la reforma educativa argentina”. Documento del I Congreso Interamericano CLAD, Río de Janeiro.

negociaciones con el poder central, si bien con particularidades que veremos en próximos apartados.²²⁰

Sin embargo, conviene dejar en claro que todo ello a su vez produjo, en términos del gobierno del sistema educativo provincial, dos consecuencias claves: por un lado la posibilidad de gestionar todas las escuelas dentro de sus jurisdicciones simplificaría la administración, al darle mayor coherencia y planificación unificada, sin el paralelismo de las escuelas nacionales. Pero, por otro lado, la enorme cantidad de escuelas que pasarían a la órbita provincial, complejizaría enormemente el manejo del sistema en las provincias – algunas con una lógica incluso subsidiaria – sin ministerios preparados para asumir las tareas centrales de la administración pública del sistema.

- Un segundo argumento de la descentralización, el “implícito”, obedece al contexto de un programa de gobierno que avanzaba de corte neoliberal (y con una deuda externa que se incrementaba velozmente). Según las investigaciones existentes,²²¹ la transferencia opera con exclusividad sobre la base de un criterio “economicista”. Se trata de un objetivo real de reducción del déficit fiscal y de la burocracia federal, de manera que ello implicó una imposición de asignación de competencias del gobierno federal a las provincias por motivos básicamente referidos al ordenamiento contable del presupuesto del Estado nacional. En un detallado análisis, Repetto (en Tedesco, 2005: 5) afirma que “el proceso de transferencia constituyó meramente un desplazamiento de responsabilidades financieras y administrativas desde el nivel nacional a las provincias [...] Solamente implicó una mayor carga presupuestaria para las administraciones provinciales (y una descarga fiscal para el nivel nacional)”.

El argumento implícito halla fundamento en la ideología de la moderna derecha.²²² Estos cambios impulsados por gobiernos y organismos internacionales durante las últimas décadas estaban guiados por las ideas de la descentralización administrativa y pedagógica

²²⁰. V. Falleti, T (2001): “Federalismo y descentralización educativa en Argentina. Consecuencias (no queridas) de la descentralización del gasto en un país federal”, en Calvo E. y Abal Medina J.M.: El federalismo electoral argentino. Buenos Aires: Eudeba.

²²¹. Para la realización de este análisis se ha tomado en cuenta varios trabajos que indagan con mayor detalle sobre el contexto de las transferencias educativas en nuestro país. Véase en tal sentido: Falleti, T: (2001): *Federalismo y descentralización educativa en Argentina*, ob. cit., y Repetto, F. “Transferencia educativa hacia las provincias en los años ‘90: Un estudio comparado”. Documento N° 57. Elaborado por el Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional - Fundación Gobierno y Sociedad y Fundación Grupo Sophia (2001), ob. cit., entre otros.

²²². Véase un mayor análisis de esta ideología y su impacto en la educación en el capítulo III, numeral 2.1.

hacia la escuela con diferentes grados de participación interna, la competencia entre instituciones, la libre elección de escuelas por parte de los padres, el retiro gradual del Estado de algunas de sus funciones, de modo de “abrir el juego” a otros sectores interesados y a las distintas formas de privatización. En suma, se combinaba un proceso de retirada del Estado con un clima de descentralización de los servicios, que más allá de sus diversos resultados, estaba a la orden del día en las distintas realidades de América Latina y del resto del mundo subdesarrollado.

3.2 Las leyes nacionales recientes en educación

Es en el contexto de un proceso de descentralización de varias décadas precedentes y bajo la presión del discurso recientemente analizado cuando en el año 1993 el Congreso Nacional sancionó la primera ley de educación, que comprendió al sistema educativo en todos sus niveles, y fue conocida como Ley Federal de Educación (ley 24195). Varios años más tarde, reiteraría esa aspiración a través de la Ley de Educación Nacional (ley 26206) en el 2006. Entre medio de dichas normas, también se sucedieron una serie de leyes que de una u otra manera irían complementando el panorama y situación que aquellas planteaban. Así, encontraremos desde los Pactos Federales hasta el desarrollo legislativo producido en los últimos años y del cual la ley de Educación Técnico Profesional (ley 25058) y la ley de Financiamiento Educativo (ley 25075), entre otras son un ejemplo.

Procederemos a realizar un análisis transversal de las principales variables que permitan delinear los posibles contenidos previstos en materia educativa, las responsabilidades de los distintos actores involucrados en la norma así como la tensión que pueda estar presente entre federalismo y educación, a la luz de las continuidades y rupturas en relación con los procesos de descentralización citados. Esto constituirá un insumo importante que será desagregado al momento de precisar una definición del derecho a la educación y su contenido como derecho humano fundamental.

3.2.1 La Ley Federal de Educación

Los efectos de la Ley Federal de Educación que trascendieron al sistema educativo actual dan cuenta que tanto dicha norma cuanto sus antecedentes respondieron principalmente a una coyuntura ideológica y económica antes que a necesidades pedagógicas que justificasen su creación. Puede considerársela como un producto más de

las políticas que, en el marco de las orientaciones hacia la desregulación y subsidiariedad del Estado, el gobierno nacional tomó siguiendo las recomendaciones y estudios de los organismos multilaterales de crédito adeptos a las doctrinas de la moderna derecha.

Ya desde el proyecto se advierten serias deficiencias sobre su pertinencia y eficacia de cara a los problemas que el sistema educativo presentaba. En verdad ni el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo Nacional ni los tres documentos legislativos que se gestaron durante el proceso de su sanción incluyeron en sus fundamentos dato alguno sobre la realidad socioeducacional²²³ y los problemas de diversificación dispersa y desarticulación vertical producto de la descentralización.²²⁴ La mayor crítica al proyecto de ley se basó en el rol que se adjudicó al Estado nacional en el sostenimiento del sistema educativo y que quedó plasmado en el artículo 4° de la Ley Federal de Educación. Allí, con una clara tendencia subsidiaria y de descentralización, se desdibujó el papel del Estado expresando que las acciones educativas “son responsabilidad de la familia, como agente natural y primario de la Educación, del Estado nacional, como responsable principal, de las provincias, los municipios, la Iglesia Católica, y las demás confesiones religiosas oficialmente reconocidas y las organizaciones sociales.” La responsabilidad primaria parecía quedar más a cargo de las instituciones privadas que del propio Estado, quien asumía una función de apoyo y promoción del desarrollo del sector privado a través de diversas medidas pedagógicas, organizativas y financieras.

Este tema fue objeto de críticas por distintos parlamentaristas de la oposición al tiempo del debate, y en especial por las implicancias financieras que representaba esta posición. Una de las críticas más importantes estuvo a cargo del diputado Carlos Álvarez quien sostuvo que la ley no dejaba en claro “el rol indelegable e imprescriptible que en la Argentina el Estado debe cumplir en la educación pública. Necesitamos [...] tener la

²²³. El ejemplo más claro, quedó plasmado en palabras del senador Luís Brasesco quien expresó que era crucial entender que la ley iba a hacer para todo el país y no sólo las ciudades metropolitanas. Así señaló que “en mi provincia hay muchos colegios secundarios en poblaciones de dos mil habitantes. Pero, ¿cómo vamos a armonizar esta exigencia estructural en nuestro campo, donde todavía tenemos un maestro que enseña dos grados en forma conjunta? Esa es la realidad” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 2° Reunión, 6 de mayo de 1992, pág. 224).

²²⁴. Paviglianiti (1988: 51) advertía dos tendencias definidas en el sistema educativo. En primer lugar, había existido un pasaje de un modelo en el que el gobierno nacional tenía un peso elevado y tendía a imponer su sistema (centralización uniformante) a una descentralización anárquica. Por otra parte, la estructura académica del sistema educativo argentino en su conjunto se vio objeto de fuertes cambios de base en su organización, lo que dio pie a un pasaje de un sistema casi uniforme a una “diversificación dispersa” en cada nivel educativo en cuanto a prestadores y responsables y calidad de los servicios educativos. Se desencadenó con ello a partir de este proceso de descentralización una gran anarquía especialmente en el plano del currículum y las condiciones laborales docentes.

garantía de que la política económica no terminará definiendo el sesgo y los alcances de la política educativa”. Asimismo agregó en referencia al federalismo educativo que “decir que los municipios tienen la misma responsabilidad que tiene el Estado en las acciones educativas es inducir en forma oblicua esa discusión. Todos sabemos que ni los municipios ni las provincias están en condiciones reales de sostener una educación de primera calidad para todos sus habitantes. Si las provincias (algunas de las cuales todavía no han abonado el salario...) no tienen esa capacidad, ¿cómo pueden tenerla los municipios? ¿Alguien puede creer que este concepto de descentralización ha sido pensado desde los requerimientos pedagógicos y desde la necesidad de mejorar la educación? [...]. Existe la idea de un federalismo, pero de un federalismo compulsivo: “O aceptas esta política o no figurás en la agenda del gobierno central”.²²⁵

También varios diputados dieron cuenta del avance privatista de la norma. En tal sentido, el diputado Alfredo Bravo señaló que ese proyecto “da toda clase de prerrogativas a la educación privada, cosa que hace en desmedro de la pública. Basta con repasar su articulado para ver de qué manera el sector privado interviene en el planeamiento de la educación, formula sus planes y programas de estudios, otorga certificados, [...]. Se está por aprobar una ley que será [...] el instrumento que [a la educación privada] fija y orienta para asegurar su desarrollo. Mientras tanto, el futuro de la escuela pública queda en manos de una incierta comunidad escolar y de un presunto Pacto Federal Educativo”.²²⁶ Por su parte el diputado Marcelo Elías sostuvo que en el citado proyecto, “en el mejor de los casos, se coloca en un pie de igualdad al sistema privado con el público. Hay dos o tres elementos que permiten ver con claridad que se jerarquiza o prioriza la enseñanza particular por sobre la pública. Cuando se dice que el sistema educativo está integrado por los servicios educativos de las jurisdicciones nacional, provincial y municipal, que incluyen los de las entidades de gestión privadas reconocidas, se plasma en la práctica lo que significa la expresión jurídica del principio que la Iglesia católica denomina como pluralismo escolar [...]. [C]uando se plantea al sector privado la posibilidad de crear, organizar, sostener escuelas, formular planes y programas de estudio [...] participar en el planeamiento educativo – lo que parece no reconocérsele a la educación pública – deja en claro esta cuestión acerca de cuáles son las tendencias privatizantes que tiene el proyecto [...], se admite la desregulación en materia pedagógica cuando se habla de la validez de los

²²⁵. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 21 Reunión, agosto 26 y 27 de 1992, pág. 2237.

²²⁶. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 58 Reunión, abril 14 de 1993, pág. 6761.

títulos, de las habilitaciones pero le otorga prioridad a la educación privada para determinar su contenido, quedando demostrado de esta manera que existe una política general de desregulación económica”.²²⁷

La impronta de la ley quedó plasmada en cuatro aspectos fundamentales: la modificación curricular, con la consiguiente extensión de la escolaridad, la evaluación de la calidad de la educación y la revalorización de los contenidos. Respecto al primero y segundo, dicho cambio significó el más estructural (y traumático) desde su fundación en 1884 con la ley 1420,²²⁸ contemplando obligatorio el último año de la educación inicial y 9 años de educación básica. Lo problemático de este diseño fue su aplicación debido a que en función de la descentralización que garantizó la ley, las jurisdicciones provinciales eran las responsables de implementar la nueva estructura académica y la política curricular. Los resultados fueron muy diversos debido principalmente a las capacidades financieras y de administración de cada jurisdicción. En relación con la evaluación de la calidad de la educación, la norma estableció la evaluación permanente del sistema educativo por parte del Ministerio Nacional a los efectos de garantizar la calidad de la formación impartida en los distintos ciclos. Por último, respecto de la revalorización de contenidos, se especificaba que se debía verificar “la adecuación de los contenidos curriculares de los distintos ciclos, niveles y regímenes especiales a las necesidades sociales y a los requerimientos educativos de la comunidad”, aspecto que se llevó a cabo a través de la elaboración de los contenidos básicos comunes.

La ley también hizo eco de la dicotomía descentralización-centralización. Mientras que para aquella fecha la Nación había transferido las escuelas, configuró una serie de mecanismos de concentración del poder sobre la educación. Paviglianiti (1995: 13) señala que la Ley Federal de Educación se ha caracterizado por contener y derivar las decisiones hacia el Poder Ejecutivo Nacional, puesto que se las otorgó explícitamente o porque no fueron establecidas en el texto legislativo. El texto no es claro en delimitar con precisión las atribuciones que le competen al Ministerio Nacional y las que competen a las provincias y municipios, dejando también amplios márgenes de discreción al Poder Ejecutivo Nacional para reglamentar por vía de decretos aspectos cruciales de la política educativa del sector público. En este sentido, durante su debate parlamentario, así lo hizo notar la diputada Ángela Sureda en cuanto expresó “que este proyecto tiene un alto

²²⁷. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 58 Reunión, abril 14 de 1993, pág. 6773.

²²⁸. De una estructura de educación primaria de 7 años y secundaria de 5, se pasó a la Educación General Básica, de 9 años, y a la Educación Polimodal, de 3 años.

contenido de unitarismo y otorga a un ministro sin escuelas una cantidad enorme de facultades que sin lugar a dudas están lesionando el derecho de las provincias argentinas que hoy tienen la responsabilidad de poner en marcha el sistema educativo nacional. Decimos que esta ley no es federal porque en este consejo federal las provincias podrán proponer, concertar y cooperar, pero en la ambigua redacción de la ley de ninguna manera establece que podrán imponer, resolver o fijar pautas o procedimientos. Esto significa que delegamos en manos del gobierno nacional innumerables facultades que son propias de las provincias. Este es el motivo por el que nos afecta la afirmación de que esta norma pueda denominarse ley federal de educación”.²²⁹

La ley determina a la Nación como a las provincias la obligación de garantizar el acceso a la educación, y también a ambas les asigna responsabilidad en la decisión de las políticas y acciones educativas. El artículo 51 establece entre otros criterios, atender al gobierno del sistema sobre la base de la descentralización y federación. Sin embargo, resulta algo notorio el hecho de que su artículo subsiguiente establezca que dicho gobierno y la administración del sistema resulte una responsabilidad concurrente y concertada del Poder Ejecutivo Nacional y de los poderes ejecutivos provinciales, sin hacer comentario alguno a los poderes legislativos, que paradójicamente, son quienes deberían sentar las bases de dichas políticas.

La norma plasmó en la realidad normativa el cambio de racionalidad de gobierno, con una autoridad central que concibe un rol de direccionamiento macro político y económico y deja la gestión y el control territorial a las provincias. En este sentido, quedó establecido un esquema de gobierno y administración del sistema educativo nacional basado sobre la acción directa de las jurisdicciones provinciales y la acción indirecta (y focalizada, esto es a instituciones o programas en particular y no a las jurisdicciones en su conjunto) del Estado nacional.²³⁰

La ley asigna la tarea al Estado nacional de fijar los lineamientos de la política educativa, si bien con el compromiso de atender a las “idiosincrasias locales, provinciales y regionales”. También, la norma es extensa en fijar directamente en el articulado obligaciones determinadas a las provincias conjuntamente con el gobierno federal. Ello puede verse con claridad en lo dispuesto en el artículo 39 respecto de la gratuidad en todos los niveles y regímenes especiales, el artículo 40 en cuanto al deber de garantizar la

²²⁹. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 58 Reunión, abril 14 de 1993, pág. 6749.

²³⁰. Véase en este sentido el trabajo de Ruiz, Guillermo (2008): “La nueva reforma educativa según sus bases legales”, ob. cit.

obligatoriedad mínima de la ley, la organización de planes asistenciales, en el artículo 50 respecto de la evaluación de la calidad y funcionamiento de sus sistemas locales, por citar algunas de las principales normas.

Así, en el marco de este vínculo Nación-provincias, a partir de la Ley Federal el gobierno nacional toma a su cargo la capacidad de definir los contenidos básicos comunes de todo el sistema (en acuerdo con el Consejo Federal de Cultura y Educación), el dictar normas generales sobre equivalencia de títulos y de estudios; promueve, organiza y coordina la Red Federal de Formación Docente Continua, establece objetivos de aprendizaje y los mide a través de evaluaciones estandarizadas, desarrollando asimismo “políticas compensatorias” que buscan asegurar determinadas condiciones básicas para garantizar la educación de aquellos grupos más desaventajados. Mientras tanto, las provincias, básicamente comprometen sus esfuerzos a la creación y gestión de escuelas, sostenimiento del financiamiento estructural del sistema, los salarios y el control de las condiciones laborales docentes.²³¹

En este contexto, en el marco de las disposiciones transitorias, el artículo 66 manda a las provincias acordar en el seno del Consejo Federal luego de promulgada la norma, la adecuación progresiva de la estructura educativa de las jurisdicciones, la implementación gradual de la obligatoriedad y la asistencialidad, la implementación de programas de formación y actualización para la docencia que faciliten su adaptación a las necesidades de la nueva estructura y la equivalencia de los títulos docentes y habilitantes actuales en relación con las acreditaciones que se definan necesarias para la nueva estructura. Conjuntamente, el artículo 69 establece que las provincias debían abocarse a “adecuar su legislación educativa en consonancia con la presente ley, y a adoptar los sistemas administrativos de control y de evaluación, a efectos de facilitar su óptima implementación”.

²³¹. Así, la norma le atribuye a la esfera jurisdiccional la atribución de decidir la planificación, organización y administración del sistema educativo en su jurisdicción, la apertura y cierre y conducción de las escuelas públicas, la aplicación de las decisiones del Consejo Federal de Cultura y Educación, las normas de contratación y carrera profesional de los docentes, las normas de regulación y asignación de subsidios al sector privado de la educación, la adaptación local de los contenidos básicos comunes, las normas que regulan la vida interna de las escuelas, las tareas de evaluación dentro de su jurisdicción, además del margen para adaptar la estructura de niveles establecida por dicha ley.

3.2.1.2 Conclusiones intermedias

De los artículos comentados, se observa que la norma si bien adhiere a un federalismo de concertación en cuanto a la forma de implementar cabalmente las particularidades de la ley en cada jurisdicción, no se define formalmente como una norma convenio (sujeta su carácter vinculante a la aprobación de las legislaturas provinciales). Se identifica más bien como una *norma federal de deber mínimo* no disponible para las provincias, tal como analizaremos más adelante en nuestra investigación.²³² Más allá de sus críticas, *la Ley Federal de Educación previó en materia de derecho a la educación, una serie de obligaciones y prestaciones a cargo del Estado y respecto de las cuales las provincias no pueden eximirse en su cumplimiento ni pueden adoptar, internamente, disposiciones que las anulen o desvirtúen en su contenido.*

En este sentido, la ley constituyó un punto de inflexión en la historia de la educación argentina por varios motivos. La norma implicó en el plano formal una expansión del contenido del derecho fundamental al producirse con su sanción, *un desarrollo normativo sobre la constitucionalización del derecho a la educación.* A su vez, la introducción de los contenidos básicos comunes permitieron *una modernización de los contenidos educativos* y una dinámica que hizo que aún hoy aquellos sigan vigentes y muchos sean continuados y mejorados a través de los posteriores “núcleos de aprendizajes prioritarios” previstos en la posterior ley educativa. Los libros de texto surgidos renovaron el “mercado editorial”, y muchos fueron escritos por profesionales idóneos y de trayectoria en el campo disciplinar específico, permitiendo interesantes lecturas de estos nuevos lineamientos (en especial en áreas como formación ciudadana, historia, entre otros). A ello se le sumó la instauración de la cultura de la evaluación continua y la expansión del sistema educativo en un marco socioeconómico de fuerte desigualdad (Gvirtz, 2004: 32). Asimismo, y más allá de su funcionamiento en concreto, abrió formalmente esta nueva “tripartita” distribución de competencias en el ámbito nacional, encabezada por el Ministerio Nacional, el ámbito federal (por el Consejo Federal de Educación) y los ámbitos provinciales, a cuyos análisis nos referiremos en sucesivas páginas.

No sería acertado afirmar que la Ley Federal de Educación ha sido la causante del diagnóstico actual de los problemas estructurales que afectan al sistema educativo. Algunos de sus cambios, bien han podido generar nuevas dificultades o agravar otros, pero en verdad gran parte de estos problemas tienen una génesis en tiempos anteriores

²³². Véase capítulo V.

productos de políticas erradas, falta de atención y de recursos financieros al sector. Podríamos adelantar aquí que más allá de sus deficiencias legislativas, la norma no representa sino un instrumento cuya utilización e interpretación quedó en manos de las propias autoridades políticas y ha sido justamente en ese terreno, el de su aplicación en las políticas jurisdiccionales y de la concertación federal, donde se observa con mayor claridad las deficiencias actuales. Algunas de dichos déficits procuraron ser corregidos en la posterior ley que la sucederá, si bien con resultados diversos y no siempre positivos, conforme veremos seguidamente.

3.2.2 La Ley de Educación Nacional

El 14 de diciembre del año 2006 fue sancionada la ley 26206, la nueva “Ley de Educación Nacional”, que derogaría en lo sucesivo el anterior régimen instituido por la ley 24195, amén de que sus efectos aún perdurarán por un largo plazo de tiempo. La nueva ley de educación cuenta con 145 artículos distribuidos en 12 títulos. Si bien en su articulado regula una importante cantidad de temas directamente vinculados con el sistema educativo, nos concentraremos primero en los principales cambios respecto de su antecesora (en particular en términos de contenidos del derecho a la educación) y luego estudiaremos aquellas partes que involucren a la relación Estado federal – provincias a fin de evaluar el impacto de dicha norma en la organización institucional del sistema.

Al igual que la norma anterior, el proyecto de ley fue aprobado casi en su totalidad según el dictamen de la mayoría conformado por el gobierno de turno sin aceptar modificaciones de ningún tipo. Una crítica también común, está dada por el pobre y escaso nivel de debate que ambas normas tuvieron en las dos cámaras.²³³

En un principio, la Ley de Educación Nacional marca un mayor centralismo del Estado nacional. En su artículo 4° al igual que su antecesora pero con matices diversos, establece que el Estado nacional y las jurisdicciones locales tienen la *responsabilidad principal e*

²³³. De hecho es frecuente leer la observación de legisladores de la oposición que daban cuenta de que durante el debate, el recinto se encontraba virtualmente vacío y sin la mayoría de los legisladores presentes, los que sólo concurrían al momento de votar. V. Diario de Debate parlamentario, Cámara de Senadores de la Nación, 30 Reunión, 27 Sesión Ordinaria, 6 de diciembre de 2006, y Diario de Debate parlamentario, Cámara de Senadores de la Nación, 30 Reunión, 27 Sesión Ordinaria, 14 de diciembre de 2006, entre otras. Esto puede resultar llamativo, puesto que si bien no es objeto de nuestro análisis, sin duda ello dice mucho respecto del compromiso político que se le asigna a la educación más allá de la mera sanción de la norma. También ello puede condicionar paralelamente, el alcance y cumplimiento efectivo de sus preceptos posteriormente.

indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos los habitantes de la Nación, “garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias”. El artículo 2° establece que la educación es un “bien público” y un “derecho personal y social” garantizado por el Estado y el artículo 3° habla de que la educación “es una prioridad nacional y se constituye en política de Estado”. Finalmente, el artículo 5° determina que corresponde al Estado nacional fijar la política educativa y controlar su cumplimiento respetando las particularidades provinciales y locales.

En cuanto a las regulaciones sobre la educación privada, se mantiene la misma connotación que aparecía en la Ley Federal de Educación en cuanto a la definición de los servicios educativos de acuerdo al tipo de gestión. Sin embargo, esta ley avanza en la definición de los nuevos agentes con capacidad para brindar educación privada: además de la Iglesia católica y las confesiones religiosas inscriptas en el Registro Nacional de Cultos y las sociedades, se mencionan a las cooperativas, las organizaciones sociales, sindicatos, asociaciones, fundaciones y empresas con personería jurídica y a las personas físicas; y se mantienen los mismos derechos y obligaciones establecidos en la ley 24195. La misma continuidad aparece respecto de las remuneraciones mínimas de los docentes de instituciones educativas privadas.

La Ley de Educación Nacional mantiene los tres niveles de gobierno y administración del sistema educativo y apela a la concertación en el ámbito del Consejo Federal de Educación. La ley ubica al Ministerio de Educación Nacional como ámbito de fijación de políticas y estrategias nacionales y además tiene como funciones distintivas a las asignadas en la Ley Federal las siguientes: a) en caso de controversia en la implementación jurisdiccional de los principios, fines y objetivos, someterá la cuestión al dictamen del Consejo Federal y b) puede declarar *la emergencia educativa para brindar asistencia de carácter extraordinario en aquella jurisdicción en la que esté en riesgo el derecho a la educación de los alumnos que cursan los niveles y ciclos de carácter obligatorio*, conforme a lo establecido por el artículo 2° de la ley.²³⁴ En estos casos se evidencia un cambio en la posición del Estado nacional al promover una tendencia de resguardo a la unidad del

²³⁴. Esta última potestad así como las medidas que se instrumenten en consecuencia deben contar con el acuerdo de la jurisdicción involucrada y del Consejo Federal de Educación y tienen que ser comunicadas al Poder Legislativo Nacional.

sistema educativo y de asistencia cuando no puede garantizarse el ejercicio del derecho a la educación (obligatoria) en una determinada provincia.²³⁵

En cuanto al nivel jurisdiccional, no existen especificaciones sobre las competencias de las provincias en la materia, tal como ocurría en el texto de la ley anterior. Sin embargo, en distintas partes del articulado, la ley 26206 mantiene las más importantes referidas a la administración de los respectivos sistemas educativos. Así se establece por ejemplo la obligación de los gobiernos jurisdiccionales de “aplicar las resoluciones del Consejo Federal de Educación para resguardar la unidad del Sistema Educativo Nacional” (artículo 121), la de definir los contenidos curriculares acordes a sus realidades sociales, culturales y productivas (art. 86), entre otras.

En lo referido a la estructura académica, la ley 26206 la modificó y retrotrajo las denominaciones de educación básica a “educación primaria” y de polimodal a “educación secundaria”, aunque prevé diferentes duraciones en cada caso. También extiende la obligatoriedad a 13 años de duración total. Así la ley contempla la coexistencia de dos posibles estructuras académicas en función de su duración: una de 6 años para el nivel primario y otros 6 años para el nivel secundario; otra posibilidad contempla 7 años de duración para la educación primaria y 5 años para la secundaria, tal como era la estructura vigente históricamente hasta la sanción de la ley 24195. Según la ley, el sistema pasa a tener cuatro niveles educativos: inicial, primario, secundario y superior, y 8 “modalidades” educativas: técnico profesional, artística, especial, permanente de jóvenes y adultos, intercultural bilingüe, rural, educación en contextos de privación de la libertad, domiciliaria y hospitalaria.

Una de las críticas más salientes a esta estructura es que no puso un freno a la situación de *diferenciación horizontal* detectada. La ley contempla la posibilidad de existencia de dos opciones de estructuras académicas, para las cuales no especifica de forma taxativa períodos de implementación de estas políticas relativas a la estructura académica, con lo que se asemeja en este sentido al esquema previsto por la ley 24195. Se estableció un plazo de seis años a partir de la sanción de la ley 26206 para que a través de acuerdos entre el Ministerio de Educación Nacional y el Consejo Federal de Educación se definiera la ubicación del séptimo año de escolaridad. En este sentido, puede objetarse que el

²³⁵. Véase en este sentido, Ruiz Guillermo (2009): “La ley de educación reformada. Cuestiones problemáticas sobre las recurrentes reformas educativas. Primera parte”, ob. cit.

Congreso perdió su oportunidad de unificar y así subsanar los problemas derivados de la aplicación diferencial por parte de las jurisdicciones del tercer ciclo de la EGB.

La ley 26206 mantiene también el mismo esquema que el previsto por su antecesora en materia de definición de políticas curriculares. Estas se acuerdan en el nivel federal: el Ministerio de Educación Nacional aprueba las resoluciones relativas a los lineamientos curriculares y las jurisdicciones deben aprobar los diseños curriculares, los cuales deben respetar los acuerdos federales (que surgen en el marco del Consejo). La ley innova con el *establecimiento de contenidos que obligatoriamente deben prever los diseños jurisdiccionales. Así se dispone la obligatoriedad de la enseñanza de al menos un idioma extranjero en todas las escuelas de nivel primario y secundario del país; el necesario acceso y dominio de las tecnologías de la información y la comunicación, la educación ambiental y el conocimiento de los derechos del niño, el conocimiento de la diversidad cultural de los pueblos indígenas y sus derechos*, entre otros (artículo 92).

Dos temas que completan el presente análisis general de la ley son el de la formación docente y del financiamiento. En cuanto al primero, se evidencia una nueva centralización en la definición de los lineamientos curriculares sobre el tema en la órbita del Ministerio de Educación a través del Instituto Nacional de Formación Docente (INFOD) con competencias muy importantes. Dicho organismo se transforma en el actor principal responsable de modelar la formación docente de todos los niveles, modalidades y jurisdicciones y se convierte en la agencia del Ministerio Nacional que proveerá de las definiciones técnico-curriculares a las cuales las jurisdicciones y las universidades deben adecuarse para mantener la validez de sus estudios y títulos docentes. En cuanto al segundo punto, la ley no da mayores definiciones sobre el tema ya que remite expresamente a las metas previstas en la ley 26075 sobre financiamiento educativo. Esta última prevé un incremento de la inversión en educación, ciencia y tecnología por parte del Estado nacional y las provincias de manera progresiva a partir del 2006 hasta lograr una participación del 6% del PBI en el año 2010. En la ley se dispone que el Ministerio de Educación de la Nación constituye la autoridad de aplicación de esta norma, y por lo tanto debe acordar con las jurisdicciones dentro del Consejo Federal de Educación la forma de implementación de las políticas tendentes al incremento de la inversión e incluso de los programas en los cuales se enmarcarán. Asimismo, deben coordinar conjuntamente las

acciones que se desarrollarán para optimizar las capacidades de administración y evaluación y de eficiencia del gasto sectorial.²³⁶

Existieron algunas otras críticas importantes vinculadas con la Ley de Educación Nacional, además de las ya mencionadas y que fueron también recolectadas en el marco de su debate parlamentario. Una de ellas, que vale la pena repetir, tiene que ver con el escaso diagnóstico relevado previo a la sanción de la norma, lo que podría representar una falta de visión real acerca de los problemas que padece el sistema educativo en su conjunto y en cada región o contexto. A su vez, también fueron cuestionables los términos de la convocatoria al debate debido a su celeridad y a la alta generalidad sobre los aspectos a los que invitaba a debatir, lo que privó de una participación genuina de todos los actores (incluso a nivel de ministerios de educación de algunas provincias) con capacidad de opinar sobre la materia educativa con rigor científico.

A su vez, otra crítica muy presente en el tratamiento de proyecto estuvo ligada con el financiamiento futuro de esta reforma educativa, haciéndose especial hincapié en el tema de la coparticipación federal.²³⁷ En este sentido, varios legisladores hicieron eco de la situación financiera en sus provincias sobre las dificultades acerca de su implementación total. Ello se basaba en que varias disposiciones establecen prestaciones concretas que

²³⁶. Puede señalarse también que en el artículo 2° de la ley 26075 se plantean objetivos para el incremento de la inversión educativa entre los que se destacan: a) Incluir en el nivel inicial al 100 % de la población de 5 años de edad, priorizando los sectores sociales más desfavorecidos, b) Garantizar un mínimo de 10 años de escolaridad obligatoria para todos los niños y lograr que, como mínimo, el 30 % de los alumnos de educación básica tengan acceso a escuelas de jornada extendida o completa, priorizando los sectores sociales y las zonas geográficas más desfavorecidas, c) Promover estrategias y mecanismos de asignación de recursos destinados a garantizar la inclusión y permanencia escolar en niños, niñas y jóvenes que viven en hogares por debajo de la línea de pobreza mediante sistemas de compensación que permitan favorecer la igualdad de oportunidades en el sistema educativo nacional, d) Avanzar en la universalización del nivel medio/polimodal y promover la reincorporación en él de los desertores, e) Erradicar el analfabetismo en todo el territorio nacional, f) Producir las transformaciones pedagógicas y organizacionales y garantizar la apropiación de los Núcleos de Aprendizajes Prioritarios por la totalidad de los alumnos de los niveles de educación inicial, primaria y media, h) Fortalecer la educación técnica y la formación profesional vía un incremento de la inversión en infraestructura y equipamiento, i) fortalecer la calidad y pertinencia de la educación universitaria nacional y la investigación científico-tecnológica, j) mejorar las condiciones laborales y salariales de los docentes de todos los niveles del sistema educativo, así como su jerarquización profesional y la calidad de su formación docente inicial y continua (en este sentido la ley creó también dentro del Ministerio de Educación de la Nación el Programa Nacional de Compensación Salarial Docente a efectos de subsanar las desigualdades salariales entre las provincias). Respecto a este último punto, vale destacar que por ley 25919 (de agosto de 2004), se prorrogó la vigencia del Fondo Nacional de Incentivo Docente hasta el 2009. Un balance final sobre el cumplimiento de las metas alcanzadas a la fecha puede verse en el siguiente informe: Bezem, P., et al. (2012): Monitoreo de la Ley de Financiamiento Educativo. Informe final, CIPPEC: Buenos Aires. Disponible en: <http://nexos.cippec.org>, (fecha de consulta: diciembre de 2012).

²³⁷. Diario de Debate parlamentario, Cámara de Senadores de la Nación, 30 Reunión, 27 Sesión Ordinaria, 6 de diciembre de 2006, pág. 21 y Diario de Debate parlamentario, Cámara de Senadores de la Nación, 30 Reunión, 27 Sesión Ordinaria, 14 de diciembre de 2006, pág. 1, entre otras.

deberán ser costeadas por los recursos de las provincias a partir de lo que reciban exclusivamente de la coparticipación y sin otras partidas presupuestarias extras. En este sentido, parte de la oposición se orientó a exigir sin éxito que el gobierno nacional dentro de la propia norma fijara un compromiso tendiente a garantizar el financiamiento de los mayores costos en que deban incurrir las provincias para dar cumplimiento a la ley.

3.2.2.1 Conclusiones intermedias

La Ley de Educación Nacional volvió a imponer cambios en un sistema educativo que ya se encontraba en una etapa de continuos ajustes y modificaciones. Ciertamente, algunos de esos cambios pueden medirse, al menos desde lo formal, en signos positivos como el reconocimiento de la educación como un derecho humano y no un mero bien sujeto en términos exclusivos al mercado. Su calidad de “bien público” está ahora acorde con la responsabilidad principal e indelegable que la ley confiere al Estado en el sostenimiento del sistema educativo. También esta reorganización curricular (más allá de mantener dos opciones distintas) al menos retrotrae la estructura del sistema a esquemas ya conocidos y que han tenido fuerte raigambre en el diseño escolar. Asimismo, la introducción de contenidos obligatorios y la actualización del núcleo de los contenidos mínimos (ahora denominados “prioritarios”) ha permitido hacer más permeable el desarrollo de nuevas técnicas pedagógicas, nuevas herramientas de trabajo, y la inclusión de temas claves vinculados con una educación de calidad que atienda a los desafíos actuales relacionados con los valores democráticos, la perspectiva de género, el respeto por la diversidad, entre otros puntos.

Además de las críticas ya analizadas, hubiera sido deseable que la norma en su gran extensión de más de 140 artículos hubiera acompañado el alto nivel de declamaciones, principios y propósitos que se enuncian con la correspondiente precisión acerca de las medidas o políticas a adoptar para la consecución de tales metas. Claro está que la norma puede ser reglamentada así como que resulta válido dejar en otros organismos de la administración y técnicos el detalle particular de las medidas a adoptar. Sin embargo, esta crítica subsiste aún con este argumento debido a que delega en dichos organismos definiciones de aspectos claves de la política educativa propios de la competencia legislativa (como en el caso de las amplias competencias reconocidas al Ministerio nacional en el art. 115, inc. b). Como veremos, se vuelve a apelar al consenso a través de un órgano federal como el Consejo Federal de Educación, que aunque la ley destaca que

puede haber decisiones de cumplimiento obligatorio para todas las provincias, no se precisa en qué circunstancias ello ocurrirá.

Paralelamente, al igual que lo dispuesto en la ley 24195, la ley 26206 deja sobre la base de parámetros mínimos de articulación (y con algunas deficiencias que observaremos en el funcionamiento del Consejo Federal de Educación), a las autoridades provinciales que determinen el diseño de los planes de estudios y demás aspectos de la definición curricular. Ello por ende, puede terminar reforzando algunos de los efectos indeseados de la anterior norma ampliando la desarticulación horizontal existente. Entre esos problemas figura la posibilidad de que se refrende la validez nacional de títulos que se correspondan con estudios muy diferenciados en el plano curricular, o bien que no incluyan suficientemente los contenidos obligatorios pautados en el nivel federal. Esta conjetura se refuerza si se toma el caso de la provincia de Buenos Aires que comenzó su reforma educativa en el año 2005 y continuó su aplicación sin modificaciones luego de la ley 26206.²³⁸

3.2.3 Otras normas recientes sobre educación

La Ley de Educación Nacional se inscribe asimismo en un contexto de expansión normativa en educación de una considerable magnitud y que queda reflejado en una serie de normas que intentaron abarcar sistemáticamente algunos problemas educativos concretos. Veamos a continuación algunas de estas normas.

3.2.3.1 La ley 25864 de “garantía del salario docente y 180 días de clase”

Sobre la base de un acuerdo ratificado entre el gobierno nacional y los ministros de educación de todas las provincias, el Congreso Nacional sancionó en diciembre de 2003 la ley 25864. A través de ella, se fija un ciclo anual mínimo de 180 días efectivos de clase para los establecimientos educativos de todo el país en los que se imparta Educación Inicial,

²³⁸. A través de la Resolución 3186 de la Dirección General de Cultura y Educación de la prov. de Buenos Aires, de octubre de 2007, se dispuso los plazos de aplicación de la estructura académica del sistema educativo provincial. Esta se deriva de la ley provincial 13688 y se dispone que el ciclo de “Educación Secundaria Básica o Tercer Ciclo de la EGB [...], el nivel Polimodal en sus diferentes modalidades, orientaciones y especialidades [...] constituyen en la Provincia de Buenos Aires el Nivel Secundario que establece la ley 13688 de Educación Provincial (art. 2°). Según esta resolución, la implementación será gradual desde el año 2007 hasta el año 2012 (en el que comenzará a aplicarse el 6° año de la escuela secundaria).

EGB y Polimodal o sus respectivos equivalentes. En su artículo 2° dispone que ante el eventual incumplimiento del ciclo lectivo anual a que se refiere el artículo precedente, “las autoridades educativas de las respectivas jurisdicciones, deberán adoptar las medidas necesarias a fin de compensar los días de clases perdidos hasta completar el mínimo establecido”. Respecto a este punto, el artículo 4°, prevé que a fin de asegurar el cumplimiento del ciclo, las jurisdicciones que no pudieran saldar las deudas salariales docentes, podrán solicitar asistencia financiera al Poder Ejecutivo Nacional, el que procurará brindar el financiamiento necesario para garantizar la continuidad de la actividad educativa “en la medida de sus posibilidades y en las condiciones que considere más adecuadas”. La norma entiende a los efectos del cómputo aludido, al “día de clase” cuando se haya completado por lo menos la mitad de la cantidad de horas de reloj establecidas por las respectivas jurisdicciones para la jornada escolar, según sea el nivel, régimen o modalidad correspondiente. También su artículo 5° establece que es responsabilidad del Poder Ejecutivo Nacional informar sobre la situación del cumplimiento de lo dispuesto en ella al Congreso. Finalmente, en su artículo 6° establece que el cumplimiento de la ley “no podrá afectar los derechos y garantías laborales, individuales y colectivas, de los trabajadores de la educación, consagrados por la Constitución Nacional y la legislación vigente en las respectivas jurisdicciones”.

En la nota de elevación del proyecto por parte del Poder Ejecutivo Nacional, la sanción de la norma fue fundada sobre la base de lo dispuesto en los artículos 14 y 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, particularmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26), y lo señalado en la Ley Federal de Educación vigente a ese entonces, resaltando la responsabilidad concurrente en materia educativa entre la Nación y las jurisdicciones locales. Entre sus considerandos finalmente señala que “la posición política que sustenta esta propuesta, [...] reconoce la responsabilidad central del Estado en materia educativa, para que el sector contribuya activamente en la estrategia de desarrollo nacional y en la ejecución de una política de inclusión e integración social. Para ello el Estado, a través de los órganos competentes del Poder Ejecutivo Nacional se constituirá en garante de las condiciones que permitan el ejercicio efectivo del derecho a la educación. Esta acción que el Gobierno Nacional está dispuesto a asumir en el desempeño del rol educativo, se completará con el cumplimiento de las funciones de evaluación de la calidad educativa, no sólo de los resultados del rendimiento escolar, sino también del conjunto de las condiciones en los que se desenvuelven los procesos educativos, para poder compensar efectivamente las diferencias existentes”.

Presentada al Congreso, su tratamiento duró 11 días, siendo tratada y sancionada, sin modificaciones respecto a su texto original, en ambas cámaras sobre tablas, por lo que no hubo debate parlamentario en su tratamiento. Fue finalmente promulgada a través del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 34/2006. La norma reproduce literalmente el convenio federal celebrado entre el Poder Ejecutivo Nacional y los poderes ejecutivos jurisdiccionales, debiéndose remarcar de tal convenio el hecho de que a través de la disposición cuarta, todas las partes intervinientes “se obligan a lograr que en sus respectivas jurisdicciones se dicten las normas que consagren y garanticen el efectivo cumplimiento de los principios en él establecidos”.²³⁹

Ya el entonces Consejo Federal de Cultura y Educación, en la Recomendación 28/94, emanada de la XVIII Asamblea Extraordinaria de este Cuerpo, en su artículo 1º, inciso a), se proponía “concentrar esfuerzos en la meta del cumplimiento de los 180 días de clase conforme el calendario escolar de cada jurisdicción y en la instrumentación de mecanismos que permitieran recuperar las actividades pedagógicas no realizadas en los días de clase perdidos.” Varios años después, tras la firma del Convenio del Ministerio de Educación Ciencia y Tecnología 337 del 1º de julio de 2003, suscripto entre la Nación y las provincias para establecer el ciclo lectivo anual mínimo de 180 días, en la LXVI Asamblea Extraordinaria se firmó la Declaración 5/04 de fecha 11 de agosto de 2004 en la que se reafirma el contenido de dicho convenio y se enfatiza la responsabilidad concurrente “para la recuperación de la educación”. Durante el año 2011, el Consejo Federal de Educación se comprometió, mediante la resolución 165/11, a partir del ciclo lectivo 2012 a aumentar dicho ciclo a un mínimo de 190 días.

Las causas y sucesos que han afectado el cumplimiento de la ley desde su sanción son variados. Abarcan desde los conflictos gremiales y paros docentes, los problemas de

²³⁹. También en el marco de esta norma, durante el 2008, según el entonces Ministro de Educación Juan Carlos Tedesco, “el gobierno nacional convocó por primera vez a paritarias nacionales donde todos los actores -Ministerio de Educación Nacional y provinciales y gremios docentes- firmaron acuerdos que fueron mucho más allá del piso salarial docente para todo el país. Uno de esos acuerdos fue agotar todas las instancias de negociación antes de decidir medidas de acción directa”. Según Tedesco, este acuerdo estuvo “directamente asociado al compromiso de garantizar los 180 días de clase” y que quedaba reforzado por lo dispuesto en la Ley de Educación Nacional que establece que ante situaciones graves, es posible declarar la emergencia educativa (Clarín, “Entrevista: Juan Carlos Tedesco”, 23/08/08). Desde entonces, el gobierno a través del Ministerio de Educación de la Nación, conjuntamente con el Ministerio de Trabajo, llevan adelante la convocatoria a la mesa de negociación paritaria nacional para los cinco gremios sindicales docentes de representación nacional (CTERA, SADOP, AMET, UDA, y CEA) a fin de trazar anualmente los lineamientos técnicos para establecer el salario mínimo docente (Sin embargo, es de destacar que esta no incluye a los gremios docentes provinciales, que son luego convocados por paritarias provinciales. Debido a que no siempre se llega al mismo piso en el salario, también ello suele ser causa de problemas con el comienzo o la continuidad del calendario escolar).

infraestructura edilicia escolar, problemas climatológicos, ausentismo docente o de los propios alumnos y hasta el caso de la gripe H1N1 durante el 2009. Sin embargo, el criterio del Consejo consiste en relevar como incumplimientos sólo los días de paros docentes considerando las otras variables solamente cuando tienen un impacto fuerte en la jurisdicción.

Según los datos del Consejo Federal de Educación, desde su sanción en el 2004 la ley 25864 nunca se cumplió en la totalidad del país: 12 jurisdicciones la incumplieron en el 2004, 16 en el 2005, 4 en el 2006, 14 en el 2007, 22 en el 2008 (aunque varias estuvieron cerca), y el mismo número para el 2009 (Sólo dos provincias, Chubut y Formosa, estuvieron en condiciones de cumplir con la norma y en el país el promedio de días de clases en muchas provincias fue hasta esa fecha de 150 a 160 días por año).²⁴⁰ Durante el año 2010 al menos siete provincias no pudieron cumplirlo, mayormente por problemas de huelgas docentes. Algunas provincias, como el caso de Neuquén, tan sólo llegarían a cumplir 154 días escolares.²⁴¹ Para este último año 2012, 18 provincias llegaron muy ajustadas a este piso mínimo (menos Misiones, Corrientes, Entre Ríos, Jujuy, Chaco y Buenos Aires) y sólo 5 de ellas se extendieron al nuevo mínimo de 190 días (Santa Cruz, Chubut, Rio Negro, Santiago del Estero y Buenos Aires).²⁴²

Desde la sanción de la ley, el Consejo Federal de Educación emitió distintas resoluciones para que se cumpla con los 180 días a través de la extensión del ciclo lectivo, la eliminación de feriados locales, la apertura de las escuelas los sábados, entre muchas otras opciones. Como ejemplo, en el 2009 a causa de la Gripe A, el Consejo Federal de Educación había acordado levantar los feriados locales y que las jornadas de capacitación docente fueron pasadas para febrero de 2010.²⁴³ Sin embargo, la aplicación de tales medidas ha dependido de cada jurisdicción. Así, sólo excepcionalmente alguna jurisdicción ha dictado más días de clase, limitándose a hacer una recuperación o una reorganización de la planificación pedagógica a fin de alcanzar con el dictado de los contenidos principales programados.

El mayor inconveniente de esta norma es que no prevé específicamente un mecanismo de control. Sólo en parte, en lo referido al financiamiento que el Poder Ejecutivo Nacional podrá otorgar a aquellas provincias que lo soliciten para saldar sus deudas docentes, exige

²⁴⁰. Fuente: Diario La Nación, 29/11/09.

²⁴¹. Fuente: Diario Ámbito Financiero, 18/10/2010.

²⁴². Fuente: Diario La Nación, 22/11/12.

²⁴³. Fuente: TELAM, 1/11/09.

una rendición de cuentas al Congreso, más no en lo relativo al cumplimiento del ciclo escolar mínimo de 180 días anuales. Tampoco se hace mención del tema de fiscalización del convenio marco que da fundamento a la ley 25864. La ley parece en algunos aspectos mostrar una visión voluntarista. Si no se respeta, el solo hecho de caer en la ilegalidad no acarrea ninguna sanción para las partes que han quedado comprometidas.

Curiosamente, aunque la coordinación de las acciones, a los fines de cumplir con la meta, está mayormente a cargo del Consejo Federal de Educación, tampoco éste es citado en ninguno de los dos instrumentos legales (la ley y el pacto que lo precede). No se ha podido encontrar, por otra parte, registros de actas, resoluciones, declaraciones (fuera de las citadas), ni datos estadísticos oficiales que den cuenta de los resultados del control que dicho organismo ha hecho sobre el cumplimiento de la norma por parte de las jurisdicciones, en particular en estos últimos dos años. Otro dato llamativo, es el hecho que tampoco la Dirección Nacional de Información y Evaluación de la Calidad Educativa (DINIECE), máxima fuente de relevamiento estadístico en educación junto con el INDEC, releve datos vinculados con la cantidad de días de clase que cada jurisdicción ha tenido y remita por toda respuesta que dicho dato debe ser consultado particularmente a cada ministerio provincial en particular.

A pesar de estas fallas en el control político de la norma, tal como vimos en el *capítulo I*, existe jurisprudencia proveniente de instancias judiciales provinciales (no federales), en los que la norma constituyó una parte ineludible de los argumentos para el cumplimiento del ciclo escolar por parte de las autoridades provinciales.²⁴⁴

3.2.3.2 La ley 26061 de “protección integral de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes”

Esta norma, sancionada en septiembre de 2005, derogó la antigua ley de patronato de la infancia y procuró incorporar cabalmente en el marco de la regulación normativa nacional, los preceptos de la Convención sobre los derechos del Niño. Respecto del derecho a la educación, la norma prevé en su artículo 16, 17 y 18, el derecho de los niños y adolescentes a la educación pública y gratuita (en todos los servicios estatales, niveles y

²⁴⁴. Véase en el capítulo I, numeral 7.1.5, los siguientes casos ya citados: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, “Frank, Silvia s/amparo s/competencia” (2009), LA LEY 27/04/2009; Juzgado de 1a Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 4a Nominación de Rosario, “Malvestiti, Marisa c. Provincia de Santa Fe y otra” (2005), LL Litoral 2006 (Febrero).

regímenes especiales), “atendiendo a su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para la convivencia democrática y el trabajo, respetando su identidad cultural y lengua de origen, su libertad de creación y el desarrollo máximo de sus competencias individuales; fortaleciendo los valores de solidaridad, respeto por los derechos humanos, tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente”. Asimismo, establece obligaciones claras para las autoridades administrativas educativas señalando que los niños tienen derecho al acceso y permanencia en un establecimiento educativo cercano a su residencia y que en el caso de carecer de documentación que acredite su identidad, se los deberá inscribir provisoriamente, debiendo los organismos del Estado arbitrar los medios destinados a la entrega urgente de este documento. A su vez, *por ninguna causa se podrá restringir el acceso a la educación debiendo entregar la certificación o diploma correspondiente*. Finalmente, la ley fija con claridad la prohibición dirigida tanto a las instituciones educativas públicas como privadas de imponer por causa de embarazo, maternidad o paternidad, medidas correctivas o sanciones disciplinarias a las niñas, niños y adolescentes, debiendo los organismos del Estado desarrollar un sistema conducente a permitir la continuidad y la finalización de los estudios de las niñas, niños y adolescentes.

En cuanto a su aplicación, la norma prevé la conformación de un sistema de protección integral de los derechos de los niños y adolescentes comprendido por “todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”. Agrega que dicha política de protección deberá ser implementada mediante una “concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios”. En un artículo posterior vuelve a remarcar un triple nivel de organismos de administración y aplicación: un nivel nacional (a través de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia), un nivel federal (el Consejo Federal de la Niñez, Adolescencia y Familia) y un nivel provincial (cuya forma y jerarquía deberá precisar cada jurisdicción). También se prevé la figura de un defensor tanto en el ámbito nacional cuanto provincial. A través de la propia norma y del decreto 415/06, el Poder Ejecutivo Nacional reglamentó la norma para dicho nivel de gobierno, convocando a la brevedad a las provincias a que identifiquen y designen, por las vías y medios que determinen sus

legislaciones vigentes, a las autoridades administrativas de protección de los derechos en la norma federal en el ámbito local.

3.2.3.3 La ley 26.150, “Ley nacional de educación sexual integral”

En el marco de un intenso debate, en octubre de 2006 fue sancionada esta ley que determina en lo sustancial que todos los educandos tienen derecho a recibir “educación sexual integral” en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada de las jurisdicciones nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal. A los efectos de dicha norma, se entiende como educación sexual integral la que articula aspectos biológicos, psicológicos, sociales, afectivos y éticos vinculados con el sexo y la sexualidad. Entre los objetivos del programa se destacan: a) incorporar la educación sexual integral dentro de las propuestas educativas, b) asegurar la transmisión de conocimientos pertinentes, precisos, confiables y actualizados sobre la educación sexual integral, c) promover actitudes responsables ante la sexualidad, d) prevenir los problemas relacionados con la salud en general y la salud sexual y reproductiva en particular, e) procurar igualdad de trato y oportunidades para varones y mujeres. A tales fines, la norma creó el Programa Nacional de Educación Sexual Integral, para cumplir paralelamente, con el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (ley 25673). La norma dispone que las jurisdicciones nacional, provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales deberán garantizar la realización obligatoria, a lo largo del ciclo lectivo, de acciones educativas sistemáticas en los establecimientos escolares, para el cumplimiento del programa citado. Cada comunidad educativa, a su vez, deberá incluir en el proceso de elaboración de su proyecto institucional, la adaptación de las propuestas a su realidad sociocultural, “en el marco del respeto a su ideario institucional y a las convicciones de sus miembros”. Finalmente, la norma establece en cabeza del Ministerio de Educación de la Nación la tarea de definir, en consulta con el Consejo Federal de Cultura y Educación, los lineamientos curriculares básicos del Programa Nacional de Educación Sexual Integral, de modo tal que se respeten y articulen los programas y actividades que las jurisdicciones tengan en aplicación al momento de la sanción de la presente ley.

3.2.3.4 Plan de Asignación Universal por hijo para la protección social, decreto PEN 1602/09

Esta medida, consiste en el otorgamiento de una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, al padre, tutor, curador o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado por cada niño de 18 años que se encuentre a su cargo (o sin límite de edad cuando se trate de un hijo discapacitado). La medida está destinada fundamentalmente a aquellos niños y adolescentes residentes en el país, que no tengan otra asignación familiar prevista por ley y pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o que se desempeñen en la economía informal. La mayor novedad de esta disposición radica en que para el acceso a ella, desde los 5 años y hasta los 18 años del niño, deberá acreditarse, entre otros requisitos, su concurrencia obligatoriamente a establecimientos educativos públicos.²⁴⁵

4. La estructura institucional nacional del sistema de educación básica a partir de los 70 hasta la actualidad

Al igual que lo sostenido en relación con el primer período normativo ya analizado precedentemente, resulta necesario completar el desarrollo legal comprendido en esta segunda parte del capítulo con el aspecto institucional que lo sostiene y ejecuta. La organización institucional (y sus ámbitos de competencias) en la actualidad se ha visto fuertemente modificada en relación con los tiempos de la conformación del sistema educativo nacional en virtud de los procesos de descentralización, lo que habilita a dividir este análisis en una primera aproximación de la estructura ministerial nacional y luego pensar en la organización institucional federal, en donde cobra especial protagonismo el actual Consejo Federal de Educación.

4.1 La estructura ministerial

La inestabilidad política del país así como la rápida rotación de autoridades políticas, las alternancias de períodos constitucionales con gobiernos de facto, contribuyeron a complejizar, debido a los continuos cambios, la estructura del aparato burocrático

²⁴⁵. Para un mayor análisis sobre el tema de los programas de transferencias condicionadas en Argentina y la Asignación Universal por Hijo en particular, véase los siguientes trabajos: Pautassi, L. y Zibecchi, C. (2010): “La provisión de cuidado y la superación de la pobreza infantil. Programas de transferencias condicionadas en Argentina y el papel de las organizaciones sociales y comunitarias”, ob. cit.; Arcidiácono, P. *et al.* (2011): “La asignación universal por hijo para la protección social: rupturas y continuidades, ¿hacia un esquema universal?”, ob. cit. y Lo Vuolo, R. (2009): “Asignación por hijo”, ob. cit.

institucional nacional en educación. A los efectos de nuestro trabajo, solo mencionaremos algunos datos que estimamos relevantes y que permiten clarificar el escenario compuesto por el segundo período de análisis signado por nuestro marco de referencia de los años 90’.

Desde el gobierno peronista en el año 1949 (y a excepción del período 1966 – 1969 que se constituyó sólo una Secretaría de Estado de Cultura y Educación) las leyes de ministerios contemplaron un despacho específico de rango ministerial para el ramo de la educación. Sin embargo, muchas de estas normas atribuyen competencias muy generales y permitieron bajo su vigencia desarrollar políticas educativas de muy diverso género.

Con la reinstauración democrática, la ley 23023 de diciembre de 1983 derogó varios artículos de la predecesora Ley de Ministerios (ley 22520) dejando en lo principal, las competencias que al ministerio del ramo les cabía desde la formulación de la norma originaria en 1949. Así, en cuanto a sus funciones en la ejecución de los planes y políticas de su área, como en la orientación de la oferta educativa, la norma parecía no atender a la descentralización producida, ni a los nuevos actores como el Consejo Federal de Educación, sino que más bien perduraban las competencias de cuando ese ministerio era centralmente un prestador de servicios.

En el año 1992, el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 438/92 sustituyó el texto ordenado de la Ley de Ministerios (a través de las leyes 22520, 22641 y 23023) pero no rediseñó las competencias del ministerio, dejando en lo sustancial, aquellas fijadas en la normativa previa. Sin embargo, ello no fue óbice para instalar un patrón de funcionamiento distinto al anterior tradicional, ahora basado en criterios de gestión y descentralización. De esta manera, las nuevas direcciones pasarían a funcionar bajo la modalidad de programas, organizados alrededor de funciones específicas, cumplimiento de objetivos y flexibilidad en el manejo presupuestario, lo que provocaría una relación diferente entre el centro y los distintos agentes del sistema. A su vez, este rediseño institucional estuvo acompañado del reclutamiento de un cuerpo de técnicos altamente calificados (que no constituían personal permanente del Estado) que serían los encargados de llevar adelante la implementación de los programas nacionales en las provincias.

Recién a partir del decreto 355/02, el gobierno de Duhalde modificó las competencias del entonces llamado Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología y las dispuso en atención a los cambios normativos y de organización institucional que había

experimentado el sistema educativo. En efecto, le acuerda a tal órgano un rol mucho más acorde a su papel en relación con los cambios en el nivel de gobierno del sistema educativo actual estableciendo así la competencia del ministerio en lo siguiente, sobre la base de lo establecido por las leyes 24195, 24521, el Pacto Federal Educativo (ley 24856) y a las demás leyes y reglamentaciones vigentes o que se dicten: a) el entendimiento de la definición de los objetivos de la política educativa concertados en el seno del Consejo Federal de Educación y dentro del marco de los principios establecidos en la Ley Federal de Educación, b) entender en acuerdo con el Consejo Federal de Educación en el establecimiento de los objetivos y contenidos básicos comunes de los currículos de los distintos niveles, ciclos y regímenes especiales de enseñanza, garantizando la unidad del Sistema Educativo Nacional; y c) le asigna la tarea de atender a una adecuada federalización del sistema educativo brindando a tal efecto la asistencia técnica que requieran las provincias y el Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, entre otras funciones.

Finalmente, la ley de Ministerios 26338 de diciembre de 2007, redefinió el número y las competencias de los actuales ministerios, el que pasó a denominarse “Ministerio de Educación” y desmembrando parte de sus anteriores funciones en un nuevo Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva.

Aunque el Ministerio pasó, con especial énfasis a partir del proceso de transferencias que culminó en 1992, a ser un “ministerio sin escuelas”, éste mantuvo fuertemente su capacidad negociadora y de presión en la adopción de las decisiones políticas educativas. En efecto, la transferencia de las escuelas medias y los institutos terciarios a las provincias aceleró las transformaciones de la relación Nación-provincias en materia educativa y el tránsito de un ministerio nacional con responsabilidad directa en la gestión de establecimientos educativos a un ministerio, que sin instituciones escolares bajo su cargo y supervisión, adquirió así la capacidad financiera y técnica para intervenir como dijéramos, de manera indirecta en la política de las distintas jurisdicciones y directamente en el sistema universitario.

Asimismo, la mayor parte de sus funciones también fueron en parte redefinidas en las normas de legislación educativa integrales como lo fueron la ley 24195 (art. 53) y más recientemente, la ley 26206 (art. 115). Ambas leyes, con sus matices, ubican en el ministerio la conducción y responsabilidad del nivel nacional del gobierno educativo, pudiendo diferenciarse sus funciones en aquellas propias de su calidad de ministerio

responsable del área y aquellas otras cuya actividad la desarrolla para o junto con el Consejo Federal de Educación.²⁴⁶ Entre las primeras se ubican tradicionalmente: a) su calidad de garante del cumplimiento de los principios, objetivos y funciones del sistema nacional de educación, a través de la planificación, ejecución, supervisión y evaluación de políticas, programas y resultados educativos; b) el dictado de normas sobre equivalencia de títulos y de estudios y c) contribuir con asistencia técnica y financiera a las jurisdicciones locales, fortaleciendo asimismo las capacidades de planificación y gestión de aquellas para asegurar el funcionamiento del sistema educativo, entre las más relevantes. A partir de la Ley Federal de Educación el ministerio llevó como misión “la necesidad de resguardar la unidad, la calidad y la equidad de la educación. En este carácter tuvo un claro papel de iniciador de propuestas, de impulsor de las decisiones y acuerdos, y de financiador selectivo de los requerimientos de la transformación” (Aguerrondo, 2010: 50). Entre las segundas, se hallan el marco de las decisiones que son objeto de consenso y acuerdo en el seno del actual Consejo Federal de Educación vinculadas con el establecimiento de las políticas y estrategias educativas conforme a los procedimientos de participación y consulta previstos en la actual ley 26206, así como la posibilidad de declarar, en acuerdo con el Consejo y la jurisdicción involucrada, la emergencia educativa para brindar asistencia de carácter extraordinario en aquella jurisdicción en la que esté en riesgo el derecho a la educación de los niños. Un mayor detalle de estas funciones, y de su relevancia e impacto para nuestro trabajo, serán parte del análisis que a continuación realicemos sobre dicho órgano federal.

Conviene señalar, aunque ello sería objeto de otro estudio, que junto a la descentralización ocurrida fue imponiéndose un cambio de estructura del ministerio destinado a flexibilizar el modelo piramidal jerárquico típico de los ministerios latinoamericanos por uno de organización sistémica en red. Y si bien tal estructura fue modificada con las gestiones sucesivas han permanecido en todo momento los aspectos más definatorios de esta última forma de organización, como son los mecanismos para asistir a los cambios, que toman la forma de Programas (unidades de trabajo que se insertan dentro de la estructura clásica con el fin de asistir a las unidades escolares o de implementar una línea de acción prioritaria para el ejecutivo) y los organismos para el seguimiento y el control de los acuerdos federales. (Aguerrondo, 2010: 54).

²⁴⁶. También cabría agregar aquí, aunque no es parte de este trabajo, las funciones a su cargo que tiene en materia de educación superior y aquellas que respecto de este mismo nivel educativo lleva a cabo junto con el Consejo de Universidades de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Educación Superior.

4.2 La estructura federal del gobierno educativo

El nivel federal en la organización institucional del sistema educativo está compuesto por el Consejo Federal de Educación. Desde sus orígenes, asociados a los procesos de transferencia y desmembramiento del sistema, debido a las diversas condiciones político-institucionales en que funcionó, es posible visualizar distintas etapas o períodos en su funcionamiento.

4.2.1 El Consejo Federal de Educación (como un intento de coordinación de un sistema sin leyes federales en materia educación) 1972 - 1993

El Consejo Federal de Educación fue creado por decreto-ley 19682 de 1972 durante el gobierno de facto de Lanusse, con la misión principal de “planificar, coordinar y acordar los aspectos de la política cultural y educativa que requiera el país y que comprometan la acción conjunta de la Nación y las provincias”. En efecto, el Consejo debía permitir que la política educativa nacional” se concrete en forma coordinada, sobre la base de los estudios de experiencias realizadas dentro de los lineamientos fijados por el Plan Nacional de Desarrollo y Seguridad (ley 19039), cuidando de respetar las necesidades de cada provincia o región”.²⁴⁷

Como ámbito interjurisdiccional exclusivo, formaba parte de sus funciones coordinar acciones, proponer medidas para el mejor aprovechamiento de los recursos humanos, tecnológicos y económicos y para el mejoramiento integral de la educación, acordar los contenidos mínimos para cada nivel y el sistema de reconocimientos y equivalencias de estudios, certificados y títulos, proponer las modificaciones en la legislación vigente y proponer pautas y aconsejar prioridades para la confección de los presupuestos de educación.

Como puede verse, en su origen, el Consejo no tenía competencia en la fijación de propuestas de política educativa sino más bien limitaba su actuación a buscar cierto grado de coordinación, constituyéndose en un órgano de negociación interjurisdiccional y de consulta ministerial. Así, la creación del Consejo “formó parte un proyecto político general, de planificación centralizada con adecuaciones regionales” (Paviglianiti, 1988: 85).

²⁴⁷. Reglamento ley 19682 del Ministerio de Educación de la Nación, Serie Legislación Educativa 4, Bs. As, 1972.

Según el reglamento, su funcionamiento era a través de la Asamblea de Ministros, órgano superior, integrado por el ministro nacional (que es su presidente nato) y los ministros provinciales con competencia en educación. En su seno se elegía el Comité Ejecutivo, encargado de realizar las tareas necesarias para el cumplimiento de las resoluciones de la Asamblea. La Asamblea debía reunirse tres veces al año, dos veces con carácter de ordinaria y una con carácter de extraordinaria. Las decisiones adoptadas en estas instancias podían asumir dos formas: toda decisión sobre asuntos de competencias que le fijaba la ley se hacían en forma de “recomendaciones”, y las que referían a los asuntos internos del cuerpo, lo eran en forma de “resoluciones”. La ley sólo establecía que “los criterios sostenidos por los integrantes disidentes en el seno del Consejo Federal, deberán ser tenidos siempre en cuenta en los acuerdos logrados y en la planificación, coordinación y asesoramiento realizado”. Sus recomendaciones no tenían efecto vinculante y tampoco había mecanismos previstos para el seguimiento de sus recomendaciones. Originalmente, el Consejo no tenía organismos técnicos. El Comité Ejecutivo tenía competencias para organizar reuniones de organismos técnicos, planeamiento, empresariales, gremiales. A su vez, el Comité Ejecutivo sólo tenía fijadas atribuciones respecto de las tareas necesarias para el cumplimiento de las resoluciones, o sea, de sus asuntos internos: reuniones y comisiones de trabajo (permanentes y especiales).

El consejo sólo funcionó bajo esta concepción durante menos de un año, puesto que en mayo de 1973 se produjo el cambio de gobierno con asunción de las autoridades constitucionales. Durante el período 1973-76 sólo se llevaron a cabo tres reuniones, lo cual evidenciaba otro proyecto político (distinto al que había guiado la creación del consejo) y en donde había una alta homogeneidad entre las autoridades educativas nacionales y locales.

Tras el golpe de estado de 1976, el Consejo Federal mantuvo durante los primeros tres años su organización original y se realizaron nueve reuniones, entre ordinarias y extraordinarias. Es de destacar que nuevamente, al igual que en el período de los años 1972-73, el Consejo funcionó más como un organismo de coordinación e implementación de políticas y acciones decididas desde el Poder Ejecutivo Nacional para su ejecución en las jurisdiccionales locales, que como un organismo de compatibilización y coordinación de necesidades y requerimientos jurisdiccionales. Así es como en el seno de este organismo se “convalidaron” obligatoriamente los convenios de transferencias de

servicios educativos del nivel primario en 1978. En este tipo de acciones se denota el marco político más general de funcionamiento del Consejo en cuanto implicaba un estilo de funcionamiento *forzadamente consensual y verticalista*, explicado en parte tanto por el carácter represivo y militar del régimen cuanto por el hecho de que las provincias estaban intervenidas por delegados del poder central. Así, la actividad del Consejo estaba fuertemente supeditada a los intereses e iniciativas emanadas del Ministerio Nacional.

En agosto de 1979 se dicta la ley de facto 22047 de creación del Consejo Federal de Cultura y Educación. En los considerandos y fundamentos de elevación del proyecto de ley, se señala que el proyecto había refundido lo substancial de los Consejos Federales de Educación y de Cultura (ley 19473) a la par que había receptado la realidad creada por la sanción de la ley de transferencia de establecimientos escolares a Tierra del Fuego y la Ciudad de Buenos Aires, señalando por último que la unificación fortalecería a ambos organismos. A pesar del cambio de denominación quedó prácticamente inalterada su misión aunque variaron en parte sus funciones, las que en ese reordenamiento deberían contemplar de allí en más tanto la educación como la cultura. Pero en realidad, también se incluyó una adecuación a la política educativa del “Proceso” (Paviglianiti, 1988: 88).²⁴⁸ En efecto, la misión del Consejo ya no sólo es planificar, coordinar, asesorar y acordar los aspectos de la política educativa y cultural que comprometan la acción conjunta de la Nación y de las provincias, sino que se determina explícitamente que su política sería la de “afirmar el desarrollo educativo y asegurar la vigencia de la cultura nacional, su proyección en el mundo y la consolidación de los valores cristianos enraizados en la tradición del país” (art. 2°). En este sentido, el Consejo asumiría la función de proponer las políticas y acciones, algo que no formaba parte del anterior consejo. Esta función es luego

²⁴⁸. En sintonía con estas nuevas funciones, los sucesivos ministros de educación plantearon en su seno distintas preocupaciones. Así, Llerena Amadeo (1978-1980) presentó como principales temas la definición de un sistema de pautas curriculares mínimas y objetivos específicos de la educación especial, la definición de pautas para la reorganización del sistema educativo de adultos en el nivel primario, la definición de parámetros comunes para la elaboración de la estadística educativa y la elaboración de lineamientos básicos para la redacción de una ley federal de educación. Su sucesor Burundarena (1980-1981) centró su preocupación en una campaña contra la deserción escolar que intentó instrumentar a través del Consejo, sin demasiado éxito. Licciardo (1981-1983) finalmente intentó introducir en la agenda de ese organismo la evaluación cualitativa del nivel primario. También se trabajó con la elaboración de pautas básicas, contenidos y objetivos de la formación docente en el nivel primario, la inclusión de determinados contenidos curriculares, el perfil del egresado del nivel medio y las orientaciones y modalidades del título, así como algunas pautas generales de organización escolar que se hacía necesario coordinar en virtud del proceso de transferencia. Véase en este sentido, las recomendaciones del Consejo Federal de Cultura y Educación, años 1980-83.

Disponibles en http://www.me.gov.ar/consejo/recomendaciones/cf_recomendaciones.html, (fecha de consulta: diciembre 2009 y 2012).

especificada en dicho artículo, demarcando un fuerte sesgo conservador y de subsidiariedad del Estado, en cuanto establece “proponer medidas para que la acción cultural y educativa se estructure y consolide a través de las instituciones naturales necesarias (familia, municipio, provincia, Nación) y de organismos oficiales y privados representativos”.

Para un mayor control del cumplimiento de las orientaciones políticas, en sintonía con el marcado rasgo verticalista y autoritario de su antecesor, el Consejo tendría también el deber de “evaluar los resultados logrados en la aplicación de las políticas y acciones propuestas”. En este orden, se observa que el Consejo ya no tiene a su cargo un mero seguimiento de la aplicación de las Recomendaciones por los órganos legislativos y ejecutivos nacionales y provinciales, sino que al menos formalmente, tiene la capacidad de evaluar los resultados.

Por lo demás, se suprime lo dispuesto en el texto anterior de la norma que refería al ejercicio de las funciones cuidando respetar “las necesidades propias de cada provincia o región”, así como toda injerencia en la elaboración de presupuestos, sustituyéndose por último los acuerdos sobre contenidos mínimos por acuerdos sobre “exigencias mínimas” de cada nivel. Así pues, el cambio normativo, realza la calidad autoritaria de este Consejo como organismo centralizador de decisiones del Poder Ejecutivo Nacional, hacia los ministros de los gobernadores interventores delegados del régimen central.

Con la llegada del gobierno constitucional de Alfonsín, los ejes de la deliberación cambiaron sustantivamente y también la lógica de funcionamiento del Consejo. A su vez, el gobierno se halló con una distribución diferente de poder entre los partidos políticos por lo que la convivencia no fue sencilla y se agravó ostensiblemente hacia el final de la etapa radical (donde la mayor parte de las provincias estaban en manos de gobernadores justicialistas). Esta correlación de fuerzas hizo del Consejo, pese a sus continuas reuniones, un ámbito más de disenso que consenso llegando a ser sumamente manifiesto el choque entre las directrices nacionales y las políticas adoptadas por las provincias.

A través del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 943/84 se redefinió que el Consejo tenía “exclusivamente competencia para planificar y coordinar las políticas establecidas en las distintas jurisdicciones constitucionales, determinando cursos de acción conjunta, respetando las jurisdicciones institucionales” de la Nación y las provincias. El fuerte interés por subrayar la noción de “respeto” de las competencias de la Nación y provincias según la Constitución, da cuenta del abandono del rol autoritario y mero refrendador de

las políticas del gobierno central.²⁴⁹ Por su parte, en 1986 el Consejo Federal de Cultura y Educación ratificó que éste constituía un “ámbito natural” en el cual se manifestaban las discrepancias y se lograba el consenso y soluciones superadoras que contribuyan al desarrollo y consolidación del sistema educativo nacional y sobre la base del principio según el cual la defensa y respeto de los principios federales contribuirían al fortalecimiento de la identidad nacional (Paviglianiti, 1988: 90).

Así, durante las diez asambleas ordinarias que sostuvo el Consejo en este período, varias observaciones y propuestas giraron sobre su propio funcionamiento. En términos generales las temáticas que concentraron la atención del Consejo fueron la compatibilización de las políticas educativas, los lineamientos curriculares básicos para los distintos niveles y para la formación y capacitación docente, el financiamiento y la problemática salarial docente, el régimen legal del personal (vinculado con los estatutos, traslados, reincorporaciones y jubilaciones durante el gobierno de facto) y la situación de emergencia educativa declarada (y que involucró acciones del tipo de coordinación de una política de alfabetización, organización de programas de asistencia escolar, entre otros). También el Consejo tuvo un rol importante en la realización del Congreso Pedagógico Nacional de 1984-88.

Sin perjuicio de la mayor actividad que comenzó a experimentar el Consejo luego de la reinstauración democrática, éste siguió actuando *mayormente como observador y/o crítico de los programas y acciones que llevaba adelante el gobierno nacional, con un carácter de “conferencias de ministros”* como afirma Paviglianiti (1988: 93), en tanto si bien se definían las políticas educativas a seguir y se proponían medidas para solucionar problemas, la planificación y ejecución de aquellas acciones siempre se mantuvo en los aparatos ministeriales burocráticos de la Nación y Provincias. Conservaría pues incluso en esta etapa posterior a 1983 un rasgo de organismo consultor y no ejecutor, aspecto que vuelve a remarcar con mayor insistencia durante el primer gobierno de Menem. Dos características aparecen como distintivas en este período hasta la sanción de la Ley Federal de Educación. Por un lado, se produce un cierto vaciamiento del Consejo como ámbito de debate y concertación de políticas para el sector, nuevamente en beneficio del Ministerio de Educación Nacional, como centro de la toma de decisiones y órgano

²⁴⁹. Así lo resalta también los considerandos de dicho decreto al establecer que “las decisiones a tomar por la Asamblea, no podrán exceder los límites de su competencia material – acción conjunta de planificación y coordinación respecto de las distintas jurisdicciones – contrariando la política educativa y cultural de la Nación o de las respectivas provincias.”

ejecutivo. Por otra parte, resultó llamativa la falta de sistematicidad en la realización de Asambleas.²⁵⁰

La transformación del sector de la educación que se inició a principios de la década del '90 supuso el reordenamiento del sistema educativo en su conjunto y las principales normativas sectoriales que plasman esta transformación tuvieron injerencia en las funciones del Consejo. Mediante la Ley de Transferencia de Servicios Educativos en 1992 (art. 20 de la Ley 24049), se decidió que el Consejo Federal de Cultura y Educación sería consultado en forma permanente por el Ejecutivo Nacional (a través del Ministerio de Cultura y Educación) para la ejecución de las políticas y estrategias del sistema educativo nacional. Asimismo se dispuso (art. 22) que el Consejo colabore con el Ministerio de Cultura y Educación "a fin de establecer un marco de coherencia, unidad e integración educativa y cultural del país en un pleno respeto del federalismo". Es menester señalar que una de las decisiones más trascendentes de los '90 en el área educativa –la de transferir a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires los servicios educativos medios y los primarios que todavía eran administrados directamente por el Ministerio de Educación de la Nación– estuvo precedida por una recomendación del Consejo Federal de Educación.²⁵¹ Por ello, en un marco de un funcionamiento irregular, desde el inicio del gobierno de Menem y hasta la sanción de la citada ley, el Consejo se abocó, según surge de sus documentos de trabajo, además de las políticas de transferencia, al tratamiento de los siguientes temas: el dictado de la propia ley, la política de descentralización, la elaboración de nuevas bases curriculares para dicho nivel, la redefinición de la formación docente, así como la reintroducción de la preocupación por la estadística educativa.

Sin embargo, a pesar de los temas en juego, su incidencia durante este tiempo puede definirse como escasa, característica que incluso veremos repetida a lo largo del resto de las importantes leyes sancionadas en estos años, *quedando confinado a un organismo reglamentador de estas*. Esto implicó que el ámbito en el cual se reunían los representantes en el área educación de los poderes ejecutivos del sistema federal argentino *quedó excluido en los hechos de la discusión* sobre la transformación del sistema educativo. Así, en

²⁵⁰. Durante los 4 años de gobierno menemista considerandos (1989-1992), se realizaron 3 asambleas ordinarias y 6 extraordinarias, contrastando la irregularidad del funcionamiento del Consejo en este período, con la regularidad casi reglamentarista mantenida durante todo el período anterior. En el caso de la última asamblea extraordinaria registrada que trató principalmente el tema de la Ley Federal de Educación, ésta se desarrolló con sucesivos cuartos intermedios extendiéndose entre junio y noviembre de 1992.

²⁵¹. La recomendación fue formulada en la X Asamblea del Consejo Federal de Educación celebrada en diciembre de 1989.

cuestiones centrales el Consejo tuvo una participación muy restringida en la elaboración de la agenda y el diseño de la política sectorial²⁵² la que mayormente fue manejada desde el Poder Ejecutivo Nacional con los gobernadores de provincia.

4.2.2 El Consejo Federal de Cultura y Educación en el marco de la aparición de la Ley Federal de Educación

Si bien la elaboración de un proyecto de ley federal de educación había figurado en la agenda del organismo en varias oportunidades, el proyecto concreto de la ley federal no fue sin embargo una iniciativa propia del consejo. Estando en tratamiento en el Congreso de la Nación el proyecto de ley, la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados pidió a este organismo un dictamen sobre la ella.

En junio de 1992, dicha Comisión de Educación recibe a varios ministros de educación de varias provincias que coinciden en sus críticas elevadas respecto del tipo de relación vigente hasta entonces entre el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Consejo Federal. Destacaron allí fundamentalmente el relegamiento del Consejo en el proceso.²⁵³ Luego de ello, se organiza la acción del Consejo que pasa a elaborar una serie de resoluciones y recomendaciones al respecto del proyecto de ley. Así, si bien el Consejo declara su plena voluntad a favor de una ley federal de educación, sostiene la necesidad de realizar algunas modificaciones así como el hecho de que las decisiones a adoptarse, en tanto incidan en el sistema federal de educación, reciban tratamiento previo por dicho organismo.

De este modo, el Consejo elevó a la Comisión de Educación tres recomendaciones que fijaron su posición respecto de las siguientes cuestiones: estructura del sistema educativo, gratuidad y obligatoriedad y relaciones interjurisdiccionales en el marco del nuevo sistema, tomando como ejes la unidad y articulación del mismo. Respecto de la estructura del sistema, no existieron grandes divergencias entre la recomendación del Consejo y lo

²⁵². Sin perjuicio del análisis que formularemos más adelante sobre estas conclusiones, véase también los trabajos de Maximiliano Rey (2007): “Construyendo el Estado Nación para el crecimiento y la equidad”, en el IV Congreso Nacional de Políticas Públicas, Ciudad de Buenos Aires, y Potenza del Masetto, M.F. (2005): “Federalismo y Políticas Sociales. Una aproximación desde la experiencia de los Consejos Federales en las áreas de Educación y Salud. Documento de Trabajo N° 2, Fundación PENT.

²⁵³. Para el análisis de estos puntos hemos tomado como trabajos de referencia el artículo desarrollado por Vior Susana y Pronko Marcela (1999): “Consejo Federal de Cultura y Educación ¿espacio para la coordinación interjurisdiccional o para la legitimación de decisiones centralizadas?”, en Vior Susana (directora): *Estado y educación en las provincias*, Buenos Aires: Niño y Dávila, y el trabajo de Ruiz, G. (2007): *Las políticas científicas en la Argentina: De la planificación de las políticas y educativas a la evaluación de la calidad del sistema educativo. Un análisis desde la perspectiva histórica y comparada de la política educacional en el período 1958-1998*. Tesis doctoral. Facultad de Filosofía y Letras. UBA.

fijado en la ley sancionada. En cambio, respecto de la gratuidad, desde el principio de sus reuniones el Consejo había insistido en la “irrestricada defensa de la escuela pública” y en “la indelegable función del Estado de garantizar la prestación y gratuidad de sus servicios educativos en los diversos niveles y modalidades; la obligatoriedad de los años así establecidos por la misma ley y su respectivo cumplimiento; así como la igualdad de oportunidades y posibilidades para el acceso, permanencia y logro, tendientes a un creciente nivel de calidad del sistema educativo”.²⁵⁴

También difieren ambos documentos en cuanto a la definición de las funciones del propio Consejo. Dentro de las funciones que el Consejo se reservaba para sí mismo, algunas son retomadas por la ley, aunque en forma modificada, mientras que el resto son descartadas. Entre éstas últimas se encontraban la de proponer y coordinar la ejecución de programas nacionales y/o federales de educación, tendientes a ofrecer una real igualdad de oportunidades, aprobar y coordinar programas de investigación y de cooperación con universidades y organismos nacionales e internacionales y *establecer el control de gestión del sistema educativo, en lo que concierne a la calidad y continuidad*. Paralelamente, la ley le asigna otras funciones no reivindicadas por éste como aquellas relacionadas con la coordinación e implementación de las políticas *definidas por el Ministerio de Educación*. Como se observa, *ello contrasta justamente con aquellas responsabilidades que el Consejo pedía para sí, que son rechazadas y que directa o indirectamente se vinculaban con la posibilidad de definir políticas y supervisar su aplicación*.²⁵⁵

La Ley Federal de Educación dispuso un capítulo propio para el Consejo, en el cual según sus objetivos, se buscó recoger las intenciones de la normativa previa que lo regulaba como ámbito de coordinación, procurando ampliar al menos formalmente sus márgenes de acción, atribuyéndole nuevas funciones y extendiendo el marco de temas que debían ser tratados en ese ámbito. Así pues, el artículo 56 de dicha ley definió las funciones del Consejo de las que sobresale su especial rol como “ámbito interjudiccional”.²⁵⁶ En este sentido, desde el tratamiento del proyecto de ley en el

²⁵⁴. Como vimos, la ley finalmente habla de “la responsabilidad principal e indelegable [del Estado] de fijar y controlar el cumplimiento de la política educativa” (art. 2º) y la garantía de acceso a la educación a toda la población “mediante la creación, sostenimiento, autorización y supervisión de los servicios necesarios, con la participación de la familia, la comunidad, sus organizaciones y la iniciativa privada” (art. 3).

²⁵⁵. Véase para una mayor argumentación el trabajo de Vior y Prenko (1999) recientemente citado en este apartado.

²⁵⁶. Artículo 56º de la LFE: “El Consejo Federal de Cultura y Educación tiene las funciones establecidas por las normas de su constitución y cumplirá además las siguientes: a) Concertar dentro de los

Congreso, el miembro informante por la mayoría declaró que el Consejo constituiría “la entidad donde se va a centralizar todo el debate del sistema educativo a futuro, será el ámbito prioritario de concertación de la política nacional en todos los niveles – excluida la universidad –, de preservación de la unidad del sistema, más allá de las diferencias jurisdiccionales, y de consolidación de la identidad cultural de la Nación”.²⁵⁷

En cuanto a su estructura, el artículo 57 de la Ley Federal mantuvo la organización del Consejo en la Asamblea Federal y su Comité Ejecutivo, pero creó la Secretaría General, la que tendría la misión de conducir y realizar las actividades, trabajos y estudios según lo establezcan la Asamblea Federal y el Comité Ejecutivo. Su titular es designado cada dos años por la Asamblea Federal. Además el artículo 58 le agregó dos Consejos Consultivos. Dichos Consejos marcarán también en parte algunos de los principales temas de preocupación del Consejo por esta época, así como la importante presencia de algunos actores sociales que presionarían por su inclusión en el análisis de los temas que los involucren. Se crea el Consejo Económico-Social, integrado por representantes de las organizaciones gremiales empresarias de la producción y los servicios, la Confederación General del Trabajo y el Consejo Interuniversitario Nacional. Y el Consejo Técnico-Pedagógico, que estaría integrado por especialistas designados por miembros del Consejo Federal de Cultura y Educación y dos especialistas designados por la organización gremial de trabajadores de la educación de representación nacional mayoritaria.

Bajo la vigencia de la Ley Federal, el Ministerio de Educación de la Nación asumió el liderazgo en la reforma del sistema educativo, lo cual se tradujo en el hecho de que

lineamientos de la política educativa nacional los Contenidos Básicos Comunes, los diseños curriculares, las modalidades y las formas de evaluación de los ciclos, niveles y regímenes especiales que componen el sistema. b) Acordar los mecanismos que viabilicen el reconocimiento y equivalencia de estudios, certificados y títulos de la educación formal y no formal en las distintas Jurisdicciones. c) Acordar los Contenidos Básicos Comunes de la Formación Profesional Docente y las acreditaciones necesarias para desempeñarse como tal en cada ciclo, nivel y régimen especial. d) Acordar las exigencias pedagógicas que se requerirán para el ejercicio de la función docente en cada rama artística en los distintos niveles y regímenes especiales del sistema. e) Promover y difundir proyectos y experiencias innovadoras y organizar el intercambio de funcionarios, especialistas y docentes mediante convenios, la constitución de equipos técnicos interjurisdiccionales y acciones en común, tendientes a lograr un efectivo aprovechamiento del potencial humano y de los recursos tecnológicos disponibles en el sistema educativo nacional. f) Considerar y proponer orientaciones que tiendan a la preservación y desarrollo de la cultura nacional en sus diversas manifestaciones, mediante la articulación de las políticas culturales con el sistema educativo en todos sus niveles y regímenes especiales. g) Garantizar la participación en el planeamiento educativo de los padres, las organizaciones representativas de los trabajadores de la educación y de las instituciones educativas privadas reconocidas oficialmente. h) Cooperar en materia de normativa educacional y mantener vínculos con el Congreso de la Nación y con las Legislaturas de las Provincias y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.”

²⁵⁷. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 21 Reunión, Agosto 26 y 27 de 1992, pág. 2207.

elaborara y propusiera una agenda anual de temas a tratar y consensuar al seno del Consejo en el marco de la transformación estructural, institucional y académica del sistema educativo nacional.²⁵⁸

Durante la etapa posterior a la sanción de la Ley Federal de Educación, amén de las funciones que le otorgaba dicha norma como ámbito de coordinación (más las de auditor de la transferencia de fondos federales previstas en los acuerdos de transferencias entre Nación y las provincias), se concentró una vez más su margen de acción de lleno a la tarea de reglamentación de la nueva norma. En este tiempo, el Consejo dictó numerosas resoluciones del tipo normativas y a través de las cuales se reglamentaban los contenidos de la ley federal y se establecían las estrategias orientadoras del Sistema Educativo Nacional. Falleti (2001) señala distintos indicadores que dan cuenta de una mayor actividad del Consejo en este período. Por un lado el número de reuniones, que aumentó de 1 en 1989 a 5 por año en 2002. Por otro lado, el número de resoluciones, que aumentó de un promedio de dos a cinco por reunión.

Entre las cuestiones más sustantivas que fueron aprobadas en el marco del Consejo Federal de Cultura y Educación sobre este tema se encuentran (a) acuerdos sobre la caracterización de ciclos y niveles: durante 1993 se definieron las características básicas de los niveles del Sistema Educativo Nacional, acordando sus finalidades y funciones; (b) acuerdos sobre gradualidad de la implementación de la Ley Federal de Educación y metas cuantitativas: debido a que las transformaciones propuestas por la ley comprendían una serie de cuestiones complejas relacionadas con aspectos de organización general de la estructura académica, de gestión y administración, de contenidos de la enseñanza, de la carrera docente y de infraestructura.²⁵⁹

²⁵⁸. Esto imprimió una dinámica y un orden particular a las reuniones del Consejo. El mecanismo utilizado para la concertación y elaborar acuerdos fue elaborado por el Consejo a través de la Resolución 26/93 y contemplaba 5 instancias. El trabajo técnico, que refiere al borrador de la propuesta es desarrollado en verdad por los equipos técnicos – profesionales del Ministerio Nacional de Educación. A esto le siguen las consultas federales, la presentación del borrador a las provincias para conocer sus opiniones y reclamos. Luego se pasa a las consultas nacionales, donde la versión de la propuesta es girada a las universidades, sindicatos docentes y no docentes, iglesias y demás actores de la sociedad civil interesados en la educación, con un plazo de dos o tres semanas para sus modificaciones y comentarios (que serán luego incorporados). Así se llega a los acuerdos federales, donde la versión corregida de la propuesta es puesta a consideración de la Asamblea del Consejo para su aprobación y posterior promulgación de los marcos normativos pertinentes en cada tema.

²⁵⁹. Véase para una mayor clasificación del producto del Consejo Federal de Educación en este período el trabajo de Valeria Palanza (2002): “Espacios de consenso alternativos: Los consejos federales de la política social en Argentina”. Documento 71.

Sin embargo, el espacio de negociación y de escucha de los problemas jurisdiccionales permaneció recortado y sin una fuerte injerencia. Ello hizo que las iniciativas elaboradas por el Ministerio de la Nación quedaran sometidas directamente a su cumplimiento a las provincias “formalmente” a través de dicho Consejo con prescindencia de la capacidad de las jurisdicciones para procesarlas. Por esta razón, muchos de estos acuerdos no fueron oportunamente cumplidos por las provincias, generando el diagnóstico de desfragmentación y diferenciación horizontal del sistema educativo actual, al que hemos aludido.

Pese a este resultado general, el Consejo también se alzó con algunas victorias. La existencia del Consejo constituyó un punto de apoyo hacia los gobernadores que a partir de allí, podían pelear y exigir por sus intereses frente al gobierno nacional. La actuación del Consejo también permitió reducir la conflictividad potencial de los cambios propuestos por la Ley Federal de Educación y al mismo tiempo, hacer presente en el proceso de decisión la diversidad de situaciones que existían en sus territorios. Los ministros de educación provinciales tuvieron posibilidades de aprender de su interacción con otros ministros provinciales en las asambleas. En algunos casos, se alzaron incluso con votaciones de políticas propuestas que llegaban a disputar la posición del ministerio nacional o coordinar exigencias y promover intereses subnacionales respecto del contenido o financiamiento educativo, como el caso del primer Pacto Federal de Educación en el año 1994 (que luego debido a las necesidades fiscales urgentes resultó virtualmente inaplicable)²⁶⁰ o de bloqueo de la propuesta de dicho nivel nacional, como ocurrió con la iniciativa de un segundo pacto federal que llevó a la renuncia del entonces ministro de educación nacional.

4.2.3 El Consejo Federal de Educación en el marco de la Ley de Educación Nacional

Sobre la base de las experiencias pasadas, la Ley de Educación Nacional pretende plasmar en el texto cierta “re-jerarquización” del Consejo Federal de Educación. Esto ciertamente puede observarse en que, al atribuir al Estado nacional la potestad de fijar la política educativa, determina que éste lo hace “conforme a los procedimientos de participación y consulta de la presente ley” (artículo 115). Al mismo tiempo, el artículo

²⁶⁰. Así Nosiglia señala que las provincias supieron adoptar una actitud de reacción activa al proceso, afirmando que en no pocos casos las propuestas nacionales se vieron modificadas sustantivamente o flexibilizadas para permitir su adaptación a las realidades provinciales. V. Nosiglia y otros, ob. cit.

113, referido al gobierno del sistema, explícitamente deja sentado que el “organismo de concertación de la política educativa nacional” es el Consejo.

También en su estructura se observan cambios, con vistas a dotar a dicho organismo de un mayor grado de participación de los actores relevantes. Así se concibe al Consejo como el ámbito donde se trata la política educativa y de funcionamiento permanente. El órgano superior sigue siendo la Asamblea Federal, si bien se agrega la participación de dos legisladores representantes por cada una de las Comisiones de Educación de ambas cámaras legislativas. En cuanto al Comité Ejecutivo, prevé la posibilidad de convocar a un comité ampliado, integrado por las autoridades educativas jurisdiccionales que se requieran (art. 117). A la Secretaría General se la complementa con nuevas responsabilidades de coordinación e implementación de programas específicos. Por último, y como muestra de las principales preocupaciones del Consejo Federal, se crea el Consejo de Políticas Educativas cuya “misión principal es analizar y proponer cuestiones prioritarias a ser consideradas en la elaboración de políticas”. Este se conforma según la norma por una pluralidad de actores sociales. Además se crea el Consejo de Actualización Curricular que está a cargo de proponer innovaciones en los contenidos curriculares comunes y que se nutre de “personalidades calificadas de la cultura, la ciencia, la técnica y el mundo del trabajo y la producción”. Al Consejo Económico y Social se le asigna como función específica al mismo tiempo la de participar en aquellas cuestiones relativas a las relaciones entre la educación y el mundo del trabajo y la producción” (art. 119). Por reglamento, los consejos consultivos deberán analizar y emitir opinión sobre aspectos prioritarios para la elaboración de las políticas educativas, produciendo informes o propuestas sobre las cuestiones sometidas a su consideración. Asimismo, deberán proponer al Consejo Federal acciones y medidas para el cumplimiento de la normativa educativa nacional.

Otro de los mayores avances hacia la rejerarquización del Consejo se vincula con la obligatoriedad de sus resoluciones, cuando así lo disponga la Asamblea de acuerdo con la reglamentación que ella establezca para estos casos.²⁶¹ Este punto es especialmente importante, sobre todo si se vuelve a la historia para analizar y evaluar la puesta en ejecución de las decisiones que otrora tomaba el Consejo, las cuales pese a que habían sido

²⁶¹. En efecto, el art. 11 del reglamento interno sancionado por el Consejo Federal de Educación (Res. 1-2007), en sintonía con lo dispuesto en la ley, señala que la Asamblea Federal se pronunciará a través de resoluciones que son obligatorias para todas las jurisdicciones, debiéndose contar en todos los casos con la aprobación de los $\frac{3}{4}$ de todos los miembros de la Asamblea Federal. Asimismo, se establece que la Asamblea deberá sesionar como mínimo diez veces por año.

consensuadas por las jurisdicciones, a menudo éstas no se implementaban. Ello, naturalmente, resentía sensiblemente la capacidad de articulación de las relaciones federales y la función de dicho organismo.

En el conjunto de la ley, el Consejo es tenido en cuenta como actor relevante para tomar parte de múltiples tareas, desde las necesarias para la adecuación normativa, hasta la evaluación y la promoción de la calidad. Por su parte, las temáticas desarrolladas en el marco de las resoluciones adoptadas en este período reciente parecen marcar un rol activo del consejo en aspectos claves tendientes al reacomodamiento y mejora de los planes y estructuras educacionales subsistentes y a la implementación de las nuevas políticas dispuestas en el marco de la nueva ley de educación. Así, se ha buscado generar consensos para aprobar los “núcleos de aprendizaje prioritario” de distintos niveles y años en diferentes áreas, la implementación de políticas de formación docente inicial y continua, entre otras. Puede verse claramente el crecimiento exponencial de su actividad a través de una lectura de sus últimas resoluciones.²⁶²

4.2.4 Consideraciones generales sobre el impacto del Consejo Federal de Educación en la política educativa y el sistema federal

Los consejos federales en general constituyen un capítulo poco estudiado en el federalismo argentino. Desde la experiencia argentina constituyen instancias de interacción entre ministros –o funcionarios subalternos- de las diversas jurisdicciones federales, en un área específica de política pública. Como hemos visto a partir de la materia educativa, la exploración de los determinantes del surgimiento y funcionamiento de un consejo federal resultan interesantes tanto para comprender los desafíos que enfrenta el federalismo en la Argentina como para descubrir los conflictos que los consejos ayudan a destrabar (o añadir).

En este sentido, debemos tener muy presentes la heterogeneidad entre las jurisdicciones, así como las peculiaridades de las relaciones de las autoridades provinciales con el gobierno nacional. El rol del Consejo Federal de Educación a menudo se ha enfrentado a los problemas que surgen de estos dos factores sin poder alcanzar soluciones de fondo. Una de las primeras críticas vinculadas con ello se ha referido al bajo grado de formalidad en el que operan los Consejos Federales en Argentina. Si bien no es

²⁶². Puede consultarse a tales efectos la página del Consejo en www.me.gov.ar, (fecha de consulta: junio de 2012).

éste el principal problema del Consejo Federal de Educación, dado que posee cierta normativa que lo delinea en sus características y funciones, por el otro lado es víctima al igual que sus pares de la inexistencia de un marco normativo que acoja la creación de consejos federales en sí, lo que le permitiría darle mayor estabilidad en el tiempo y mayor institucionalización.

En esta síntesis apretada de la historia y funcionamiento del Consejo Federal de Educación, ha sido posible observar que durante la mayor parte de su tiempo de actuación, su carácter de coordinador y concertación se ha visto recortado, puesto que *se han impuesto frecuentemente en su seno los intereses de los actores nacionales en vez de constituirse en espacios de coordinación y/o conciliación de las diferencias*. En efecto, tanto la estructura como el mecanismo por el cual se busca arribar a los consensos derivaron consecuentemente en una concentración de las decisiones en el gobierno nacional, produciéndose a menudo un progresivo vaciamiento de sus atribuciones como ámbito para la toma de decisiones, al tiempo que éstas eran apropiadas por el Ministerio Nacional. Ello no desmerece la observación de que a menudo muchas de las provincias, poco podían aportar en el desarrollo de las políticas requeridas para la administración y ejecución de un sistema educativo fraccionado y que se complejizaba, habida cuenta de la escasez de recursos y de equipos técnicos o especializados en muchas sus respectivas jurisdicciones.

El mayor problema de cuyas consecuencias hoy padece el sistema está más bien vinculado con la deficiente tarea de articular mecanismos tendientes a fiscalizar el cumplimiento efectivo de los pisos mínimos normativos federales en la materia así como de prevenir violaciones del derecho a la educación en las distintas provincias. Esta crítica no es novedosa si nos detenemos nuevamente en el debate parlamentario del texto de la Ley Federal de Educación, donde un senador se preguntaba acerca de la virtualidad práctica que podía tener dicho proyecto de ley frente a servicios educativos que la Nación no prestaba. Así expresó que no encontraba “otra explicación para ello que la creación de un Consejo Federal de Educación, organismo que en el proyecto se reglamenta minuciosamente pero que no tiene, según la propia norma legal, ninguna disposición que le dé el carácter adecuado para que pueda ejercer coacción, es decir posibilidades de ejecución y aplicación práctica de medidas concretas”.²⁶³

²⁶³. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 47 Reunión, 16/17 de diciembre de 1992, palabras del Senador Román Cendoya, pág. 4241.

A los fines de atender a los problemas de la educación y al fortalecimiento del sistema educativo en un marco federal, el Consejo Federal de Educación debe erigirse en un espacio autónomo de los intereses y presiones nacionales, debiendo sus integrantes en calidad de representantes genuinos de los intereses provinciales o locales, formular políticas de cooperación que atiendan a los problemas jurisdiccionales y más allá de la política nacional a la que no obstante se deben comprometer esfuerzos para confluir. Es decir, si el Consejo no aborda conscientemente su función política y legal, y se constituye sólo en un espacio de legitimador de la política nacional, es probable que no se adviertan diagnósticos regionales con claridad o que se desaprovechen experiencias positivas realizadas en otras jurisdicciones pero que no han tenido oportunidad para su debate. Pero, vale insistir, para esto no sólo se requiere del compromiso del Consejo sino también el compromiso claro de cada jurisdicción (y particularmente de los gobernadores) de estar dispuestos a llevar sus propuestas al seno de este organismo, de trabajar previamente con sus equipos y en el área de sus propias carteras, políticas y problemas educativos a ser dialogados en el recinto federal.

Respecto a su rol aún ausente en relación con la fiscalización del cumplimiento de las normas federales (nacionales e internacionales) *el Consejo debería también erigirse en un mecanismo de control activo y propositivo y no reactivo*. Debería servir de foro de revisión de la legislación provincial en áreas críticas, todo ello para asegurar que se cumplan las normas federales. En el plano del derecho internacional de los derechos humanos, el Consejo debería estar involucrado en la preparación de informes que deben presentarse ante los distintos órganos internacionales de monitoreo y en particular debería servir de foro para estudiar las recomendaciones que se formulen para asegurar que éstas sean implementadas en todas las provincias, facilitando la internalización de las obligaciones internacionales y la coordinación para su cumplimiento entre el gobierno nacional y las provincias. Finalmente el Consejo debería prever mecanismos que permitan solucionar los potenciales desacuerdos entre el gobierno nacional y provinciales o bien potenciales incumplimientos de las normas y acuerdos federales, debiendo especificarse claramente los mecanismos legales en tal sentido.

La existencia de un ámbito federal como el que brinda el Consejo Federal de Educación es sumamente positivo. Hace posible un federalismo de coordinación y con ello se habilita un mecanismo de diálogo o espacio institucional de debate y de coordinación fundamental para la creación de consensos entre todos los actores involucrados para asegurar, de la

mejor manera posible, la protección y realización efectiva del derecho a la educación. Así lo ha demostrado también la experiencia comparada de países como Alemania, entre otros, de corte federal.²⁶⁴

La Ley de Educación Nacional pareciera haber atendido parte de esta crítica y así operó nuevas conceptualizaciones en la jerarquía del Consejo tanto en sus objetivos como sus funciones. Pese a continuar “atado” en el tratamiento de los temas igualmente a la agenda nacional, algunas de las resoluciones adoptadas desde el 2007 también dan cuenta, por la importancia de los temas tratados, de dicho desafío permitiendo potencialmente, abrir y acrecentar su rol político. Sin embargo, estando aún pendientes muchos temas de la implementación de aquella ley, así como de la estructura académica que asienta, será necesario aguardar un tiempo más para evaluar concretamente un nuevo pronóstico. Ello justamente no desmerece la crítica respecto de que en varias partes del texto de la ley referidas a puntos centrales de la política educacional en sus aspectos pedagógicos e institucionales, se asigna acordar en el Consejo compuesto por representantes de los poderes ejecutivos, en plazos breves de tiempo, estos temas que en el nivel federal la Constitución en verdad asignó al Poder Legislativo.²⁶⁵

5. Conclusiones intermedias y propuestas sobre la primera parte del trabajo

²⁶⁴. Alemania presenta una valiosa experiencia en el área de educación. La mayor parte de la discusión acerca de estándares de educación en Alemania ha ocurrido en las sesiones plenarias de la denominada Conferencia de Ministros de Educación (KMK; *Kultusministerkonferenz*). En el nivel local los Ministerios de Educación, Asuntos Culturales y Ciencia de los respectivos estados federados son la mayor autoridad responsable de la educación y el país cuenta con un Ministerio Federal de Educación, Ciencia, Investigación y Tecnología (BMBF) que se ocupa de la regulación del sistema de formación profesional (en el cual el gobierno federal comparte responsabilidades con los estados federados), la reglamentación y administración del financiamiento estudiantil, la promoción de la investigación científica y académica y fija los principios generales para la educación superior (además de tener injerencia en diversos aspectos de la educación en tanto el Estado Federal tiene atribuciones de regulación de los servicios públicos, del empleo público, etc.). Las necesidades de cooperación entre los *Länder* en materia de educación no son resueltas en el ámbito del Ministerio sino por la Conferencia de Ministros de Educación, cuyo objetivo es unificar enfoques de política educativa y cultural de importancia suprarregional. Las resoluciones de la KMK no son obligatorias para los *Länder*, sino que los ministros deben transformarlas en proyectos de ley a ser aprobados por las respectivas legislaturas de los estados. Un desarrollo específico vinculado con la educación en el sistema federal alemán, las competencias en materia educativa entre los distintos niveles de gobierno y los mecanismos de cooperación intrafederal, puede verse en el trabajo de Meix Cereceda, P. (2013): *Descentralización de la enseñanza y derechos fundamentales. Un estudio comparado entre España y Alemania*, Madrid: INAP.

²⁶⁵. Esta crítica fue también advertida por algunos legisladores durante el trámite parlamentario de la ley. Así por ejemplo, Lucía Garín de Tula expresó que el organismo interjurisdiccional involucraba una clara intromisión en las autonomías provinciales, con un poder “omnímoto” por encima del propio Congreso de la Nación. V. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 14 de diciembre de 1992, pág. 22 y ss.

Es necesario recapitular hasta aquí algunos puntos que permitan comprender de un mejor modo la segunda parte de la tesis que se continúa en los próximos capítulos. A lo largo del extenso desarrollo expuesto en los *capítulos I y II*, reconstruimos el conjunto de normas que refieren directa e indirectamente a la educación. De todo este cúmulo de normas de diversas jerarquías, puede apreciarse a simple vista que *en el caso argentino la educación fue y es objeto de un amplio desarrollo normativo*. Ello tiene una connotación importante en cuanto señala un progreso cierto y sostenido en el reconocimiento de la educación, como derecho y en todo lo vinculado con su organización institucional.

Sin embargo, el reconocimiento legal puede no resultar una garantía suficiente para que la educación sea plenamente reconocida en todo el alcance propuesto como derecho fundamental. La norma por sí sola es insuficiente si no está acompañada de acciones y políticas públicas que se orienten tanto a garantizar el cumplimiento efectivo de esas leyes, el control de sus medidas, cuanto a sostener la perspectiva y finalidad con que se les dio origen.

El desarrollo legislativo en educación ha corrido – si bien con algunos retrocesos - en paralelo con la impronta asignada a la educación desde la perspectiva constitucional. Durante la conformación del Estado nacional, histórica y tradicionalmente ese desarrollo se ha movido en el plano de las políticas públicas o el servicio público y no desde un enfoque de derechos. Aquella visión ha tendido a reducir la interpretación de la educación como derecho de defensa y protección. O bien a una prestación, pero orientada por la idea de servicio público y su provisión de carácter discrecional por el Estado; esto es, donde el sujeto destinatario de la obligación da sin sentirse mayormente obligado por la cantidad ni la calidad de dicha prestación, ubicando a la sociedad civil más en un rol de mera receptora de la prestación educativa que en su calidad de sujeto activo de un derecho fundamental.

Las políticas públicas muchas veces se han desenvuelto en un terreno legal muy distinto a una concepción de derechos humanos y eso posibilitó que se sometiera a la educación a regímenes, prestaciones, y procesos que pudieron resultar incompatibles o en el mejor de los casos con un impacto neutro en el reconocimiento de la educación como derecho fundamental. Entre aquellas acciones se encuentran los modos en que se llevaron a cabo los procesos de descentralización y transferencias de los establecimientos educativos, las pujas financieras entre las distintas jurisdicciones (Nación y provincias), la evaluación y asignación de recursos a partir de los resultados, la elaboración de

programas focalizados y compensatorias o políticas de escolarización (pero con exclusión) para la solución de los problemas del servicio educativo (sin detenerse en propuestas más estructurales y universales), desatendiéndose así a las condiciones básicas bajo las cuales esa enseñanza es brindada.

Parece haber un cambio en la visión de la educación como derecho en el último tramo legislativo a partir del año 2003. Esto se observa en aspectos tales como el carácter expresamente atribuido a la educación como derecho humano, el rol principal asignado al Estado nacional y las provincias como sujetos destinatarios del cumplimiento y protección del derecho, así como en la consolidación de un núcleo de contenidos garantizados y progresivamente ampliados.²⁶⁶ Este aspecto, sumado a la internacionalización del derecho constitucional, resulta de gran vitalidad para la afirmación de la concepción de la educación como derecho fundamental y su vigencia plena, conforme veremos más adelante.

En atención a esta última reflexión, es importante remarcar que las funciones y contenidos del derecho a la educación como derecho fundamental se retroalimentan junto con estas bases legales de orden interno con aquellas otras de fuente internacional ya analizadas en el *capítulo I*. De esta conjunción se desprenden dos interpretaciones importantes que cabe remarcar. Por un lado, ocurre un fenómeno interesante, pues mientras que el piso constitucional analizado en el derecho argentino en muchos supuestos es claramente superior a los estándares fijados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y otros documentos afines, al mismo tiempo estos últimos y sus estándares resultan ser más precisos y otorgan una más clara identidad de derecho que otros textos jurídicos nacionales no ofrecen, ejerciendo una enorme presión a fin de hacer primar en todo momento la interpretación más extensiva del derecho y de fijar en concreto modos vinculantes de cumplimiento de las obligaciones estatales. Por el otro lado, los contenidos fijados en dichas normas nacionales contribuyen a reafirmar el “piso” del derecho a la educación, que compromete internacionalmente al Estado, en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Estado respecto de la educación se definen a partir de su reconocimiento normativo interno como indelegables e insustituibles y ya no resulta posible su posterior desconocimiento, restricción o limitación – salvo supuestos

²⁶⁶. En este marco deben también ubicarse los recientes anuncios vinculados con la propuesta de un “Plan Quinquenal de Educación y Formación Docente”, aprobado en el marco del Consejo Federal de Educación y que prevé según se anunció entre otros puntos, el aumento de la escolaridad obligatoria, políticas educativas de inclusión, y la creación de nuevos establecimientos educativos públicos. Fuente: Ministerio de Educación de la Nación: www.me.gov.ar, (fecha de consulta febrero de 2013).

excepcionales y sujetos a un fuerte criterio de justificación y control - sin incurrir en una responsabilidad internacional por violación del derecho de los tratados y/o los derechos humanos.

En este sentido, *el espectro normativo no garantiza ni se traduce por sí solo en un sinónimo de amplia exigibilidad sino se lo concibe o gana como contenidos del derecho fundamental a la educación sobre los que no se puede regresar*. Es necesario un mayor desarrollo teórico que permita subsanar la brecha que se pueda interponer entre este reconocimiento y su exigibilidad a fin de reafirmar la tesis del carácter fundamental de derecho que tiene la educación, libre de elementos que la confundan con las nociones de servicio público o bien de mercado. Los *capítulos III y IV* de la tesis se comprometen en este desafío.

El federalismo suma otra unidad de análisis a todo ello en tanto parece tornar más complejo el contexto del diseño y aplicación de la normativa expuesta. El diagnóstico aquí relevado constituirá la materia sobre la cual trabajaremos la segunda hipótesis específica de nuestro trabajo hacia el *capítulo V*, vinculada con la interpretación de las competencias - distribuidas entre los distintos niveles federales - en términos de deberes de obligaciones que exigen ser cumplidas, lo que reforzará la interpretación de la construcción de la educación como derecho fundamental explicitada en los capítulos previos.

SEGUNDA PARTE

HACIA UNA CONCEPCIÓN DE LA EDUCACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

CAPITULO III. La educación como derecho fundamental versus la educación como bien económico y como servicio público

1. Introducción. Las otras concepciones de la educación

En la primera parte de esta tesis hemos realizado un diagnóstico sobre las bases constitucionales y legales desde donde ha sido posible observar cierta evolución en las concepciones a partir de las cuales se ha pensado a la educación y se han diseñado las políticas y los contenidos en la materia.

Ahora bien, es tiempo de profundizar acerca de las implicancias que sobrellevan cada una de las concepciones que se han propuesto en educación. *La tesis de este trabajo se basa en la definición y alcance de la educación como derecho fundamental.* Esto conlleva pues, descartar por inadecuadas o insuficientes otras concepciones desde donde se ha pensado también a la educación básica. Así, en primer lugar, la tesis de la educación como derecho fundamental señala los déficits de concebirla como un mero bien económico y por ende, como un servicio privado. A su vez, la tesis de la educación como derecho fundamental habla de la insuficiencia de ver su prestación tan sólo como un servicio público.

Para el desarrollo de este capítulo reconstruiremos primeramente la perspectiva de quienes definen la educación como un bien privado económico. Al respecto, nos detendremos en una definición aproximada de la educación así concebida, para luego analizar el impacto que ha tenido en la educación el llamado “Consenso de Washington” en el contexto latinoamericano. Seguiremos posteriormente con el análisis de la actuación de la Organización Mundial de Comercio (OMC) en el tema. Concluido ello, continuaremos con las demás aproximaciones acerca de las concepciones posibles de la educación, pero que se expresan en principio ya libres de mercantilización: la educación como servicio público y aquella otra que sostiene su calidad de derecho fundamental. El abordaje de estos puntos resulta sumamente necesario para, conforme hemos expuesto en nuestra tesis, comprender la extensión y calidad de los trabajos existentes respecto de la estructura y funciones del derecho a la educación, los que a menudo presentan fuertes déficits en el reconocimiento del carácter iusfundamental de la educación. Dichos déficits imposibilitan comprender la pretensión de exigibilidad que conlleva su concepción como derecho.

2. La educación como derecho fundamental versus la educación como bien económico

La concepción de la educación como bien de mercado o “mercancía” se define en los términos de un bien privado puro. Éste se encuentra caracterizado por generar beneficios o utilidad interna divisible, es decir, apropiable única y exclusivamente por el individuo que lo consume. Estos bienes se ajustan al principio de exclusión según el cual resulta posible excluir del consumo a quien no haya revelado sus preferencias en el mercado, ofreciendo pagar un precio para ello. A su vez, la negativa a revelar tales preferencias (es decir no ofrecer el pago de un precio por el bien), implica la exclusión de su consumo ya que existe rivalidad: el uso de una persona impide el uso por parte de la otra. Vale decir, el consumo que logra una persona, excluye la posibilidad de que un tercero tenga acceso al consumo del mismo bien. La relación económica indica que la eficiencia exige que los bienes privados sean de propiedad privada y los bienes públicos sean de propiedad pública. En otras palabras, la eficiencia requiere que los bienes rivales y excluibles sean controlados por individuos o pequeños grupos de personas, mientras que los bienes no rivales y no excluibles sean controlados por el Estado. Para los economistas, la distinción entre los distintos tipos de bienes debería guiar así la elaboración de las reglas de propiedad.

En esta concepción, frente a los bienes privados, se encuentran también como caso puro, los bienes públicos. La definición de los bienes públicos o colectivos es compleja y no queda libre de defectos. A diferencia de los primeros, como lo ha sugerido Samuelson (1954) la “comunalidad” en el consumo es su determinante.²⁶⁷ La economía moderna suele definirlos a partir de que generan beneficios o utilidad externa indivisible, apropiable de este modo conjuntamente por la comunidad en forma grupal. Si bien esto no implica que el beneficio resulte igual para todos, sí lo es el hecho que nadie pueda ser excluido de su consumo o uso, haya o no revelado sus preferencias por el bien. Debido a estas características (el consumo no rival y la imposibilidad de exclusión), su demanda no tiene expresión en el mercado, pues ningún individuo racional se ve incentivado a revelar tales preferencias (es decir, ofrecer pagar un precio por el bien). Su consumo queda garantizado a todas las personas (al menos en sentido físico o económico aunque no en términos

²⁶⁷. Conf. Paul A. Samuelson (1954): “The Pure Theory of Public Expenditure” en *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, No. 4, (Nov. 1954), pp. 387-389.

estrictamente jurídicos o de acceso al derecho) una vez provisto el bien, hayan o no contribuido a su financiamiento.²⁶⁸

Existe cierto consenso en el ámbito económico internacional de tratar especialmente a la educación básica pública en el listado de los bienes públicos. No obstante, se argumenta que a ella no pueden adjudicársele cabalmente todas sus propiedades (como el consumo no rival),²⁶⁹ está presente en la educación la comunalidad aludida que genera importantes externalidades positivas (Kaul, et. al., 1999) - vinculadas con el mayor desarrollo cultural y productivo que deriva de tener una sociedad mejor formada - y que por tanto trascienden del mero beneficio particular. La discusión parece trabarse en cuanto se avanza en el nivel educativo hasta llegar a la educación universitaria, donde las opiniones vinculadas con el financiamiento del sector resultan ser más controvertidas habida cuenta del carácter más bien mixto que frecuentemente se le asigna a dicho nivel educativo.²⁷⁰

Hay autores que también conciben a la educación desde esta perspectiva como un “bien posicional” (*positional good*) por el que las personas compiten en tanto se encuentran valorados como medios para alcanzar otros fines y metas (Koski y Reich, 2006). Esta característica se asocia a la concepción de la educación como bien de inversión. El individuo que demanda educación en este caso, lo hace con el fin de incorporar a su persona un conjunto de conocimientos científicos y/o técnicos que le permitirán acceder a una posterior mejora del nivel cultural, un mayor disfrute de las expresiones culturales pero fundamentalmente desarrollar luego una labor más productiva, y de allí, obtener un diferencial de ingreso (un retorno pecuniario esperado más alto) en el mercado laboral. Así, la educación en esta nueva dimensión, sumado al hecho de que la educación como proceso educativo es también utilizada como política para la obtención de múltiples

²⁶⁸. Esto último es lo que caracteriza al fenómeno del “*free rider*”, haciendo alusión al caso de la persona que “aprovecha” la posibilidad de un consumo individual que lo beneficia debido a la capacidad excedente de consumo que posee otro consumidor en la disposición de determinado bien. En este sentido, la incorporación del *free rider* al consumo no desmerece las posibilidades de consumo del otro consumidor (Piffano, 1993: 4).

²⁶⁹. Es decir, un alumno no puede ocupar la misma silla o el mismo banco que otro alumno en el mismo momento; en este caso la no exclusión se manifiesta en el sentido de que no existen restricciones en el acceso (al menos legales), desde que dicho servicio es prestado por el Estado y en tanto se orienta a responder a demandas públicas.

²⁷⁰. El bien mixto se caracteriza por la existencia de beneficios privados (exclusivos, apropiables por el individuo que los consume) junto con beneficios externos que en forma conjunta apropia la comunidad. Por tal razón, existirían incentivos de las personas para revelar sus preferencias en el mercado en la medida de los beneficios privados que ellas se apropien, en tanto no encontrarán adecuada expresión en el mercado las preferencias de todos los individuos en conjunto por los beneficios que la comunidad en forma indivisible recibe del bien. Esto implicará, a su vez, que los individuos sólo tendrán incentivos para ofrecer financiamiento voluntario en forma parcial (sólo en la medida de sus beneficios privados) (Piffano: 5).

propósitos (la extensión de la cultura, la movilidad social, la distribución del ingreso) cuya explicitación depende de la función de bienestar que la comunidad o sus representantes políticos quieren optimizar, adopta entonces las características de un bien de inversión (Piffano, ob. cit.: 2).

El aporte de definiciones y herramientas de la micro y macroeconomía no necesariamente deben entenderse en un sentido contrario a la educación como derecho. Es realista suponer que el reconocimiento de los derechos tiene un costo efectivo y es importante conocer y atender a dichos costos para formular un presupuesto capaz de atenderlos correctamente. Asimismo, conocer sus características de consumo y externalidades puede incluso contribuir a comprender y justificar el por qué existe un interés estatal en su regulación y protección más allá de lo que disponga el mercado en relación con tal bien.

En este marco, aportes tales como aquellos provenientes del Análisis Económico del Derecho pueden ser traídos válidamente a la discusión. Se reconocen diferencias entre el pensamiento económico y el pensamiento jurídico tradicional desde que apelan a criterios diferentes para valorar la ley y emplean en principio métodos dispares para diseñar la norma. Sin embargo, tales diferencias no pueden permitir que se abandone por completo la propuesta ofrecida por la economía y que se acerque el tema de la eficiencia, incluso como un componente - mas no el único a fin de no caer en una sociedad exclusivamente meritocrática (Farrell: 2008: 45) – de la idea de justicia. Este podría ser un criterio más para la construcción de una política jurídica que alcance de mejor modo sus objetivos.²⁷¹

²⁷¹. La noción de eficiencia económica aquí está vinculada con aquella que consiste en sostener que un cambio que beneficia a alguien sin perjudicar a nadie es un cambio mejor. En este sentido, podríamos hablar de dos maneras posibles de entender la eficiencia (Farrell: 2005 y 2008). La primera de ellas es la eficiencia paretiana. Vilfredo Pareto propuso un criterio que pretendía resolver algunos de los inconvenientes del utilitarismo (evitar las comparaciones interpersonales de utilidad) y que permita clasificar las decisiones sociales. Según Pareto una decisión es óptima si no existe otra situación diferente que se prefiera unánimemente. En efecto, una definición alternativa, pero equivalente del óptimo de Pareto sería la siguiente: una situación es Pareto superior respecto de otra si en la primera todos están mejor que en la segunda, o si algunos están mejor que en la segunda y nadie está peor. Es eficiente, de acuerdo a esta acepción, pasar de una situación a otra que sea Pareto superior respecto de ella (Farrell, 2005: 147). Más allá de las críticas ajustadas que se le han hecho y de los defectos del criterio es indudable que juega un papel de importancia en la teoría económica ya que en su teorema fundamental se utiliza el *óptimo de Pareto*. Una segunda manera de concebir la eficiencia es hacerlo recurriendo a la idea de compensación potencial. El *criterio de Kaldor - Hicks* supone un intento de superar la restricción del criterio de Pareto en el sentido de que sólo se recomiendan los cambios que mejoren por lo menos la situación de una persona sin empeorar la situación de nadie. Ese criterio requiere que los ganadores compensen explícitamente a los perdedores en cualquier cambio. Si no hay ningún pago explícito, los perdedores podrán vetar cualquier cambio (Cooter y Ulen, 1997). En el modelo de Kaldor - Hicks es eficiente pasar de una situación a otra que genere recursos suficientes como para compensar a todos los

El problema surge cuando la sola apelación a los costos y a las restricciones de recursos, entre otras variables presupuestarias, son alegadas por los Estados y se transforman en una fácil justificación de la denegación o incumplimiento insuficiente de las obligaciones generadas por el derecho internacional de los derechos humanos. Es así como los Estados recurren a esta “primer excusa” pretendiendo eludir sus compromisos asumidos en la protección del derecho a la educación conforme a la norma tanto nacional cuanto internacional, y sin demostrar o realizar el esfuerzo por procurar cumplir y hacer cumplir el derecho por todos los medios a su alcance, conforme las obligaciones que derivan del art. 2.1 del PIDESC.

La educación no puede quedar sujeta a un enfoque económico que pueda llevar, por un lado, a soslayar las formulaciones de justicia que son requeridas para una concepción de la educación como derecho fundamental así como, por el otro lado, a limitar indebidamente el alcance de las obligaciones del Estado en tal sentido.

Para conocer un poco más sobre la génesis del enfoque económico puesto en la educación, y que ha llevado a la propuesta de comercialización de los servicios educativos, es conveniente repasar el contexto histórico de las políticas que se impulsaron en tal sentido.

2.1 El contexto de las políticas educativas en el consenso de Washington y el libre mercado. La OMC y la comercialización de los servicios educativos

Los gobiernos que abrazaron la corriente económica de la “nueva derecha”²⁷² promovieron las nociones de apertura de los mercados, el libre cambio, la reducción del sector público, la disminución de la intervención estatal en la economía y la desregulación de los mercados. Según las premisas de estos gobiernos, la racionalidad política del Estado

perjudicados por el cambio; sea que esta compensación se pague de hecho o que no se pague. El problema de estas nociones radica en que la sola utilización de cualquiera de los criterios no supone la justicia de la decisión sino simplemente su eficiencia.

²⁷². La nueva derecha engloba una corriente económica en la que se propone una nueva forma de Estado que conjuga experiencias de gobiernos neoconservadores, tales como los de Margaret Thatcher y John Major en Gran Bretaña, Ronald Reagan en los Estados Unidos y Brian Mulroney en Canadá, con otras propias del neoliberalismo (también entendido como corriente económica) implementado en América Latina como el gobierno inconstitucional de Augusto Pinochet en Chile. Durante la década de 1990 se identifican los gobiernos de Carlos Menem en la Argentina y de Carlos Salinas en México como casos de modelos neoliberales. Véase al respecto Torres & Morrow, R.: “El Estado, los movimientos sociales y la reforma educacional”; en Mora-Ninci & Ruiz (editores) (2009): *Sociología política de la educación en perspectiva internacional y comparada: las contribuciones de Carlos Alberto Torres*, Buenos Aires: Miño y Dávila.

incluye una combinación de teorías y grupos de interés que están constituidos por una economía de la oferta (*supply-side*), el monetarismo y los sectores del neoconservadurismo cultural; grupos todos opositores a las políticas redistributivas del Estado de bienestar. En este esquema culturalmente conservador y económicamente liberal, el Estado, la intervención estatal y las empresas estatales son parte del problema. Las propuestas de reorganización social de la nueva derecha proponen, además, una menor participación en la prestación de los servicios sociales (como la educación, la salud, el régimen previsional, el transporte público y la vivienda), cuya provisión debería desregularizarse o bien privatizarse. Esto supone una confianza en la eficiencia de la competencia debido a que las actividades del sector público son consideradas y tildadas de ineficientes e improductivas.

En el marco de los países en desarrollo, las políticas del consenso de Washington se derivaron en los programas de ajuste estructural, ya sea que se trataran de casos promovidos localmente o bien que hayan respondido a presiones internacionales (Lomnitz & Melnick, 1991: 9-47). El ajuste estructural fue definido como un conjunto de programas, políticas y condicionamientos que fueron recomendados por el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y otras organizaciones financieras.

En el sector educativo, su desfinanciamiento fue el cuadro más expresivo de los recortes presupuestarios efectuados por los gobiernos nacionales a partir de tales recomendaciones.²⁷³ Junto a ello, se comenzó a promover nuevas formas organizativas para la educación pública. Los organismos internacionales produjeron varios documentos en los cuales se apoyó entre otras medidas:

- la descentralización completa de los sistemas de educación pública,
- la privatización de la enseñanza y la transformación de la educación en un espacio mercantil que convierte a los centros educativos en empresas privadas, abiertos a la actividad lucrativa privada.²⁷⁴ Así aparece una mayor participación del sector

²⁷³. Junto a “mecanismos y procesos de autoinculpación y subjetivación de la responsabilidad”, donde se transfiere la responsabilidad educativa de los poderes públicos a los sujetos particulares, ya sea padres, alumnos, profesores o directores. Ello conlleva asimismo la idea de que el mérito y el esfuerzo son algo puramente individual que se supone al alcance de cualquiera si se lo propone, con independencia de sus características personales y del contexto sociocultural o escolar. Así lo señala el trabajo de Viñao Frago (2012) quien señala también con precisión otros cambios producidos por las políticas neoconservadoras en puntos cruciales como la estructura de los sistemas educativos, su estandarización y evaluación y el currículum y los procesos de enseñanza y aprendizaje, entre otros.

²⁷⁴. Estas políticas educativas son acompañadas con otras acciones como la promoción de políticas de diferenciación entre los establecimientos educativos en función del ideario, currículum y tipo de alumno y las políticas mitigadas de elección de centro docente: amplias zonas de influencia y libre selección de alumnos por aquellos centros en los que la demanda supere a la oferta (Viñao Frago: ob. cit.: 102).

privado en la prestación de los servicios,²⁷⁵ atribuyéndoles explícitamente “derechos” en el sentido del reconocimiento de derechos como accionistas o acreedores a sus “proveedores” (los educandos), en un sentido contradictorio al que se le atribuye a los sujetos en las normas internacionales de derechos humanos (Tomasevsky 2003: 16);²⁷⁶

- el otorgamiento de presupuesto, fondos y subsidios asociados al rendimiento y a la calidad de la educación,
- la financiación pública de la enseñanza privada, obligatoria o no, desgravaciones fiscales entre otros apoyos diversos a la construcción y creación de centros privados.²⁷⁷

Estos programas de estabilización y ajuste que incluyeron la reducción del gasto del Estado, llevaron también a la devaluación de la moneda para promover las exportaciones, la reducción de los aranceles a las importaciones y el incremento del ahorro público y privado. Junto con ello, como dijimos, se llevó a cabo la drástica reducción del sector estatal, especialmente a través de la privatización de las empresas públicas, la liberación de las políticas salariales y de los precios y la reorientación de la producción industrial y agrícola a través de las exportaciones. En el corto plazo, el objetivo de este paquete de

²⁷⁵. En este sentido, puede verse el siguiente trabajo que comenta, sobre la base de un estudio de casos de escuelas privadas, la expansión de la educación privada en los países en desarrollo y sus “beneficios” para el sistema en su conjunto: Tooley, James (1999): *The Global Education Industry: Lessons from Private Education in Developing Countries*, Washington: IEA/IFC.

²⁷⁶. En efecto, la Relatora advirtió como ejemplo de ello, que los dos indicadores escogidos por el Banco Mundial para evaluar la infraestructura jurídica que sustenta su orientación hacia una economía basada en los conocimientos (y no en el capital) como la clave para el desarrollo económico sustentable y las mejoras en las condiciones de vida de las personas, han sido los derechos de los acreedores y los derechos de los accionistas. V. Banco Mundial (1999): “World Development Report 1998/99: Knowledge for Development”, Oxford University Press: Nueva York. Disponible en internet, <http://web.worldbank.org>, (fecha de consulta: junio 2011).

²⁷⁷. Respecto de la influencia que los organismos internacionales han comenzado a tener en el diseño e implementación de las políticas educativas de los países latinoamericanos, véase entre otros: Banco Mundial (1987): *Argentina. Reasignación de los recursos para el mejoramiento de la educación*, Washington, D.C.: Serie de estudios del Banco Mundial sobre países; Banco Mundial (1986): *El Financiamiento de la Educación en los Países en Desarrollo*, Washington, D.C.; Banco Mundial (1993): *Educación Superior: Lecciones de la Experiencia*, Washington, D.C.; Banco Mundial (1994): *Prioridades y Estrategias para la Educación*, Washington, D.C.; Banco Mundial – Grupo Especial sobre Educación Superior y Sociedad (2000): “El Buen Ejercicio del Poder”, en *Banco Mundial: La Educación Superior en los Países en Desarrollo: Peligros y Promesas*. Washington, D.C.; Banco Mundial (1999): *Education Sector Strategy*, Washington. Sobre un enfoque crítico de las recomendaciones del Banco Mundial en educación y sus consecuencias véase: Informe provisional de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 1999/25 de la Comisión de Derechos Humanos. Véase también las obras de la misma autora: Tomaševski, K. (2004): *El asalto a la educación*, Barcelona: Intermon Oxfam; y Coraggio, & Torres (1997): *La Educación según el Banco Mundial*, Buenos Aires: CEM/Miño y Dávila.

políticas fue reducir el tamaño del déficit fiscal, de la deuda pública, de la inflación, de las tasas de cambio y de las tarifas. En el largo plazo, el ajuste estructural estaría basado sobre la premisa de que la exportación (de bienes y servicios de cualquier índole) constituía la bisagra para el desarrollo.

Es en este contexto internacional donde cobra impulso el debate acerca de la educación como “servicio comercial” versus la educación como “bien público”. Debate que se plasmó en sus orígenes en el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS o GATT por sus siglas en inglés), promovido por la Organización Mundial de Comercio en abril de 1994 y que propuso la inclusión de los servicios en general, en las negociaciones del comercio internacional de la “Ronda Uruguay”.²⁷⁸

En septiembre de 1998, el secretariado de la OMC planteó la idea de que en la medida que los gobiernos aceptaran la existencia de proveedores privados en la educación, esta podía ser tratada como servicio comercial, y por lo tanto, debería ser regulada en el marco de la OMC. Bajo las premisas de la globalización, en 1999 dicho secretariado definió los servicios regulados por el AGCS y entre otros incluyó a la educación. En el año 2000 las

²⁷⁸. El acuerdo establece en su primer artículo que el comercio de servicios se define como el suministro “en el territorio de un (Estado) miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro miembro”; y asimismo, “por un proveedor de servicios de un miembro mediante la presencia de personas físicas de un miembro en el territorio de cualquier otro miembro”. Por otra parte, el término “servicios” comprende los proporcionados por “cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales”, precisándose que un “servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales” significa todo servicio que no se presta en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios. Finalmente, se define como “suministro de un servicio” a la producción, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio”. De este modo, parecería claro que bajo los términos de la OMC, la educación se ubica sin problemas en la categoría de servicio, ya que coexisten en ella una mezcla de prestadores privados junto con el Estado, por lo cual no caería en la única excepción prevista y por lo tanto, asume la calidad de un bien sujeto a las reglas del mercado. Bajo las reglas de la OMC y el acuerdo, como las negociaciones bilaterales se plantean sobre la base de solicitudes de acceso al mercado y respuestas de compromiso y solicitud de acceso por parte de otro Estado, pueden producirse intercambios entre estados en sectores diferentes. Ello supone que los compromisos que cada país asuma respecto a su sector educativo, pueden ser canjeados por la concesión de ventajas o la reducción de obstáculos hoy existentes, en la comercialización de otros bienes o servicios que al país le interesen. Una de las reglas quizás más inquietantes y más conocidas en este medio es la “norma del trato nacional” que requiere que un gobierno le de tratamiento igual o mejor a una compañía extranjera que a sus industrias nacionales. Bajo esta norma desde los subsidios a las becas y otras formas de ayuda financiera podrían ser definidos como “subsidios” discriminatorios e ilegales a favor de la industria nacional en el sector de la educación. El país tendría que dejar de subsidiar su sector o dar compensación a las compañías extranjeras. En el marco del acuerdo, los compromisos de liberalización asumidos por los países son vinculantes. Así, para que un Estado pueda “desliberalizar” un sector, el gobierno tiene que negociar con todos los miembros de la OMC y tiene dos opciones: abrir un sector de servicios diferente para reemplazar el que quiere cerrar, o pagar compensaciones monetarias a los otros miembros de la Organización. Por ejemplo, si un país ha privatizado su educación superior pero después quiere volver a colocarla en manos públicas –porque el sistema fracasa o la educación resulta insatisfactoria-, el país podría enfrentar demandas por compensación de beneficios perdidos por parte de las empresas que proveen educación privatizada (Tomasevsky, 2004: 376).

negociaciones para la liberalización de los servicios comenzaron oficialmente. Con posterioridad, en marzo del 2001, el Consejo de Comercio de Servicios estableció las directrices y procedimientos para las negociaciones y en noviembre del 2001, en la “Declaración de Doha”, se reafirmaron las directrices y procedimientos para las negociaciones y se fijaron fechas claves del calendario, incluyendo el plazo para la finalización de tales negociaciones. En junio del 2002 se concretaron las peticiones de acceso a los mercados por parte de Australia, Estados Unidos, Japón y Nueva Zelanda y, en marzo del 2003 los gobiernos elevaron las ofertas iniciales de acceso a los mercados nacionales. En septiembre de ese año se convocó la Quinta Conferencia Ministerial en Cancún, México cuyo rotundo fracaso derivó en un estancamiento de las negociaciones en la OMC en este punto.²⁷⁹

Así, el fundamento de base seguido para incluir a la educación en las negociaciones comerciales, fue asimilar la educación a un “bien transable” susceptible de “comercialización” y de ser regulado por acuerdos entre los Estados en el seno de la OMC.²⁸⁰ Dicha organización sostiene que el objetivo del acuerdo madre en materia de servicios es promover la liberalización gradual y progresiva del comercio mundial de servicios mediante la reducción y/o eliminación de barreras que frenan los intercambios, basándose en que ello constituye un medio para promover el crecimiento y el desarrollo social.

2.2 Los déficits de la concepción mercantilista de la educación. Conclusiones intermedias

Los planteos anteriores no han hecho sino realzar desde sus críticos la importancia de definir la naturaleza y alcance de una educación que debe mantenerse al margen del comercio y seguir configurándose como derecho. Recientemente en relación con esta preocupación y debate, el Relator Especial sobre el derecho a la educación (ONU) Vernor

²⁷⁹. Y que incluso en la última Conferencia Ministerial en Hong Kong en el 2005 no fue superado. Para más información en relación con la OMC y la educación pueden consultarse: Gentili, P; Frigotto G.; Leher, R y Stubrin, F. (Comps.) (2009): Políticas de privatización, espacio público y educación, Rosario: CLACSO/Homosapiens. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar>, (fecha de consulta: febrero 2012). V. también Armando Labra (2003): “El comercio de servicios de educación en el contexto de la OMC”, en *Perfiles Educativos* [en línea] 2003, XXV (fecha de consulta: 17 de noviembre de 2010) Disponible en: www.redalyc.uaemex.mx, Verger Planells, A. (2005): “Transformaciones globales y educación pública. El caso del Acuerdo General de Comercio de Servicios del OMC”, en *Aula. De innovación educativa*, N°41, mayo 2005, Barcelona: Grao.

²⁸⁰. El sector educativo en el marco del GATT está subdividido en cinco categorías: enseñanza primaria, enseñanza secundaria, enseñanza superior, enseñanza para adultos y otros servicios de enseñanza.

Muñoz expuso que la tendencia de mirar la educación como servicio “no se ha combatido con toda la fuerza que requiere” y ello ha acarreado consecuencias negativas en el ámbito internacional que resume en los siguientes puntos:

- “No se considera un derecho, esto en un sentido real y concreto. Hay constituciones que ni siquiera incorporan el derecho a la educación o que lo incorporan en condiciones precarias o que lo limitan a las condiciones de acceso. Así también tenemos accesos precarios, acceso a la educación pero sin maestros, sin libros de textos, sin materiales didácticos. O que la incorporan a medias sin incluir el componente gratuidad y obligatoriedad.”
- “La educación no es viable ni sirve para el desarrollo de políticas públicas sensibles a la dignidad y a los derechos de todas las personas. Y si no se considera la educación como un factor viable para diseñar y construir políticas públicas, se va seguir considerando también que los procesos de desarrollo son aquellos que nada tienen que ver con los procesos educativos [...].”
- “No permite construir el tipo de ciudadanía cuyos objetivos están claramente delimitados en la Convención sobre los Derechos del Niño, que indican que los fines de la educación no necesariamente existen para satisfacer las necesidades de los empleadores. Si bien es cierto que hay una relación entre la educación y el mejoramiento de las economías, la educación no se reduce a esos procesos. Ese tipo de ciudadanía sensible, preactiva y responsable sólo es posible de obtener mediante una educación basada en derechos humanos y en la construcción de la dignidad humana, que va más allá de esa lógica racionalista e instrumental que ha primado en la educación durante tanto tiempo.”
- “La educación puede ser suspendida, diferida o negada en cualquier momento. No hay ningún compromiso que vaya más allá de las posibilidades que un gobierno pueda tener en un determinado momento. No puede ser justiciable, exigida. Si no es desarrollada en términos jurídicos y en términos de derecho por la educación, tampoco puede ser exigida ante los estrados judiciales.”²⁸¹

Resulta claro así, resumir las consecuencias de la concepción “privatista” de la educación. En primer lugar, *se desvirtúa su naturaleza de derecho humano fundamental*. Desde la perspectiva de los derechos humanos la educación es un fin en sí mismo, y no un

²⁸¹. Véase Muñoz, Vernor (2008), “El derecho a la educación: su justiciabilidad” en *ADC: El litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación. Posibilidades y obstáculos*, Buenos Aires: ADC. La cursiva es nuestra.

simple medio. Sin embargo, algunos economistas definen la educación como una producción eficiente de capital humano y califican todos sus aspectos de derechos humanos como elementos exógenos. De este modo, el enfoque productivo de la educación vacía de contenido gran parte de su finalidad y de su sustancia. El criterio de capital humano moldea la educación en función exclusivamente de los conocimientos, las técnicas y la competencia que tienen utilidad económica, en detrimento de los valores de los derechos humanos y los fines y objetivos que promueve la educación desde el enfoque de derechos. Afirmó en este sentido la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katerina Tomasevsky en un informe: “la definición de la persona como capital humano diverge evidentemente de su definición como sujeto de derechos. La oposición entre los enfoques de derechos humanos y de capital humano se aprecia mejor en el caso de los niños con discapacidades físicas o de aprendizaje. Los primeros pueden verse excluidos de las escuelas porque, por ejemplo, la construcción de vías de acceso para las sillas de ruedas puede resultar demasiado onerosa; los segundos pueden quedar excluidos si se considera que la inversión necesaria para satisfacer sus necesidades de aprendizaje no tendrá una rentabilidad marginal suficiente”.²⁸²

En segundo lugar, bajo esta concepción *la educación pierde su valor como bien social* retrotrayéndose hacia una noción más acorde a la de bien privado, o a la de un bien que se produce en forma “autónoma” y cuyo acceso y prestación queda regulado exclusivamente por el mercado. Promueve una política centrada “en la demanda” y en la evaluación de los resultados con la máxima autonomía de las instituciones (públicas y privadas) para diseñar y ejecutar la oferta educativa de la población, lo que puede terminar en la ausencia de todo control público en la educación y de la fijación de contenidos básicos que eviten caer en particularismos o relativismos que sean contrarios a la educación como derecho fundamental.

Además, de esta forma *se desatiende cualquier reclamo de justicia distributiva*, en claro detrimento de los sectores más desaventajados de la sociedad, ratificando la desigualdad estructural existente, que termina por formalizar la segmentación escolar – a cada uno la escuela que corresponde a sus posibilidades económicas o de participación (Tenti fanfani, 2011: 92).

²⁸². Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Sra. Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos, párrafo 13. Véase asimismo anexo III, numeral 5.

La “comercialización” de la educación *conlleva casi de modo inmediato a desplazar la principalidad del Estado* en su obligación de financiamiento de dicho sistema, a una reformulación intolerable del principio de gratuidad y a sostener un mínimo de regulación pública. Implica una enorme regresividad en términos del reconocimiento del derecho, con la subsiguiente reducción de la gama completa de obligaciones que se derivan para el Estado; entre ellas la amenaza de su concreto desfinanciamiento y desvalorización como política pública prioritaria. En suma, abre paso al nuevo rol de la “subsidiariedad” del Estado y a las drásticas consecuencias que ello genera en los alcances y contenidos de la educación tal como lo hemos visto en las páginas anteriores y de cuyos resultados prácticos es posible observar en las estadísticas de muchos otros países que permitieron esta mercantilización.²⁸³ Muchas veces incluso las inequidades producidas se “naturalizan”, y se requiere de un esfuerzo mayor en el reclamo de la ciudadanía y en la acción de las instituciones para revertir sus efectos y propugnar un cambio en el sentido deseado.

Este conjunto de déficits apoyan nuestra posición sobre la necesidad de descartar cualquier nota de comercialidad en el sostenimiento de una noción de la educación como derecho fundamental. Esto no resulta incompatible en principio con la existencia y participación de particulares en la prestación del servicio, y en la medida que no se olvidase que el objeto de tal prestación es mucho más que un bien transable, ya que en esa prestación se pone en juego el aseguramiento de un derecho constitucional.

En este sentido, quizás sea de gran utilidad volver atender a la experiencia chilena, donde el modelo educativo de cuasi mercado que tuvo su génesis en un contexto extremadamente liberal y autoritario, hoy está dando muestras de profundas grietas y desgaste.²⁸⁴ Hoy se reproducen cada vez con mayor fuerza las protestas estudiantiles de quienes reclaman del Estado una educación pública, gratuita y de calidad y que se prohíba

²⁸³. Uno de esos casos es el de Malawi, donde a fines de los 80', la educación fue dejada al libre mercado: las familias y particulares debían pagar los servicios públicos, de otra manera estos servicios o no estarían disponibles o su calidad se tornaría inaceptable. Lo que ocurrió es que pese a la disposición de los padres, su falta de poder adquisitivo no podía crear demanda. El aumento paralelo de las cuotas escolares derivó en un descenso brutal de las matriculaciones. Véase Tomaševski, K (2004), ob. cit.

²⁸⁴. El caso chileno ha sido uno de los modelos más acabados de una modalidad de prestación de la educación basada en la demanda a través del sistema de bonos. En ella los gobiernos permiten a los estudiantes pagar la escuela de su elección, o pagan ellos directamente la escuela elegida. El monto de los pagos suele corresponder a los gastos de admisión y/o matrícula. Los principios en que se fundamentan los bonos escolares son el fomento de la elección por parte del “consumidor” (en este caso los padres) y una supuesta ampliación de las posibilidades de elección mediante la competencia entre las escuelas. Otra motivación, aunque implícita, es el deseo de someter a las escuelas públicas a la competencia, para contrarrestar la percepción de que monopolizan la instrucción. V. Tomasevsky, 2003: 20.

el lucro en la educación privada. Sólo el 25% de la educación es financiada por el Estado en Chile, dependiendo el porcentaje restante del financiamiento de los aportes de los estudiantes. La gratuidad existe básicamente sólo en el nivel primario, los institutos secundarios (públicos y privados) se encuentran autorizados a cobrar “cuotas” y todas las universidades son aranceladas (Redondo, 2007). Bajo este marco, la distribución social del conocimiento y aprendizaje exhibe una estructura altamente estratificada e inequitativa: la educación se transforma en un sistema de reproducción de desigualdad, con fuertes problemas de acceso y democratización (Redondo, ob. cit.).²⁸⁵

Una creciente privatización de la educación como en los casos concretos verificados (el sistema argentino en los noventa y como aún el chileno actualmente) ha dado señales de su ineptitud para sostener mejoras observables en los indicadores básicos (calidad, repitencia, abandono, acceso y permanencia, entre otros), provocando una estricta segregación por clase y demostrando claramente que no existe solución universal posible a los problemas educativos por el “efecto derrame o chorreo”, que impacte positivamente en el largo plazo sobre el promedio agregado de la educación.

Si sostenemos la educación como derecho fundamental, entonces cualquier sesgo mercantilista – en tanto entre en tensión con algún principio o contenido del derecho a la educación basado en un enfoque de derechos humanos según veremos – debe ser abandonado.

3. Educación y servicio público. Introducción

Una vez criticada la concepción de la educación como mero bien privado, hemos comentado en la introducción de este capítulo que es también necesario, a los fines de nuestro trabajo, indagar en las otras concepciones posibles de la educación, pero que se expresan en principio ya libres de mercantilización: la educación como servicio público y la educación como derecho fundamental.

En principio, es posible decir que varios puntos en relación con la concepción de la educación como derecho pueden converger de buen grado en el análisis de la educación

²⁸⁵. Un claro análisis de la crítica que merece el sistema chileno desde un punto de vista de la educación como derecho ha sido abordado por el Fernando Atria en su obra *La mala educación. Ideas que inspiran el movimiento estudiantil en Chile* (2012, Santiago de Chile: Catalonia). Un resumen de este trabajo titulado “10 lugares comunes falsos sobre la educación chilena” puede verse en el siguiente sitio web: <http://www.uai.cl/columnas-de-opinion/10-lugares-comunes-falsos-sobre-la-educacion-chilena-y-una-propuesta-para-hacerlos-verdaderos>, (fecha de consulta junio de 2012).

como servicio público. Por esta razón, consideramos conveniente formular algunas caracterizaciones previas en tal sentido. Esto nos permitirá luego advertir que *algunos resabios de esta concepción de servicio público dificultan percibir a la educación como derecho fundamental* en sus múltiples funciones de derecho de defensa, de prestación y de organización y procedimiento. Estas advertencias ayudan a no relajar la mirada respecto de los niveles de cumplimiento que deben satisfacer las obligaciones estatales que surgen de la educación en tanto derecho fundamental.

3.1 Sobre la conceptualización de la noción de servicio público

A menudo, se suele escuchar que la definición de servicio público constituye uno de los términos más difíciles de precisar dentro del derecho administrativo.²⁸⁶ Una aproximación hacia el marco conceptual del servicio público ameritaría sin duda un trabajo aparte, desde que existen diversas definiciones según se haga hincapié en una presencia estatal que asuma la titularidad de la actividad, o donde la nota definitoria resida fundamentalmente en la naturaleza de la actividad de interés general o público, o bien en el régimen jurídico aplicable y en la regulación presente entre el Estado y quienes prestan el servicio.²⁸⁷

²⁸⁶. Para un estudio más profundo y pormenorizado sobre la configuración histórica de la noción de servicio público y de las teorías que se han esgrimido puede verse: Zegarra Valdivia, D. (2005): *El servicio público. Fundamentos*, Lima: Palestra Editores. Asimismo: Mairal, H. A. (1993): “La ideología del servicio público”, en *Revista de Derecho Administrativo*; Año 5, N° 12-14, Buenos Aires: Depalma. También: Pérez Sánchez, L.R. (1998): *Servicio Público. Técnica de protección al usuario*, Bs. As.: Abeledo Perrot.

²⁸⁷. Esta disparidad de concepciones aconseja que, más que asumir una de esas múltiples visiones del servicio público, individualicemos algunos significados básicos que importantes juristas han asociado a dicho término, para contrastar cuál es la posición en que se encontraría la educación respecto de ellas. Esta nos parece la perspectiva más adecuada, dado que este estudio no pretende convertirse en una investigación dogmática sobre el servicio público, sino que se trata simplemente de clarificar algunos aspectos básicos vinculados con la educación (como por ejemplo cuál es el grado de responsabilidad que pesa sobre el Estado en la prestación o garantía del servicio educativo), lo que requiere la utilización de este concepto de forma instrumental. En este sentido, Linares (1986) señalaba que en nuestro medio los tratadistas han oscilado entre un concepto muy amplio y un concepto muy restringido. Linares por ejemplo, se enrola en un criterio restringido que definía como “la prestación obligatoria individualizada y concreta de cosas y servicios, para satisfacer necesidades colectivas y primordiales de la comunidad, ya directamente por la Administración, ya por medio de particulares: en ambos casos bajo un régimen de derecho público” (Linares, 1986: 509). Por otra parte, desde un criterio funcional más amplio Marienhoff (1993: 55) involucraba en la noción de servicio público a “toda actividad de la Administración Pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general de cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal. Bielsa (1964: 470) enmarcado en un criterio mixto, sostuvo como servicio público “toda acción o prestación realizada por la Administración Pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía”. Así también hay quienes proponen la supresión de nociones

Sin embargo, existe cierto consenso en torno a los caracteres de la prestación, en particular respecto de la obligatoriedad, uniformidad, generalidad, continuidad y regularidad de la actividad (Balbín, 2011; Zegarra Valdivia, 2005; Mairal, 1993; Marienhoff, 1993; Linares, 1986, entre otros). Veamos más en detalle alguno de estos caracteres.

- Se trata en principio de una prestación *obligatoria*: este es uno de los factores básicos y más definatorios del servicio público, desde que puede afirmarse que las restantes notas pueden ser entendidas como consecuencias de dicha obligatoriedad (Mairal, 1993). Ella se entiende en el sentido que la prestación de dicho servicio tiene que ser obligatoriamente realizada por el prestador. Es decir, cuando se habla de obligatoriedad como nota característica, nos referimos al deber que pesa sobre quién debe realizar o prestar el servicio; no a la obligación del usuario de utilizar el servicio, pues no todos son de utilización obligatoria.²⁸⁸ Se reconoce paralelamente que esta prestación genera como contrapartida al usuario ya admitido derechos subjetivos.
- Otro de los caracteres está dado por la *continuidad*, puesto que el servicio no puede ser interrumpido. Dicho atributo no debe ser entendido siempre de manera “absoluta” o constante; en algunos casos puede ser ésta relativa, como en el propio servicio educativo, que funciona y se presta durante una parte del año. La continuidad dependerá de la índole de la necesidad a satisfacer; lo que se pretende es que siempre que exista la “necesidad”, o tan pronto ésta aparezca, el servicio público sea prestado de inmediato. La continuidad lleva consigo la *permanencia*. Como consecuencia de ello, el que presta el servicio no debe efectuar ningún acto que pueda comprometer, no sólo la eficacia de aquél sino su continuidad (Marienhoff: ob. cit.: 68).
- En relación con este carácter se halla la *regularidad*. Esta le atribuye al servicio la necesidad de que sea prestado o realizado de conformidad con las reglas, normas o condiciones preestablecidas.
- El servicio también debe cumplir con el requisito de *igualdad* o *uniformidad*, aspecto que implica naturalmente el derecho de todos los habitantes a exigir y

esenciales de servicio público, en tanto puede denominarse “servicio público” a una actividad cualquiera después que el derecho público la ha regulado (Gordillo, 2009: VI: 48).

²⁸⁸. Sin embargo, respecto de la educación primaria básica, lo obligatorio convergería en ambos sentidos. V. para su desarrollo, capítulo IV, numeral 3.

recibir el servicio en igualdad de condiciones. La igualdad de trato que debe dárseles a los habitantes en la utilización del servicio público es corolario del principio fundamental de igualdad formal. Pero en materia educativa veremos que los contenidos vinculados con la idea de igualdad son muchos más profundos y extensos en su connotación e implicancia reales. Ello es así en tanto se exige un análisis conjunto de la igualdad real de oportunidades de algunos grupos o personas que se encuentran en una situación de desventaja estructural, material o simbólica, que puede afectar severamente el acceso y las condiciones bajo las cuales pueden educarse.

- Finalmente, el servicio público debe ser *general*, pues debe alcanzar y poder ser utilizado por todos los interesados en él, de acuerdo con las normas que lo rijan. Esto en el caso de la educación se asocia con la nota de disponibilidad.²⁸⁹

Ahora bien, parecería existir cierto consenso en ubicar tradicionalmente a la educación básica – y con especial énfasis a la educación primaria – en el marco de los servicios públicos (Marienhoff (1993), Linares (1986), Citara (1995), Mairal (1993) entre otros).²⁹⁰ En verdad, el servicio público ha aparecido como la “figura” por medio de la cual el Estado hace su intervención (fundamentalmente a partir de la Revolución Francesa) en su

²⁸⁹. Véase en este sentido, el capítulo IV, numeral 3.1 y 3.2. También llegados a este punto, es importante clasificar el tipo de servicio público involucrado en esta prestación, para lo cual nos valdremos de las siguientes clasificaciones. Una primera clasificación aborda el tema de la “esencialidad” del servicio, distinguiendo según la intensidad o importancia de las necesidades que satisfacen. Sin perjuicio del valor de esta clasificación, existen pocas dudas acerca de considerar a la educación básica como un servicio público esencial, puesto que no sólo cubre una necesidad fundamental del individuo sino que no resulta posible concebir un correcto funcionamiento de un Estado moderno sin ella. Por ello, para el caso de la educación la obligación del Estado de prestar el servicio surge, como vimos, explícitamente del texto constitucional. Una segunda clasificación, importante a nuestro fin, propone la división de los servicios en función de la posibilidad de individualización concreta y particular del usuario, al prestarse el servicio. Así, los servicios como “*uti universi*” son aquellos en que el usuario es indeterminado; en este caso la utilidad que él reporta es genérica, lo recibe población en general, mientras que el supuesto de los servicios “*uti singuli*” prevé un sujeto determinado, que se beneficia particularmente con la prestación. En materia de educación, el servicio pese a encuadrarse bajo el último supuesto citado, los gastos de organización y funcionamiento son cubiertos (fundamentalmente en el sector público pero también parcialmente en el sector privado subsidiado) mediante el impuesto, excepción que se justifica en función del interés social que éste merece (en vez de ser soportado como todo servicio *uti singuli* total o parcialmente por el individuo de modo particular y a fin de no perjudicar a quienes no utilizaren dicho servicio).

²⁹⁰. En España, el tema es objeto de múltiples análisis desde que su Ley General de Educación prevé expresamente su calidad de servicio público. Un reflejo sobre las líneas del debate existentes puede verse en los siguientes trabajos: Martínez-Ruano, P. (2011): “La configuración constitucional del Derecho a la Educación”, en *European Journal of Education and Psychology*, Vol. 4, N° 2; Rodríguez Amunátegui, C. (2004): “La enseñanza como servicio público”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N° 7 - 2do. semestre 2004, Madrid: UNED y Rebollo, L. M. (2008): “Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras”, en Cienfuegos Salgado, D y Rodríguez Lozano, L. G: *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, México: UNAM.

preocupación por la educación de los ciudadanos, mediante la instauración de un sistema educativo estatal, organizado y controlado por éste (Puelles Benítez, 1993; Zuluaga Garcés, 2007). El consenso antedicho no se extiende pacíficamente en relación con los denominados “servicios públicos impropios” entre los que cabría la educación privada, es decir, cuando el servicio educativo es prestado por particulares – sin perjuicio de la intensa reglamentación a que tales prestadores están sujetos.²⁹¹

Agrega un factor de confusión más la aparición de los llamados “servicios sociales”. Autores como Balbín (2011) insisten en efectuar una distinción entre “servicios públicos” y “servicios sociales”, ubicando en principio a la educación dentro de éstos últimos. Este autor sostiene que los servicios sociales son aquellos que deben ser prestados por el Estado, sin perjuicio de la participación concurrente de terceros; y que se encuentran destinados a satisfacer de modo directo derechos básicos y fundamentales. Estos servicios están apoyados en criterios de solidaridad y protección social (Balbín, ob. cit.: 610). Los servicios públicos, por otra parte, son definidos por este mismo autor como “servicios que el Estado debe garantizar pero puede abstenerse de prestar, de modo que no es necesario

²⁹¹. Puede entenderse por servicio público “propio” al que es prestado por el Estado, directamente por intermedio de sus órganos centralizados, o indirectamente a través de una entidad autárquica o un particular sujeto al régimen de concesión. Por su parte, quienes sostienen la existencia de un servicio público “impropio” refieren a los casos en que la prestación está a cargo de un particular, de acuerdo a disposiciones reglamentarias establecidas por la Administración Pública y sobre la base de una licencia o autorización según el caso. Esta clasificación resulta crucial para el análisis de muchos aspectos del régimen del servicio público, en particular en relación con la creación y supresión, organización, retribución y gestión del servicio público, entre otros puntos. Algunos autores califican los institutos de enseñanza privada claramente como servicios públicos impropios debido a la fuerte presencia de un “interés público” en tal actividad privada que obliga al Estado a someterla a un régimen especial de poder de policía. Véase Linares, Juan (1979): “Concepto y definición de servicio público”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo* N° 19. Buenos Aires. Asimismo, véase Fernández Ruiz, 2002. También Marienhoff (1993) adhiere a la existencia de servicios públicos impropios, desde que sostiene la tesis de que ciertos servicios públicos propios que el Estado presta por sí, son también prestados simultáneamente por los particulares, quienes contribuyen a prestar el servicio dando lugar a lo que se conoce como “colaboración de los particulares con la Administración en la prestación de los servicios públicos”. Particularmente, en materia educativa se observaría de este modo una colaboración por “actividad paralela”, que es aquella que se produce cuando el particular o administrado realiza una actividad de beneficio general que el Estado ya tomó a su cargo con el carácter de servicio público (Marienhoff, ob. cit.: 196). Por lo tanto, el particular no puede realizar esa actividad por su propia y exclusiva resolución y sin intervención de los poderes públicos. Liga a éste con el Estado una relación reglamentaria sobre la base de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución. Si bien el colaborador ejerce una actividad en nombre propio, dado que desarrolla una tarea de interés del Estado, a fin de conservar la unidad en sus funciones, este último se reserva facultades tales como la necesidad de autorización previa de la institución admitida para colaborar, seguida de un control y vigilancia para mantener la colaboración dentro de los límites debidos. (Marienhoff, ob. cit.: 200). Entre quienes niegan la noción de servicios públicos impropios figuran el administrativista Marial que expresamente excluye (al hacer desaparecer la nota característica de la “*publicatio*” en la definición de servicio público), en materia de enseñanza la calificación de servicio público cuando los prestan los particulares (Mairal: 1993: 432). En igual sentido, véase Sendín García (2006).

que el Estado preste tales servicios con carácter exclusivo o concurrente. [...] Este servicio de contenido económico reconoce derechos instrumentales, según el criterio del propio Legislador, y permite hacer más ciertos los derechos fundamentales” (Balbín, ob. cit.: 611). Agrega finalmente que estos servicios tienen un carácter retributivo (pago de un precio justo y razonable) lo que permite distinguirlos claramente de los servicios sociales (Balbín, ob. cit. 648).

La discusión conceptual aquí sumariamente reseñada aún puede complejizarse si se analiza el rol y la acción del Estado en el derrotero histórico de los procesos de nacionalización-privatización que se han sucedido en las diversas actividades tanto en el sector económico como por fuera de él, y en el que la educación también ha quedado comprendida conforme hemos visto en el *capítulo II*.

3.2 La educación como derecho fundamental versus la educación como servicio público

Bajo este marco, la noción de servicio público aplicada en materia de educación puede aparecer un tanto “incompleta” en términos de asegurar la mayor garantía al derecho en cuestión por los siguientes argumentos. La idea de servicio quita “subjektivación” a la persona que se educa, en el sentido de que no existe una relación explicitada con el sujeto de aprendizaje, quien en el mejor de los casos aparece como un mero usuario. De este modo, parece perderse la función de construcción de ciudadanía que tendría la educación.²⁹²

Esta concepción enfatiza un carácter de la educación más asistencial que de derecho, desincentivando la apertura de mecanismos de participación o de instancias de reclamos

²⁹². No puede haber una nueva institucionalidad a favor de una lógica de derechos sin un fuerte compromiso social indispensable para incidir en la toma de decisiones de los gobiernos. Este compromiso si bien pone énfasis en determinados actores de la sociedad civil, la abarca sin embargo a toda ella en su conjunto, pues no existen posibilidades de propender a una significativa ampliación de los derechos *si la ciudadanía no puede constituirse como actor político* que contrabalancee el poder de la burocracia y la controle efectivamente. Esta es quien debe así demandar, exigir y vigilar en último término para inculcar dentro de las instituciones políticas y sociales el reconocimiento y cumplimiento de derechos. Como señala Pogge “el compromiso de la ciudadanía es más fiable que el compromiso del gobierno, cuyos miembros pueden cambiar de un día para el otro. El primer compromiso contribuye a promover el segundo. El compromiso ciudadano también ayuda a evitar que se den casos en los que la impotencia y la indiferencia, es la que hace que un gobierno se cruce de brazos ante las violaciones de los derechos de terceros llevadas a cabo por grupos organizados de sus ciudadanos”. Sobre esta base finalmente sostiene que “la constitución de un país, su sistema jurídico y político, y las actitudes de sus políticos, sus jueces y su policía no es todo lo que sostiene el respeto duradero de los derechos humanos. Dicho respeto halla sus más profundos cimientos en las actitudes de la gente, actitudes que son también moldeadas por el sistema educativo y la distribución del poder económico” (Pogge, 2005: 88).

más allá de lo administrativo o reglado, pues la ciudadanía parece constituir sólo un destinatario o beneficiario mayormente pasivo frente a la provisión del servicio.

Estas insuficiencias se asocian con el hecho de que a menudo, la idea de servicio público hace hincapié más en el “deber” del Estado, como función típica que a éste le compete ejercer, que en la idea más amplia de garante del derecho fundamental del individuo.²⁹³ En suma, el derecho subjetivo parece disolverse en un mero deber objetivo del Estado que deriva del ordenamiento jurídico que regula la provisión del servicio. A este deber no le quedan adscriptos derechos constitucionales concretos.

Además, bajo el régimen del servicio público, la relación del Estado con el administrado, (cuando el servicio *uti singuli* es prestado directamente por aquel primero como en la enseñanza primaria y secundaria) se desenvuelve en el marco de un régimen de derecho público, de carácter reglamentario. Así el Estado puede hacer valer prerrogativas que no sean compatibles con una debida protección y cumplimiento hacia las posiciones del derecho a la educación como derecho fundamental. Mientras que en cuanto dicho servicio, sin perder su nota de “propio”, es prestado por otros colaboradores con la Administración (es decir agentes e instituciones privadas) pese a los controles – a menudo flexibilizados en algunos contextos como producto de la desregulación y privatización –en muchos casos se apela erróneamente a fundamentar la relación de quien presta el servicio y quienes lo utilizan bajo un esquema evidentemente contractual de derecho privado. En suma, en ambos casos (reconocer una naturaleza reglamentaria o de autonomía contractual) también puede llevar a que se desconozca el catálogo básico de contenidos del derecho a la educación como derecho fundamental, así como alterar sensiblemente las condiciones de su exigibilidad administrativa o judicial.

A esta reflexión, puede sumársele el siguiente marco de tensiones. En efecto, no siempre ambas nociones (derecho a la educación y servicio público) se encuentran avanzando en la misma dirección. Uno de esos cruces tiene lugar en las situaciones de

²⁹³. Según Abramovich (2004: 36) “la ampliación de funciones sociales del Estado [...] no necesariamente se ha traducido, desde el punto de vista técnico, en la configuración concreta de derechos. En muchos casos, el Estado asumió esas funciones a partir de intervenciones discrecionales o de formas de organización de su actividad – como la provisión de servicios públicos [...] – cuyo efecto social y económico no se asigna particularmente a sujetos titulares de derechos, sean éstos individuales o colectivos”. Lo que sucede en muchos casos es que el Estado ha subordinado a su propia discrecionalidad y al manejo clientelista las prestaciones o intervenciones que las Constituciones o pactos de derechos proyectan como derechos. Véase también Ferrajoli Luigi (2003): “Estado social y Estado de derecho”, en Abramovich, V; Añón M.J. y Courtis C. (comps.): *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara: México. Pág. 11-21.

conflicto docente y huelgas que, mientras por un lado, afectan el desarrollo de las clases y los consiguientes derechos a la educación de los alumnos (poniendo en juego la responsabilidad paralela del Estado por asegurar una cantidad de días de clases mínimo por ejemplo), por el otro, se yergue el derecho constitucional de huelga de los trabajadores docentes así como sus derechos a condiciones dignas de trabajo.²⁹⁴

Dicha tensión se evidenció en el año 2010 cuando ocurrió un conflicto docente en la provincia de Neuquén, principalmente a partir de un reclamo de recomposición salarial entre otros puntos, que se extendió por cerca de doce semanas luego de los primeros días

²⁹⁴. En un informe la Relatora Especial para el Derecho a la Educación sostiene que uno de los problemas que existen en el reconocimiento de los derechos humanos de los profesores es a menudo su calificación como funcionarios y/o agentes públicos, lo que deriva en muchos casos en la denegación de sus libertades sindicales y la denegación del derecho de huelga a través de la definición de enseñanza como servicio esencial. También agrega que el Comité de Libertad Sindical de la OIT (272 Informe, Caso N° 1503 (Perú), párr. 117) ha rechazado sistemáticamente las afirmaciones de que la enseñanza es un servicio esencial y, por lo tanto, que los profesores no tienen derecho a huelga. Señaló que el derecho de huelga sólo podría ser objeto de restricciones e incluso prohibido con respecto a la función pública, siendo funcionarios públicos aquellos que actúan como órganos del poder público, o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población). Véase Informe provisional de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 1999/25 de la Comisión de Derechos Humanos, párr.44. En este orden, la calificación de “servicio público esencial” en nuestro ordenamiento se regula conforme la ley 25877. Si bien dicha norma, sancionada en 2004 establece en su artículo 24 que serán considerados esenciales “los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo”, deja abierta la posibilidad de discusión sobre la aplicabilidad de dicha categoría a la educación cuando establece que “una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos: (a) cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; (b) cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”. En el año 2001, el entonces Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos sancionó la resolución 480 que calificaba a la educación como “servicio esencial” en el período de la escolaridad obligatoria y establecía (amparada en el Decreto PEN 843/00 que reglamentaba el derecho a huelga para los servicios esenciales) una serie de “servicios mínimos” que deberían garantizarse en el caso de una huelga docente: (a) el funcionamiento de los comedores escolares; (b) el dictado de la cantidad de días de clases en el año, determinados por el calendario escolar obligatorio de cada jurisdicción; (c) mantener abiertas las escuelas, garantizando una guarda mínima, para que los padres puedan dejar a sus hijos en ellas con seguridad. En la jurisprudencia local, puede citarse el fallo “Sindicato Argentino de Docentes Particulares c. PEN”, perteneciente al Juzgado Nacional de 1° Instancia del Trabajo N° 69 (2001) (La Ley 2002-C, 306) donde dicho tribunal admitió la acción de amparo interpuesta y admitió la medida cautelar a fin de que el Ministerio de Trabajo se abstenga de aplicar lo dispuesto por la res. 480/01. Argumentó que “la calificación de la educación como servicio esencial efectuada por el Ministerio en abstracto de modo general para todos los casos y todos los conflictos, constituye una irregularidad en tanto en sus propios considerandos alude a circunstancias particulares relativas a la “extensión indeterminada en el tiempo de huelgas docentes”, que por su carácter circunstancial no podrían justificar una norma general, inaplicable cuando tal situación -en el caso, el actor programaba un paro nacional de 24 horas- no se configura”. Dicha decisión fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que en el 2002 declaró la inconstitucionalidad de ambas normas.

del comienzo del ciclo de clases. Estando empantanadas las negociaciones entre el gobierno provincial y el sindicato ATEN (Asociación de Trabajadores de la Educación de Neuquén), el poder ejecutivo local dictó un decreto (735/10) declarando la educación como “servicio público esencial” y conminándose a que en los establecimientos educativos se diera cumplimiento a la jornada educativa en todos los niveles y en todas las modalidades del sistema, en un 50% del dictado de las clases como mínimo, y del 100% en el caso de tratarse de establecimientos educativos especiales, escuelas-hogar, albergues y comedores escolares. Sobre esta medida, la secretaría de trabajo de la provincia dispuso la ilegalidad de la huelga, ordenando el levantamiento del paro y disponiéndose de las consecutivas sanciones previstas en el decreto para quienes no cumplieran con dicha norma. Ante estas medidas, lejos de poner fin al conflicto, los sindicatos docentes locales, regionales y nacionales reaccionaron reforzando la protesta y elevando diversas denuncias ante la justicia local y organismos internacionales como la OIT sosteniendo, entre otros argumentos, la ilegalidad de la restricción impuesta al derecho de huelga y afirmando el carácter de la educación no como un servicio público sino como un bien social y un derecho.

Así pues surgen de este análisis una serie de reflexiones: ¿la noción de servicio público implicó un reconocimiento mayor del derecho a la educación o fue utilizada como un instrumento de dominación para acallar las voces del reclamo de los trabajadores docentes sobre las condiciones de trabajo y la situación de las escuelas? ¿La idea de servicio reforzó o alejó la asunción de responsabilidad del Estado en la materia? ¿Contribuyó a la exigibilidad del derecho? Y en su caso ¿de cuáles? Puede sospecharse que en el caso los argumentos fueron manipulados de manera de construir una tensión entre el derecho a la educación de los niños y el derecho a una mejora salarial de los docentes, de modo tal que en el conflicto, se diluyera o quitara del escenario el incumplimiento (total o defectuoso) de las obligaciones estatales causantes del conflicto. Este tipo de situaciones a menudo plantean un “dilema falso” que desvirtúa severamente el debate y el eje por donde corresponde analizar las situaciones. En el caso particular, las autoridades colocaban a los maestros como el enemigo de la educación pero no se avanzaba más que de su obsecuencia a la protesta o al paro. Basta con analizar seriamente lo que ha ocurrido con la situación docente en la Argentina para también formular otras preguntas tales como: bajo condiciones de bajos salarios, pérdida de su estatus social y escaso reconocimiento profesional, ¿Qué se espera? ¿Qué no haya protestas y conflictos?

Traer la idea de servicio público debe “sumar” a la realización del derecho a la educación y no entrar en contradicción con éste. Apelar a esta figura del servicio público exclusivamente con el objeto de impedir paros docentes (que no sólo puedan tener lugar como consecuencia de conflictos salariales sino también como medio para denunciar serios incumplimientos en infraestructura o prestación del servicio educativo por parte del gobierno), aparece en este sentido como un punto que debe ser seriamente cuestionado. A su vez, calificar la educación como servicio público a este solo efecto, desconociendo o no asumiendo las obligaciones estatales que se requieren para una educación que responda a los parámetros constitucionales, carece de todo valor y legitimidad. Es allí donde con mayor claridad se observa la “insuficiencia” de una concepción de servicio público que se defina y caracterice con prescindencia o por fuera de un enfoque basado en una concepción de derechos fundamentales.

3.3 Conclusiones intermedias

Una gran parte de la doctrina contemporánea tiende a reconocer que, pese a que la noción de “servicios públicos” ha cumplido un papel muy importante en la conformación de las funciones del Estado moderno y del desarrollo social y económico, hoy esta categoría jurídica ha perdido parte de su relevancia. (Meilán Gil, 2005; Migallón Serrano, 2008; Rebollo, 2008; Gordillo, 2009). Esto se debería, primero, a que en un contexto internacional de economías de mercado, liberalización, privatización, desregulación y globalización, el concepto de servicio público como actividad administrativa y de obra pública ha perdido espacio con el avance de los sectores privados en las más variadas ramas de las actividades que puedan considerarse de interés público. En segundo lugar existe un consenso en el reconocimiento de que la satisfacción de ese interés general o de las demandas de la sociedad no requeriría ya de un régimen especial de derecho público o de una titularidad estatal exclusiva o cuasimonopólica sino que bastaría una regulación pública de la actividad relevante.

Desde nuestra posición si bien hoy es posible cuestionar la utilidad de la noción de servicio público como técnica jurídica, sí por el contrario puede ser útil al menos, mantener en claro la idea finalista que presupone. Ella se asocia con la necesidad de reconocer, por un lado, *el carácter social o colectivo de la necesidad* que a través del servicio se satisface así como la *importancia y protagonismo del Estado que se requiere, figurando como principal actor responsable* de la prestación (o control) de las acciones

requeridas para la promoción de los servicios en juego. En este último sentido, el concepto de “servicio público” pone un freno al avance deliberado de los procesos de desregulación y privatización, que en el caso de la educación, llevan a esta a desplazarla hacia una concepción de bien de mercado. A la par, evita el corrimiento del Estado hacia un rol meramente subsidiario en su sostenimiento. En este orden de ideas, la noción de servicio público acierta en remarcar la responsabilidad estatal que en el marco de la educación, no se apoya sólo en un derecho de libertad (libertad de enseñanza-no intervención-reglamentación) sino también en un *derecho de prestación*, de donde surgen obligaciones positivas para los poderes públicos. Parece conforme veremos en el siguiente capítulo que una intervención del Estado es fundamental para conseguir determinadas características de la educación como derecho fundamental, en particular aquellas vinculadas con cuestiones de calidad e igualdad educativa y formación ciudadana.

Sin embargo, la concepción de servicio público parece no ser adecuada para garantizar el derecho a la educación en todos sus alcances. En este sentido algunas preguntas se alzan con inquietudes tales como: ¿alcanza suficientemente esta concepción para proteger la multiplicidad de manifestaciones y contenidos educativos? ¿Deja aún un margen de apreciación, al legislador o a la autoridad que regula sobre el servicio educativo, demasiado amplio o discrecional de modo que pueda ser incompatible con – o bien desconocer – los pisos básicos del derecho a la educación como derecho fundamental (en términos de obligaciones improrrogables y progresivas)? Y por último, ¿es conveniente que la cobertura y las condiciones educativas dependan exclusivamente de la extensión y del alcance que el Estado determine mediante normas o reglamentaciones sólo vinculadas con el argumento del servicio público?

El reconocimiento de la educación como derecho fundamental significa una medida mayor de realización y garantía de los contenidos presentes en el derecho a la educación que aquella que promueve los principios y caracteres básicos del servicio público. Asimismo, la concepción de derecho fundamental invierte la óptica desde la cual se analizan las condiciones de prestación del servicio educativo. No está puesto el énfasis en la figura del Estado como agente que presta el servicio sino en el sujeto que lo recibe y bajo qué condiciones. Es decir, el derecho a la educación como derecho fundamental impone mucho más que el establecimiento de meros mandatos objetivos. La subjetivación presente en la noción de derecho fundamental barre con el carácter discrecional de la prestación del servicio educativo, además de que ubica en el centro de la escena a la persona o grupos de

personas como sujetos activos, titulares del derecho. Estos se encuentran así más legitimados para tanto una mayor participación en la determinación de las políticas públicas – y con ello la posibilidad de que las prestaciones sean más eficaces – así como para exigir – en el ámbito administrativo y judicial - las prestaciones necesarias que les permitan acceder y ejercer las posiciones jurídicas garantizadas en el derecho a la educación.

Así, la “subjetivación” de la relación del derecho permite reconocer primero, el contenido de ese derecho como un atributo o facultad exigible que le corresponde al sujeto por su calidad de tal y que en ese sentido es respaldada por el ordenamiento jurídico del Estado. Más adelante veremos cómo podría operar esta subjetivación en cabeza de un grupo o un colectivo de personas.²⁹⁵ En segundo lugar, el derecho subjetivo permite concebir la obligación relacional en torno a la cual cobra sentido tanto la idea base de la noción de servicio público desde una caracterización constitucional cuanto la idea misma de derecho fundamental: al derecho del individuo le corresponde siempre un deber, una obligación correlativa que obligue a otro a hacer o dejar de hacer algo.²⁹⁶ Analizaremos seguidamente las implicancias de esto.

4. Derechos humanos, derechos subjetivos y derechos fundamentales

Puesto que hemos argumentado que la perspectiva de la educación, como bien económico es inadecuada, y como servicio público resulta incompleta, es tiempo de desarrollar una concepción superadora de la educación basada en un enfoque de derechos

²⁹⁵. Nos remitimos en este punto al capítulo IV, numeral 7.1.

²⁹⁶. Esta afirmación no vale en un sentido contrario. Ello porque en un orden jurídico es posible encontrar obligaciones jurídicas que imponen deberes a las autoridades sin que por ello exista paralelamente un derecho subjetivo en cabeza de los beneficiarios a exigir el cumplimiento de los mencionados deberes (Arango, ob. cit.:12) dando lugar a “meras” normas objetivas por carecer de dicho contenido subjetivo (Alexy, 2008: 400). Un caso típico de este tipo de deberes puede encontrarse entre los propósitos que guían los objetivos últimos del Estado argentino según el preámbulo, como la idea de promoción del bienestar general, o lo dispuesto en el artículo 125 en tanto prevé que las provincias puedan promover diversas medidas tendientes al progreso de la educación. Estas normas no necesariamente reconocen un derecho subjetivo a los habitantes de manera que éstos puedan exigir el cumplimiento de un deber concreto con fundamento en ellas. Sin embargo, es de suponer legítimamente que los deberes que estas normas ponen en cabeza del Estado pueden válidamente inferirse de otras normas en la Constitución (o legales) que expliciten, como derivación y fundamento de aquellas primeras, un derecho subjetivo específico en cabeza del individuo. Así, el art. 13 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene una obligación clara de los Estados que es correlativa a un derecho subjetivo exigible reconocido en el tratado y que puede asimilarse en su contenido a lo dispuesto en el art. 125 de la Constitución en tanto dispone que los Estados partes se comprometen a “proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza”.

fundamentales.²⁹⁷ En esta tarea pueden contribuir los aportes de otras definiciones provenientes de la noción de derechos humanos y de derechos subjetivos y que, según nuestro criterio, integran la noción de derechos fundamentales en un sentido amplio. Desde luego adelantamos, dado que la terminología no es clara ni unívoca, que esta breve caracterización puede no estar libre de reservas. Al respecto, *el objetivo de la tesis no es un objetivo teórico sobre el análisis de los derechos fundamentales, sino partir de ese concepto para ver cómo impacta en educación cuando se la concibe justamente como derecho fundamental.*

4.1 Derechos fundamentales como derechos humanos

La noción de derecho fundamental toma de la definición de derechos humanos su carácter de derechos universales y abstractos que son reconocidos por igual a todas las personas en su calidad de tales y que proceden de una misma base moral de fundamentación basada en la “dignidad de la persona”, de su valor en cuanto a fin en sí misma. Dicha base se encuentra establecida como punto de partida y de respeto elemental positivizado en todos los tratados internacionales de derechos humanos a partir de su inclusión en el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

De esta forma, la fundamentación de la existencia de los derechos fundamentales, al igual que los derechos humanos, en un sentido de derechos básicos, “*basic rights*” en la noción acuñada por Henry Shue (1994:18), descansa en el reconocimiento de la persona como un sujeto titular de ciertas necesidades básicas, necesidades que deben ser cubiertas en tanto le permiten alcanzar las condiciones mínimas para poder llevar una existencia digna.

En este sentido, se asienta también el trabajo de Tugendhat (1995:336) quien con mayor claridad ha perfilado una concepción de persona congruente con el presupuesto de los derechos humanos. Ante el desfase de la concepción liberal, que presupone una sociedad enteramente conformada por individuos capaces, autónomos y autosuficientes, que intervienen en condiciones de igualdad en las decisiones, el autor sugiere construir un sistema de derechos humanos sobre el concepto de necesidad y la existencia de reglas de

²⁹⁷. Si bien hablamos de “derechos fundamentales” no se nos escapa que esta postura converge con el enfoque de derechos que se propone desde la CEPAL y que en nuestro medio sostienen Pautassi (2010), Abramovich (2004; 2006), entre otros.

cooperación social que en última instancia, terminan proyectando y justificando la obligación del Estado social de derecho frente a los derechos de prestación.²⁹⁸

Los derechos fundamentales toman los principios básicos conforme a los cuales los derechos humanos se encuentran informados en su contenido y alcance; constituyéndose en la “técnica” o “garantía” prevista para su tutela constitucional (Ferrajoli, 2010: 51). Brevemente estos son:

- *universalidad e inalienabilidad*: en cuanto todas las personas son titulares y nadie puede renunciar voluntariamente a ellos ni tampoco una persona puede privar a otra de ellos. La universalidad es concomitante en este sentido, a la base igualitaria que requieren los derechos fundamentales para su goce y ejercicio por todos los individuos. La inalienabilidad, a su vez, se manifiesta como señala Ferrajoli (2010: 47) en su “indisponibilidad activa”, no son alienables por el sujeto que es su titular; y en su “indisponibilidad pasiva”, no son expropiables o limitables por otros sujetos comenzando por el Estado: “ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía” (Ferrajoli, ob. cit.).
- *Indivisibilidad e interdependencia*: en tanto todos los derechos humanos inherentes a la dignidad de la persona gozan de igual rango entre sí y conforman un único cuerpo de derechos. Las normas de derechos humanos constituyen un todo integrado y global en el que los derechos están interrelacionados. Esta característica última enfatiza la idea de que la realización de un derecho depende por lo general total o parcialmente de la realización de otros. Por ejemplo, sobran razones para comprender que la realización del derecho a la educación depende entre muchos otros de un derecho a la salud, a la alimentación y a la integridad física. Sin embargo, la interdependencia también demuestra que el derecho a la educación sobrepasa la división de los derechos humanos en derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, por la otra. Más bien los comprende a todos de modo transversal como veremos en oportunidad de analizar su contenido y su clasificación estructural en el siguiente capítulo. Es claro por ejemplo que el derecho a la vida repercute en el derecho a la salud, el derecho a la libertad de movimiento repercute en el derecho al propio

²⁹⁸. Véase también para un análisis de este tema en relación con la fundamentación de los derechos prestacionales en la obra de Tugendhat a Arango, R (2005: 280).

sustento, la libertad de expresión lo hace en el derecho a la educación, etc. Cualquier vestigio de una diferenciación entre “derechos civiles” y “derechos sociales” es hoy inaceptable. El carácter indivisible e interdependiente de todos los derechos humanos significa que los derechos económicos, sociales y culturales se aplican a todas las personas sobre la base de la igualdad y sin discriminación, que crean obligaciones específicas para los gobiernos, que son justiciables y que pueden ser invocables. Todos los derechos deben ser tratados por igual por las instituciones nacionales de derechos humanos en sus esfuerzos por promover y proteger los derechos humanos (Naciones Unidas: 2004).

- *integralidad*: la diversidad de derechos que componen los derechos humanos, se encuentra integrada en una totalidad única y homogénea, sin distinción de jerarquía y valor. Esta característica desvirtúa cualquier intento de acotamiento de los derechos humanos o su fragmentación o clasificación (Wlasic, 2006: 32).
- *progresividad*: esta cualidad impone la irreversibilidad en el reconocimiento de los alcances del derecho ya garantizados y promueve la extensión sucesiva de sus contenidos, tal como desarrollaremos más adelante en este capítulo.

4.2 Una definición de derecho fundamental

A los fines de nuestro trabajo, tomaremos como base la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy (1985) y sus seguidores, como el caso de Rodolfo Arango (2005), Bernal Pulido (2003), Afonso da Silva (2003), Laura Clérico (2001, 2009), entre otros, en lo concerniente a la conceptualización de tales derechos, su restricción y límites. Un primer paso comprende la pregunta importante acerca de por qué debemos partir de una teoría, y si es así, por qué inclinarnos por aquella que invoca a los derechos fundamentales.

En verdad, una política pública, una ley o un fallo judicial presuponen una teoría, que está presente ya sea de un modo explícito o uno más indirecto. En su mayor parte, y a veces intencionalmente, esta queda implícita o se confunde con los desarrollos argumentales que llevaron a una decisión en concreto. Hemos visto hasta ahora que la necesidad de contar con un marco teórico sólido para nuestro caso concreto, el derecho a la educación como derecho fundamental, nos ha allanado el camino para poder juzgar con mayor precisión desde una determinada perspectiva, los fundamentos y consecuencias de

determinadas visiones que se apartaban de dicho enfoque de derechos. Podemos valernos de una determinada perspectiva teórica para aprovechar la fuerza constructiva que posea así como las herramientas de investigación que nos provea, para diseñar argumentos aplicables al diseño, implementación y control de las políticas y de las acciones (y omisiones) que de éstas deriven.

Un segundo paso es justificar nuestra inclinación por una determinada visión teórica, y en particular, la aquí propuesta. En este sentido, y más allá de lo que exponremos a lo largo de las siguientes páginas, el mérito de la Teoría de los Derechos Fundamentales de Alexy – junto con el desarrollo posterior de los autores citados – reside en su claridad expositiva y su coherencia comprobada.²⁹⁹ A partir de ella puede analizarse con gran detalle la estructura del derecho constitucional a la educación y, especialmente, su contenido. Dicho contenido es posible traducirlo con mayor precisión en obligaciones concretas a cargo de los Estados (y los particulares), ampliando y reforzando en nuestro medio el alcance del derecho, en términos de reconocimiento, realización y exigibilidad. Estos fines constituyen el principal propósito que nos guía a sostener una concepción de la educación como derecho fundamental.

Alexy (2008: 151) parte de su definición de los derechos fundamentales sobre la base de los derechos subjetivos y de la discusión que existe en torno a ellos.³⁰⁰ Puesto que los derechos fundamentales son tan importantes “su atribución o su denegación a los individuos no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple” (Alexy, 2008: 395).

²⁹⁹. Puede verse la aplicación de esta teoría en otros autores, como por ejemplo, en Abramovich, Añón y Courtis: 2003, ob. cit.

³⁰⁰. El debate en torno al concepto de derecho subjetivo es también antiguo y complejo, por lo que su literatura es igualmente amplia. Conviene recordar, de todos modos, que frente a tal debate tradicionalmente se han adoptado dos posiciones. En un sentido más restringido, podemos hablar del derecho subjetivo como “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma jurídica, para la persecución de sus propios intereses mediante la exigencia a otro de un determinado comportamiento” (Maurer, 1999:152), sea este último un hacer, permitir u omitir algo. En un sentido más amplio, en conexión con la noción de derechos fundamentales, Ferrajoli (2010: 37) define a estos últimos como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente ‘a todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscripta a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. Arango (2005:9), siguiendo a Alexy, extrae tres características del derecho subjetivo a saber: norma jurídica, obligación jurídica y posición jurídica. La obligación jurídica constituiría el elemento más relevante para la caracterización del derecho subjetivo.

De acuerdo con Alexy (2008: 214), todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental. En esta definición y la arriba expuesta es susceptible hallar cuatro elementos básicos que las componen.

- La “*disposición de derecho fundamental*”. Estas disposiciones son “los enunciados de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales” (Bernal Pulido, ob. cit.: 76). Esto es, en la teoría de Alexy, el enunciado normativo contenido en la norma y que constituye por ende, una norma de derecho fundamental (Alexy, 2008: 46). Todos los artículos de la Constitución contienen enunciados normativos o partes de ellos. Como hemos visto, una disposición del derecho a la educación, entre otras por ejemplo, la encontramos en nuestro sistema constitucional explícitamente en el artículo 14 del texto fundamental. La normas constitucionales se complementan con los artículos de los tratados internacionales de derechos humanos, en muchos de los cuales, los enunciados resultan ser más precisos y comprensivos acerca de los alcances del derecho, como en el caso del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- La “*norma de derecho fundamental*”. El concepto de norma de derecho fundamental es un caso especial de concepto de norma. En la teoría de Alexy, son las normas expresadas por los enunciados formulados en los artículos de la ley fundamental.³⁰¹ Pero en este sentido, cabe entender por normas *no* sólo las normas cuyos enunciados están expresados directamente en la Constitución (por caso como hemos dicho el carácter gratuito del sistema educativo en su conjunto – art. 75 inc. 19) sino también aquellas normas adscritas interpretativamente a la disposición correspondiente (es decir, existiendo una relación de fundamentación entre la norma expresa y la adscripta por vía de interpretación) (Alexy, ob. cit.: 52).³⁰² Así

³⁰¹. En la doctrina nacional, Nino (1992: 40) señala que las normas de derecho fundamental pueden también ser definidas a partir de “un conjunto de proposiciones que prescriben el ‘deber ser’ establecido por las disposiciones iusfundamentales de la Constitución”.

³⁰². El caso de las normas adscritas a la Constitución, reviste en el modelo alemán gran importancia, pues en su Ley Fundamental básicamente no se estatuyen derechos sociales directamente, siendo sólo posible, en consecuencia presuponer la existencia de éstos y su contenido mediante un procedimiento racional o por vía de la interpretación de normas de derechos fundamentales explícitos en dicho texto legal. Sin embargo, sí existe una norma expresa sobre el derecho a la educación. El artículo 7 de la Constitución Alemana expresa: “(1) El sistema escolar, en su totalidad, está sometido a la supervisión del Estado. (2) Las personas autorizadas para la educación tienen el derecho de decidir la participación de sus hijos en la enseñanza de la religión. (3) La enseñanza de la religión es asignatura ordinaria del programa en las escuelas públicas, con excepción de las no confesionales. Sin perjuicio del derecho de supervisión del Estado, la enseñanza religiosa será impartida de acuerdo con los principios de las comunidades religiosas.

por ejemplo, una norma que prevea el derecho de los niños pertenecientes a pueblos originarios a un sistema de becas –no meritocrático – basado en el criterio de compensar la situación de desventaja estructural empírica y simbólica para acceder y permanecer en el sistema educativo en igualdad de oportunidades, constituye una clara derivación interpretativa del principio de gratuidad y equidad previsto en la Constitución (art. 75 inc. 19 y 23 de la Constitución).

- La “*posición jurídica*”. Según Alexy, la posición de derecho fundamental refiere a la capacidad o competencia jurídica para modificar una situación jurídica.³⁰³ Esta constituye el correlato de las normas de esa misma naturaleza. Las posiciones tienen la propiedad de generar relaciones jurídicas entre los individuos así como entre los individuos y el Estado. En su forma más común, como “los derechos a algo”, estas relaciones jurídicas presentan una estructura triádica compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto.³⁰⁴ La posición jurídica ocupa en adelante a los efectos de nuestro trabajo un rol clave, ya que al referirnos a ella, importará siempre un presupuesto del reconocimiento constitucional (es decir respaldado por las normas que constituyen el plexo constitucional de un Estado) al sujeto activo (la persona) de una capacidad, un poder jurídico o un contenido vinculado con el derecho en cuestión. Dicha posición tendrá, como veremos más adelante, un carácter definitivo o *prima facie* según esté comprendido en el marco de las reglas o los principios.

Ningún profesor podrá ser obligado contra su voluntad a impartir la enseñanza de la religión. (4) Se garantiza el derecho a crear escuelas privadas. Las escuelas privadas que sustituyan a escuelas públicas necesitan la autorización del Estado y están sometidas a las leyes del respectivo *Land*. La autorización debe concederse cuando las escuelas privadas no se encuentren en un nivel inferior al de las escuelas públicas en lo que respecta a sus programas e instalaciones y a la formación científica de su personal docente y no fomenten una segregación de los alumnos en base a la situación económica de los padres. La autorización será denegada cuando no esté suficientemente asegurada la situación económica y jurídica del personal docente. (5) Una escuela privada de enseñanza primaria sólo será autorizada si la administración de la instrucción pública le reconoce un interés pedagógico especial o, si las personas autorizadas para la educación solicitan la creación de una escuela interconfesional, confesional o ideológica y no existe escuela primaria pública de este tipo en el municipio. (6) Se mantiene la abolición de las escuelas preparatorias”.

³⁰³. En la consideración analítica de los derechos subjetivos, Alexy señala que si por ejemplo tenemos el enunciado normativo “a (portador del derecho) tiene frente a b (obligado) un derecho (R) sobre G (el objeto), analíticamente se sigue que a se encuentra en una “posición jurídica”, en la que a puede exigir G de b. Véase Alexy, R. (2008): *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 155.

³⁰⁴. De acuerdo con Alexy, las competencias y las libertades son otras dos clases, junto con los derechos a algo, pertenecientes a un sistema de posiciones jurídicas fundamentales. Para una completa teoría de las posiciones jurídicas fundamentales véase Alexy, R. (2008): *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 163.

La posición jurídica es también el modo de comprender la existencia y validez de un derecho. A menudo tanto abogados como jueces alegarán en sus escritos y sentencias la existencia de un derecho fundamental a que cierta acción sea realizada u omitida por el Estado (y/o eventualmente particulares). Veamos el siguiente ejemplo siguiendo el esquema de Alexy en su obra (2008: 155). El enunciado previsto en el artículo XII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (que forma parte de los tratados con jerarquía constitucional según vimos – art. 75 inc. 22) expresa:

- 1) “toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos”.

Este enunciado refiere a una norma fundamental universal y abstracta que confiere claramente un derecho frente al Estado, y a partir de la cual puede formularse la siguiente norma individual:

- 2) *a* (sujeto titular del derecho) tiene frente al Estado (sujeto destinatario) el derecho a recibir gratuitamente educación primaria por lo menos (objeto).

Si este último enunciado es correcto, es decir, si es válida la norma individual expresada por (2), *a* se encuentra frente al Estado en una *posición* que consiste exactamente en que *a* tiene frente al Estado el derecho a recibir (y exigir) por lo menos educación primaria.

En resumen: el derecho fundamental a recibir gratuitamente una educación primaria es una *posición iusfundamental* establecida por una norma de este mismo carácter adscripta al citado artículo de la Declaración. Entre la posición y la norma siempre debe existir este nexo de implicación necesario en el sentido de que toda vez que el derecho existe, debe valer paralelamente una norma que garantice la existencia de ese derecho.³⁰⁵ Dicho en otros términos, cada vez que una norma de derecho fundamental garantiza una determinada posición de este mismo carácter, es preciso concluir que esta posición existe y que debe ser jurídicamente protegida (Bernal Pulido, ob. cit.: 87).

- Finalmente, el “*grado de importancia*” refiere a la relación de fundamentación que encuentra el derecho subjetivo en cuestión en el sistema constitucional. Esa relación de fundamentación puede provenir directamente de la Constitución Nacional o de su bloque de constitucionalidad federal de modo (literal) o bien a

³⁰⁵. Conforme Alexy, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, en *Derechos y libertades* 8 (2000), S. 21-41 (traducción de María Cecilia Añaños Meza) [Texto original: Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: S. Gosepath/G. Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt/M. 1998.

partir de su adscripción por la vía de interpretación de tales normas constitucionales. Así, en el caso de la norma con que ejemplificamos recientemente, no cabe duda que desde que el derecho se incorpora a la Constitución Nacional o los tratados internacionales de derechos humanos que ella misma reconoce, no puede dejar de reconocerse el grado de importancia del derecho fundamental a la educación básica gratuita, dándole éste la mayor protección y no siendo posible su alteración, modificación o supresión por los poderes de gobierno constituidos.

Un tema más complejo es el caso de los derechos fundamentales que no pudiendo ser directamente deducidos del texto constitucional por no estar allí expresamente consagrados en la norma, puedan no obstante integrar esta nómina de derechos ganados interpretativamente. Para ello, deberá demostrarse que la interpretación es “conforme a derecho”, es decir que será posible su incorporación como derecho fundamental siempre que pueda aducirse una “fundamentación iusfundamentalmente correcta” (Alexy: 2008:53). Esto es, la condición necesaria para la existencia de estos derechos fundamentales adscriptos de un modo interpretativo es su correcta justificación constitucional (Arango, 2005: 41). Para ver esta fundamentación que demuestre y patentice la relación fundamental del derecho innominado en juego con las normas constitucionales habrá de estarse a la interpretación de tales normas constitucionales con la ayuda de la argumentación jurídica. Y en este sentido, deberá trabajarse con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en su calidad de último intérprete de la Constitución), la labor legislativa en el tema y el consenso dogmático existente. Por otra parte, también puede contribuir aquí en la decisión la importancia del derecho desde un aspecto negativo, atendiendo a las consecuencias inaceptables que para el individuo tiene el no reconocimiento de la posición jurídica iusfundamental desde su posible concepción como derecho humano, en el sentido arriba indicado (Arango: 2005). El ejemplo que hemos dado más arriba ayuda a comprender esta fundamentación. Así, el derecho a becas estudiantiles tiene sustento, como vimos, en las consideraciones de equidad que fueron objeto de interpretación en el debate constituyente de la reforma del 94’, en distintos precedentes de la Corte Suprema y desarrollos legales históricos y actuales en materia educativa (art. 33, inc. 18 de la ley 26206, entre otros). Además, la omisión del Estado en este aspecto, podría dar por tierra cualquier garantía de acceso o permanencia de niños en situaciones de desigualdad estructural desde que no contarían con los recursos mínimos para poder alcanzar la posición inicial que les permita ejercer su

derecho a la educación primaria, toda vez que la condición de gratuidad para ellos, resulta insuficiente como condición del ejercicio (art. 75 inc. 23).

Para concluir, afirmamos que la definición de derecho fundamental con los elementos constitutivos aquí reseñados se integra con las nociones de derecho humano y derecho subjetivo descriptas. Por la primera, el derecho fundamental reconoce su justificación moral y ética. Además, los derechos humanos al vincularse con las necesidades de la persona y su dignidad, representan una medida de legitimidad del derecho fundamental positivizado. Por su parte, la noción de derecho subjetivo, le otorga cuerpo y estructura al derecho fundamental, y permite comprender la relevancia de la “subjetivización” presente como atributo o facultad exigible y del concepto de posición jurídica que subyace a la obligación relacional a la que el derecho da lugar. Ambos puntos están vinculados con el carácter de exigibilidad del derecho subjetivo en caso de violación.

4.3 El modelo de reglas y principios. Primera parte: derechos fundamentales como reglas y principios

Los derechos fundamentales, como normas, pueden ser interpretados como reglas o principios. Una norma fundamental puede comportarse en parte como regla y en parte como un principio (Alexy, 2008: 114). Las reglas constituyen mandatos definitivos (*definitive Gebote*), normas que obligan, prohíben o permiten en forma definitiva, o “normas de todo o nada”; y son aplicadas mediante la subsunción (Alexy, 2008: 68).³⁰⁶ Para la construcción como reglas, todas las cuestiones que surgen de la aplicación de los derechos fundamentales, deben ser resueltas básicamente libres de ponderación (Alexy, 2010: 21). En un conflicto de reglas –*Regelkonflikt*– constatada la aplicabilidad de dos reglas (con consecuencias recíprocamente contradictorias en el caso concreto) sólo puede solucionarse mediante la introducción de una cláusula de excepción –*Ausnahmeklausel*– que elimine el conflicto o sino, mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida, pero cualquiera sea el caso, las normas se aplican sin ponderación. (Alexy, 2008: 69).

³⁰⁶ . Así, cuando una regla es válida entonces se transforma en un mandato, por lo que hay que realizar lo que la norma exige exactamente. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Cuando esto se realiza, la norma es cumplida, cuando no se realiza, la norma no es cumplida. En definitiva, las reglas son normas que pueden o no ser cumplidas. Véase Alexy (2008): ob. cit., pág. 68 y ss.

Los principios, por su parte, son definidos como normas que exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible bajo consideración de las posibilidades fácticas y jurídicas que están determinadas a partir de reglas y -fundamentalmente- principios opuestos. Por esta razón, los principios constituyen, tomados individualmente, mandatos de optimización³⁰⁷ (*Optimierungsgebote*), siendo que la determinación de la medida de su cumplimiento relativa a la exigencia de un principio contrario, es la ponderación (Alexy, 2008: 70).³⁰⁸ Es decir, desde que para llegar a un resultado óptimo es necesario, muchas veces, limitar la realización de un principio o de ambos, al afirmar el carácter *prima facie* del principio, permite que su amplitud pueda quedar reducida al ser ponderado con otros principios con los cuales eventualmente entre en conflicto. Pero en todos los casos, frente a las colisiones de principios – *Prinzipienkollision*- no se declara inválido al principio desplazado ni en el principio desplazado es necesario introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro.

La ponderación, a su vez, forma parte de un mandato más amplio: el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*). Dicho examen se ofrece como un argumento de justificación a los límites a un derecho y nos guía en el establecimiento de la relación de preferencia condicionada que ofrece una solución racional a la colisión de principios que se plantee. El principio de proporcionalidad se conforma por otros tres subprincipios o mandatos: el de adecuación técnica o idoneidad (*das Gebot der Geeignetheit*), el del medio alternativo menos gravoso o de necesidad (*das Gebot des mildereren Mittels* o *das Gebot der*

³⁰⁷. Recientemente en su artículo “Die Konstruktion der Grundrechte”, en Laura Clérico/Jan Sieckmann (2009): *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden: Nomos (ver versión en español (2010): *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires: Ad Hoc), Alexy ha mutado en algún momento este concepto hacia el de mandatos “optimizables”. Esta modificación estuvo en parte originada por críticas de Jan Sieckmann y Aulis Aarnio debido a la dificultad que esto entrañaba para su distinción de las reglas. No obstante, con ello no se cambia el sentido que quiere imprimirle al concepto, el cual está enmarcado por la denotación de la palabra optimizar. Así, él mismo lo aclara. Sin embargo, reconoce, los problemas de vaguedad que acarrea esta palabra. Cfr. Alexy, “My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason” en Luc J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives, Dordrecht*, 1999, p. 39 nota 55.V. también, Martin Borowski (1998): *Grundrechte als Prinzipien, Baden-Baden*, p. 77.

³⁰⁸. Esto es, la solución de la colisión consiste en que, atendiendo a las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de *precedencia condicionada*, teniendo en cuenta el peso de los principios en pugna. Clarifica Alexy que “la determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”. Alexy (2008: 73).

Erforderlichkeit) y el de proporcionalidad en el sentido estricto (*das Gebot der Proportionalität im engeren Sinne*). Analicémoslos en detalle.³⁰⁹

El primero de ellos es el *mandato de adecuación técnica* (o idoneidad). Este mandato se satisface cuando se puede comprobar una relación empírica entre el medio escogido y el fin perseguido por la medida. Es decir, “exige la implementación de un medio cuyos efectos contribuyan al fomento del fin perseguido [...] “Visto desde la perspectiva de quien aplica el derecho (en principio, el juez, el administrador) se trata de un control posterior a la selección del medio escogido” (Clérico, 2009: 40, 43). Si el medio escogido es efectivamente adecuado, (pero como también podría serlo otro medio que sirva para el mismo fin), estamos en presencia de un caso positivo y podremos pasar al siguiente escalón en el examen.³¹⁰ Si por el contrario no existe esa relación, pues el medio no guarda ningún tipo de relación con la realización del fin, el medio es inadecuado y por lo tanto, la medida es desproporcionada en sentido amplio. (Clérico, 2009: 41).

El segundo subexamen del *medio alternativo menos gravoso* “depende de la comparación del medio seleccionado y de los alternativos respecto de la idoneidad y de la intensidad de limitación a los derechos afectados” (Clérico, 2009: 154). Es decir, presupone como en el examen anterior, una relación de medio fin, así como más de un medio técnicamente adecuado, pues sin comparación de medios no puede llevarse a cabo el examen. Finalmente, se señala que “se trata de una comparación doble, primero en relación con la medida fomentada por el medio elegido por el legislador o administrador (examen de medios alternativos en relación con la adecuación técnica), y en comparación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de medios alternativos que menos

³⁰⁹. No es nuestra intención reconstruir completamente el examen de proporcionalidad en este punto sino proceder a su comentario y análisis en la medida en que contribuya a clarificar su funcionamiento y su utilización en los supuestos relevantes a nuestro trabajo propuesto. Para un análisis exhaustivo del examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, y en particular de las reglas complementarias a las aquí expuestas: Clérico, Laura (2001; 2009): *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires: Eudeba. Por esta razón, nos sentiremos autorizados para extraer de dicho texto algunas definiciones claves en tanto sean fundamentales al propósito de la presente investigación, remitiéndonos para su mayor consulta a dicho trabajo en los demás aspectos de contenido y bibliografía sobre el tema.

³¹⁰. Sostiene Clérico: “El mandato de idoneidad puede ser analizado a partir de la formulación de la siguiente regla:

(REG) Cuando los derechos fundamentales y/o los bienes constitucionales colectivos colisionan y el medio establecido puede fomentar el fin (no i-)legítimo, entonces debe ser examinada la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida (estatal).

(REG’) Cuando los derechos fundamentales y/o los bienes constitucionales colectivos colisionan y el medio establecido no puede fomentar el fin (no i-)legítimo, entonces la medida (estatal) es desproporcional en sentido amplio”. Conf. Clérico L., 2009: 39-40.

limitan al derecho en sentido estricto)” (Clérico: 2009: 375).³¹¹ Si esta doble relación no existe, entonces el medio seleccionado y la medida objeto de análisis no es proporcional en sentido amplio.

El tercer submandato, el de *proporcionalidad en sentido estricto*, está enfocado en la optimización de las posibilidades jurídicas (y no con aquello que es fácticamente posible como en los casos anteriores).³¹² Este subprincipio, “expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario. Este principio es idéntico a la ley de ponderación que establece lo siguiente: *cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro*” (Alexy, 2008: 529). Agrega Alexy que “la ley de ponderación muestra que la ponderación se puede dividir en tres pasos: En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de la afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que

³¹¹. Las reglas y orientaciones argumentativas del mandato de la necesidad pueden esquematizarse de la siguiente forma según Clérico:

“Primer paso del examen de medio alternativo menos lesivo como regla de igual adecuación técnica (como mínimo):

(EGC) Cuando el medio alternativo no fomenta el fin tan bien como el medio establecido, entonces el medio establecido queda como necesario (es decir, como el menos gravoso).

(EGC’) Cuando el medio alternativo fomenta el fin tan bien como el medio establecido, entonces hay que probar el medio alternativo para determinar si es el menos gravoso en sentido estricto”. Conf. Clérico: 2009, ob. cit., pág.375.

“Segundo paso del examen del medio alternativo menos lesivo: la regla del medio alternativo menos lesivo en sentido estricto:

(EGGN) Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o algunos de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida que el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en menor medida los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o carga menos a la persona afectada) que a través del medio establecido, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio [...].

(EGGP) Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o algunos de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida en comparación con el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en igual o mayor medida los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o cargan en igual o mayor medida a la persona afectada) que a través del medio establecido, entonces la medida estatal queda como la menos lesiva. El examen de proporcionalidad en sentido estricto debe ser llevado a cabo”. Conf. Clérico: 2009, ob. cit., pág. 376.

³¹². Conforme Clérico la proporcionalidad en sentido estricto también puede ser reconstruida como regla. En este sentido señala:

“(PP) Cuando (el medio establecido es idóneo y el menos lesivo y) el peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia del fin estatal legítimo (que pretende justificar la intensidad de la restricción fundamental) sobrepasa el peso de los argumentos que hablan a favor de evitar la intensidad de la restricción iusfundamental, entonces la medida estatal es proporcional en sentido amplio.

(PP’) Cuando (el medio establecido es idóneo y el menos lesivo y) el peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia del fin estatal legítimo (que pretende justificar la intensidad de la restricción fundamental) no sobrepasa el peso de los argumentos que hablan a favor de evitar la intensidad de la restricción iusfundamental, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio”. Conf. Clérico: 2009, ob. cit., pág. 351, 379.

juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.”

Tendremos en cuenta el esquema de Alexy interpretado como un modelo de reglas y principios para analizar algunos casos concretos de problemas en torno al derecho a la educación más adelante en éste y en los próximos capítulos.³¹³ El modelo propuesto resulta de particular importancia para dos fines de gran impacto para la educación como derecho fundamental. En primer lugar, *contribuye a la reconstrucción de la estructura y contenido del derecho fundamental*. Desde esta perspectiva teórica podemos definir un cuerpo de contenidos constitutivos del derecho, tanto de cumplimiento progresivo como inmediato e improrrogable para los Estados. En segundo lugar, bajo este enfoque teórico, *resulta posible traducir este esquema de contenidos fundamentales, en obligaciones concretas y exigibles a cargo del Estado*. De este modo, las prácticas constitucionales pueden ser mejor juzgadas en términos de su razonabilidad y de la intensidad de las restricciones que importan al derecho fundamental en juego, a través del examen de proporcionalidad descripto.

4.4 El contenido del derecho fundamental desde la teoría del supuesto de hecho ampliada

La adopción de esta concepción exige también poder caracterizar el contenido del derecho a la educación a partir de un acercamiento teórico concreto. En este sentido, la definición del contenido propuesta es compatible con una *caracterización del derecho desde una teoría amplia del supuesto de hecho* (Alexy, 2008: 263), entendido este como todo aquello que es conferido *prima facie* por las normas de derecho fundamental (al derecho en cuestión), sin tomar en cuenta las restricciones. Es decir, la teoría amplia del supuesto de hecho es una teoría que hace caer en el ámbito de protección todo aquello a favor de cuya protección habla el respectivo derecho fundamental. Alexy señala asimismo que la teoría amplia del supuesto de hecho contiene un haz de reglas que se refieren a las diversas formas de inclusión de contenidos, mencionando especialmente dos: “(1) Todo lo que presenta una propiedad que – considerada aisladamente – basta para una subsunción bajo el supuesto de hecho, queda tipificada, sin importar cuáles sean sus demás

³¹³. V. acápite 5.1 en este capítulo y capítulo V, acápite 7.

propiedades. (2) Dentro de los márgenes semánticos de los conceptos del supuesto de hecho hay que llevar a cabo interpretaciones amplias”.³¹⁴

Así, el *supuesto de hecho como ámbito de protección del derecho, comprende la totalidad de las acciones, propiedades, bienes, situaciones o posiciones de derecho que prima facie caen bajo la protección del derecho fundamental*. De este modo, si una razón habla a favor de la protección de tal acción o bien como contenido del derecho fundamental, hay que afirmar siempre su tipicidad en principio y ubicarlo bajo el supuesto de hecho del derecho. Es decir, no se debe excluir de antemano de la protección del derecho fundamental, ninguna conducta, estado, situación o posición jurídica que tenga algún elemento, por más ínfimo que este sea, que justificaría tal protección.

Luego, *si ese contenido genera o no una obligación definitiva dependerá de una subsunción (si se comporta como regla) o de una resolución del conflicto con otro principio (ponderación)*. En este sentido, *el modo en que un contenido quede definitivamente incluido (y por tanto sea exigible y no restringible) en el ámbito de protección del derecho, puede ser diferente en función del tipo de obligación que genere; vale decir, de si su contenido actúa como regla o principio*. Vayamos ahora analizando detalladamente este desarrollo argumentativo sobre la educación como derecho fundamental.

5. La educación como derecho fundamental

Reconocer la educación formal básica como derecho fundamental implica un cambio radical en el modo en que se concibe la relación entre los niños (jóvenes e incluso en el caso de los adultos mayores) – como sujetos activos de la educación– y el Estado – sujeto destinatario -. Esta mirada implica avanzar hacia el estudio de la dinámica educativa desde un *enfoque de derechos* y ya no sólo desde el diseño y la evaluación de una mera política pública que puede o no desarrollarse, o quedar bajo un contenido discrecional del Estado. Bajo este enfoque, *la labor del Estado en la provisión de servicios básicos implica un desempeño esencial de construcción de ciudadanía*. De allí que también se hable en estos términos del “*principio de ciudadanía*”. Conforme éste, la titularidad de los derechos de los habitantes guía la política pública, es decir, orienta el desarrollo de acuerdo con el marco normativo de los derechos humanos plasmado en normas tanto nacionales cuanto internacionales.

³¹⁴. V. Alexy, 2008, ob. cit. pág. 281 y ss.

El énfasis en la concepción y estructura del derecho como derecho fundamental, implica el reconocimiento de posiciones jurídicas que deben ser respetadas tanto por particulares como el Estado, por medio de acciones positivas y omisiones. La reconstrucción de estas posiciones se traducirá para el Estado en las obligaciones de proteger, organizar, coordinar, disponer recursos, fiscalizar el sistema educativo garantizando al individuo que frente al incumplimiento de las obligaciones pueda exigir su cumplimiento por la vía administrativa o judicial.

Abramovich (2004: 10) sostiene en este sentido que “el enfoque de derechos humanos apunta esencialmente a ese otorgamiento de poder por la vía del reconocimiento de derechos. Una vez introducido este concepto en el contexto de la adopción de políticas, la razón fundamental de la reducción de la pobreza ya no procede simplemente del hecho de que ciertos sectores sociales tienen necesidades, sino también de que tienen derechos, atribuciones que dan origen a obligaciones jurídicas de parte de otros [...]. Se procura cambiar la lógica de la relación entre el Estado y aquellos que se beneficiarán con las políticas. No se trata sólo de personas con necesidades, que reciben beneficios asistenciales o prestaciones fruto de la discrecionalidad, sino titulares de derechos que tienen el poder jurídico y social de exigir del Estado ciertos comportamientos”. En igual sentido Pautassi (2010: 2) afirma que “siguiendo la argumentación principal de este enfoque, el empoderamiento de los destinatarios de las políticas, comienza por reconocer que los mismos son titulares de derechos que generan obligaciones al Estado. Así este abordaje marca un punto de inflexión en la dinámica de los procesos sociales de las últimas décadas, particularmente las políticas sociales focalizadas promovidas por los organismos internacionales de asistencia crediticia y adoptados por diversas instancias gubernamentales hasta los actuales programas de transferencias condicionadas de ingresos”. Así concluye que bajo este enfoque “se trata de *pensar desde la lógica de derechos políticas sustentables* que inviertan la dinámica prevaleciente en las últimas décadas, y por ende sean superadoras de las coyunturas políticas o de planes focalizados como los PTC [por programas de transferencia condicionada] e incorporen efectivamente el ejercicio de derechos a toda la ciudadanía”. Tomasevsky (2003: 12) explica la importancia de dicho enfoque en materia educativa afirmando que ello puede facilitar notablemente que se conceda prioridad a la educación de todos los niños puesto que “altera opciones políticas que, dejadas a su propia dinámica, siguen otros rumbos. En las asignaciones presupuestarias la educación raramente es objeto de la prioridad que

requiere la normativa internacional de los derechos humanos, y cuando lo es, las asignaciones favorecen a la educación superior en perjuicio de la primaria”.³¹⁵

La adopción de un enfoque de derechos constituye el primer paso para asegurar el reconocimiento del derecho a la educación como derecho fundamental, perspectiva que a su vez debe ser consistente con (y traducirse en) las políticas públicas que se requieren para su realización y con las garantías que preserven su más completa exigibilidad, en particular aquellas vinculadas con su tutela judicial.

A partir de la adopción de esta perspectiva, es necesario realizar una tarea acorde de hermenéutica capaz de determinar en detalle la estructura y el contenido del derecho a la educación, pues sólo a partir del análisis de sus elementos y de las obligaciones que se derivan de éste para sus destinatarios (sujetos pasivos), es posible evaluar con precisión su grado de cumplimiento y los déficits existentes.

5.1 El contenido del derecho fundamental a la educación en un sentido amplio. Introducción

Si bien desde un punto de vista conceptual el término “educación” es muy amplio, y bien podría abarcar la idea de cualquier “aprendizaje” que una persona pudiese obtener así como cualquier “enseñanza” que se impartiera, no es lo mismo en el sentido del derecho a la educación *formal básica*. Como hemos sostenido en la introducción, el derecho a la educación es enfocado aquí desde el deber de los Estados de desarrollar y mantener un sistema de instituciones educativas a fin de proveer educación a todas las personas.

Partiremos en el análisis de su contenido desde una de las definiciones del derecho a la educación más amplias; aquella que prescribe el *artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Dicha amplitud ha sido objeto, a su vez, de

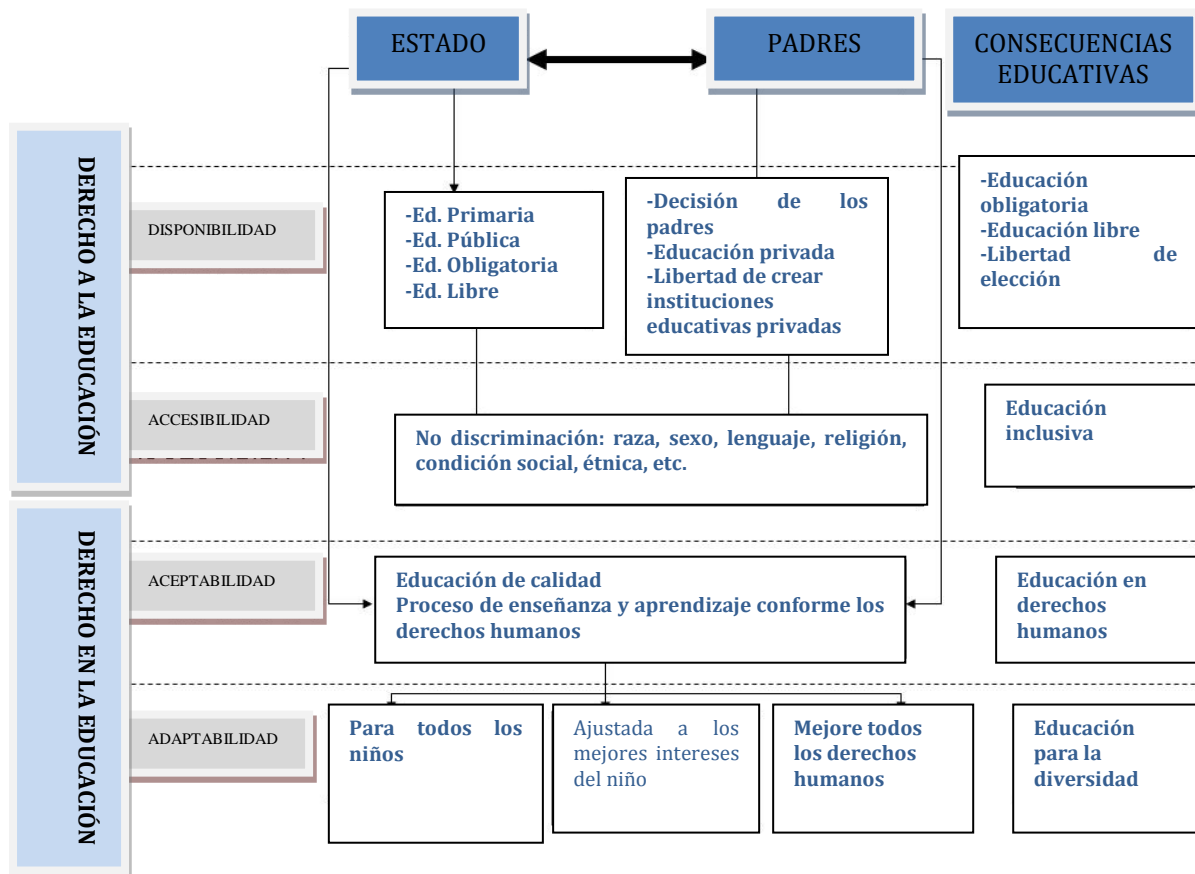
³¹⁵. En el ámbito internacional, asimismo, los esfuerzos por hacer operativos los derechos humanos en el marco de las políticas públicas ha llevado a que el concepto de tales derechos vuelva a redefinirse ya no sólo “como una nueva ética y una nueva moral dirigida a provocar un cambio cultural basado en el reconocimiento recíproco, sino también como metas políticas y programáticas que permitan el seguimiento y la evolución efectiva de dicho cambio”. Con estas palabras, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos definió la idea del “enfoque de derechos” como marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y protección de los derechos humanos. Esta noción se ha visto reforzada con las bases sentadas en la “Declaración de Entendimiento Común” (ONU, 2003) que se refiere específicamente al enfoque basado en los derechos humanos, aplicado a la cooperación y a los programas de desarrollo por los organismos de la ONU. V. www.un.org/es/rights, (fecha de consulta: marzo de 2011).

importantes análisis como lo constituyen la Observación General N° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como los informes del Relator Especial del derecho a la educación de la ONU. Es importante advertir, que este piso de contenidos no supone desplazar directamente a los que surgen del bloque constitucional, del desarrollo normativo nacional y local que otorga mayores reconocimientos y cuyo análisis – con las oportunas remisiones a los *capítulos I y II*– será trabajado en las funciones del derecho a la educación con posterioridad en los próximos capítulos.³¹⁶

Tomamos como punto de partida la definición del derecho a la educación incorporada al artículo 13 del PIDESC. Esta caracterización reconoce un desarrollo en el esquema de las “4A” [referidas a conceptos en inglés de compleja traducción: *availability* (asequibilidad/disponibilidad), *accessibility* (accesibilidad), *acceptability* (aceptabilidad), *adaptability* (adaptabilidad)] elaborado por la primera Relatora Especial de la ONU sobre derecho a la educación Katarina Tomasevsky. El esquema de las 4A establece, por ahora, el más completo marco conceptual para fijar las obligaciones de los Estados sobre el derecho a la educación en el plano internacional. (Tomaševski, 2001). El siguiente esquema expone en forma resumida y ejemplificada los aspectos vinculados con el derecho a la educación desde una perspectiva internacional y las subsecuentes interpretaciones y observaciones hechas por el mencionado Comité (las que seguidamente desarrollaremos en este y el próximo capítulo).

³¹⁶. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un piso y no un techo, de acuerdo con la pauta de interpretación que surge, por ejemplo, del art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Gráfico N°2: Esquema de las “4 A” del derecho a la educación en el marco internacional de los derechos humanos



Fuente: L.M. Naya y P. Davila: 2011

El cuadro sirve a los fines de una presentación en abstracto de los variados contenidos del derecho. Así podemos pasar entonces a una definición amplia que concibe el derecho a la educación con el siguiente alcance y características:

a) *Disponibilidad*. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidades suficientes y en condiciones adecuadas. El Estado deberá proveer las condiciones para que funcionen dichas instituciones y se desarrollen las actividades educativas, se cubran las necesidades de la población y sean aptos para brindar de modo pertinente educación de acuerdo con los distintos niveles de enseñanza. Según Tomasevski (2001: 77) lo que define como “asequibilidad” engloba en verdad dos obligaciones gubernamentales distintas. Por un lado, el derecho a la educación como derecho de no intervención requiere que el gobierno permita el establecimiento de escuelas y que respeten la libertad de y en la

educación. Por el otro lado, la educación como derecho de prestación requiere que el gobierno garantice un plantel docente suficiente para atender al servicio, escuelas suficientes en el ámbito nacional para la enseñanza básica y que asegure que la educación gratuita y obligatoria sea asequible para todos los chicos y chicas en edad escolar. Esta característica está asociada a la exigencia que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales definió cuando señaló que el "proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza" previsto en el pacto, significa que el Estado tiene la obligación de formular una estrategia global de desarrollo de su sistema escolar, la cual debe abarcar la escolarización en todos los niveles y, en cierta medida, "la estrategia global ha de ser objeto de prioridad gubernamental y, en cualquier caso, ha de aplicarse con empeño".³¹⁷

b) *Accesibilidad*. Las instituciones y los programas de enseñanza deben estar jurídicamente y de hecho al alcance de todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

i) *no discriminación*. La educación debe ser accesible a todos, especialmente teniendo en cuenta que sea accesible a los grupos más vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales agrega que la adopción de medidas de acción positiva destinadas a lograr la igualdad de hecho entre hombres y mujeres y de los grupos desfavorecidos no es una violación del derecho de no discriminación en lo que respecta a la educación. Ello siempre y cuando esas medidas no den lugar al mantenimiento de normas no equitativas o distintas para los diferentes grupos, y a condición de que no perduren una vez alcanzados los objetivos a cuyo logro estaban destinadas.

ii) *accesibilidad material*. La educación ha de ser accesible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante v.gr. el acceso a programas de educación a distancia).

iii) *accesibilidad económica*. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2° del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior:

³¹⁷. CDESC, Observación General N° 13, párrafo 29.

mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se obliga en el Pacto a los Estados partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

c) *Aceptabilidad*. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, deben ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad)³¹⁸ *si bien supeditados a las normas básicas que el Estado apruebe en materia de enseñanza* (párrafos 3° y 4° del artículo 13). La prohibición de castigos corporales también ha sido tenida en cuenta como criterio de aceptabilidad. Agrega Tomasevsky (2001: 78) que la aceptabilidad supone garantías de calidad para la educación, estándares mínimos de salud y seguridad, o requisitos profesionales para los maestros, que deben ser estipulados, dirigidos y controlados por el gobierno. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala en este sentido que los Estados Partes han de velar por que los planes de estudio, en todos los niveles del sistema educativo, estén orientados a los objetivos definidos en el párrafo 1° del artículo 13 hacia el desarrollo de la personalidad humana, su dignidad y el respeto a los derechos humanos.³¹⁹

d) *Adaptabilidad*. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados. El proceso educativo debe fundarse en el respeto a la diferencia, el multiculturalismo, la democracia y los derechos fundamentales. También en este sentido sostiene Tomasevsky que dicha

³¹⁸. Desde la perspectiva de UNESCO/OREALC la calidad se define por un conjunto de cinco dimensiones. a) *Relevancia*, relacionada con los sentidos de la educación, sus finalidades y contenido, y con el grado en que ésta satisface las necesidades, aspiraciones e intereses del conjunto de la sociedad. Acuerda que en el derecho internacional, a la educación se le atribuyen cuatro finalidades fundamentales: lograr el pleno desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana; fomentar el respeto de los derechos y libertades fundamentales; fomentar la participación en una sociedad libre; fomentar la comprensión, la tolerancia y las relaciones entre todas las naciones, grupos religiosos o raciales y el mantenimiento de la paz. b) *Pertinencia*, referida a la necesidad de que la educación sea significativa para personas de distintos contextos sociales y culturas, y con diferentes capacidades e intereses, de forma que puedan apropiarse de los contenidos de la cultura, mundial y local, y construirse como sujetos en la sociedad, desarrollando su autonomía, autogobierno, su libertad y su propia identidad. c) *Equidad*, cuando se logra la democratización en el acceso y la apropiación del conocimiento; es decir, cuando cualquier persona tiene la posibilidad de recibir el apoyo necesario para aprender a niveles de excelencia, y cuando los resultados de aprendizaje no reproducen las desigualdades de origen de los estudiantes, ni condicionan sus opciones de futuro; d) *eficacia y eficiencia*, referidas a en qué medida se logran o se garantizan, en términos de metas, los principios de equidad, relevancia y pertinencia de la educación, y cómo se asignan y utilizan los recursos para lograr esas metas. Véase, Blanco R, (2008): “Construyendo las bases de la inclusión y la calidad de la educación en la primera infancia”, en *Revista de Educación*, 347. Septiembre-diciembre 2008, pág. 33. Disponible en Internet (fecha de consulta: agosto 2009 y diciembre de 2012).

³¹⁹. CDESC, Observación General N° 13, párr. 49.

garantía exige que las escuelas se adapten a los niños, de acuerdo con el principio del interés superior del niño incluido en la Convención de los Derechos del Niño. Puesto que los derechos humanos son indivisibles, *el requisito de la adaptabilidad exige garantías para todos los derechos humanos dentro de la educación, así como para mejorar los derechos humanos a través de la educación.* La disposición respecto a la enseñanza de la lengua materna junto al idioma oficial en las escuelas ubicadas en comunidades de los pueblos originarios, la necesidad de maestros integradores para niños con discapacidades entre otras, son exigencias que se derivan de esta característica.

El Comité también señala en su observación el rol preponderante que le corresponde al Estado en el mantenimiento del sistema educativo. En este sentido señaló que “está claro que en el artículo 13 se considera que los Estados tienen la principal responsabilidad de la prestación directa de la educación en la mayor parte de las circunstancias”, debiendo en consecuencia implementar “un sistema de escuelas, entre otras cosas construyendo aulas, estableciendo programas, suministrando materiales de estudio, formando maestros y abonándoles sueldos competitivos a nivel nacional.” A mayor abundamiento expresó que “la obligación de ‘proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza’ subraya la responsabilidad primordial de los Estados Partes de garantizar directamente el derecho a la educación en la mayoría de las circunstancias”.

Esta primera aproximación a una definición de la educación partiendo desde una concepción amplia de derecho fundamental, nos sirve para poder observar con claridad cuanto mayor es el marco de contenidos susceptibles de ser comprendidos bajo este enfoque; remarcando nuevamente los déficits provenientes de las otras concepciones citadas. En efecto, y en sintonía con el diagnóstico e hipótesis propuesta en este trabajo, bajo *el enfoque de los derechos fundamentales la educación multiplica en principio su campo de extensión conceptual* como derecho humano de jerarquía constitucional e internacional, indicando criterios precisos que permiten la clasificación de un mayor número obligaciones para los Estados.

Asimismo, los criterios de las “4 A” avalados por el derecho internacional de los derechos humanos, cuentan con una legitimidad y consenso tales, que permiten su utilización para la elaboración de los estándares conforme a los cuales pueden desarrollarse investigaciones y evaluaciones en los respectivos Estados, en relación con el cumplimiento del derecho bajo condiciones básicas de calidad en sus territorios. La herramienta de los estándares que se han confeccionado a partir de esta perspectiva del

derecho ha probado ser muy útil también como elemento de diagnóstico y prueba frente a las reclamaciones judiciales en las que se juega la exigibilidad del derecho a la educación ante diversas violaciones por acción u omisión de los Estados.

5.2 La construcción del supuesto de hecho amplio como principio en el derecho a la educación

En este contexto, el modelo de reglas y principios cobra relevancia en oportunidad de analizar la fundamentación del derecho a la educación con vistas a precisar su contenido y el tipo y el alcance de sus restricciones. El esquema anterior nos sirve para reconstruir, como principio, el supuesto de hecho del derecho a la educación que activa la obligación del Estado en la materia:

***P1:** cuando una persona (individual o colectiva) tiene el interés de educarse en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, el Estado tiene la obligación de atenderlo disponiendo directamente de los medios para brindarle dicha educación. La persona tiene así un derecho a la educación prima facie. Si la (a) omisión o (b) insuficiencia (o (c) exceso) de la actuación estatal amenaza con ocasionar una afectación o un perjuicio o daño a la persona, entonces esto implica una restricción que debe ser evaluada bajo el método de la subsunción o la ponderación, según se trate de un supuesto de regla o de principio.*

El derecho es exigible si existen indicios de que el Estado violó el derecho a la educación en tanto no ha garantizado a los individuos la posibilidad de educarse bajo condiciones de las cuatro "A" (comprendidas en el supuesto de hecho y vinculadas con las cuatro características introducidas en el apartado anterior). Ejemplos de esto pueden darse en casos como: (a) un municipio no repara las calefacciones de una escuela en invierno, (b) la Nación no ejecuta totalmente el presupuesto de un programa nacional de becas para estudiantes de escuelas primarias con necesidades básicas insatisfechas por falta de reglamentación, (b') el Estado permite que un colegio privado deniegue la rematriculación a un niño discrecionalmente y sin justificación objetiva suficiente, o (c) una ley educativa provincial establece la obligatoriedad de la enseñanza religiosa que profesa una mayoría en sus escuelas públicas dentro del horario curricular o (c') una nueva norma provincial dispone, con la finalidad de resguardar la vida e integridad física de los estudiantes, que los padres o tutores de los niños deberán abonar el pago de un

seguro escolar como requisito previo a la inscripción en la escuela pública violando el mandato de gratuidad.

De esta forma, *el supuesto de hecho amplio contribuye de modo abstracto a diseñar la posición jurídica exigible y más extensa posible de la persona en su derecho a la educación.* Traducido al esquema del derecho a la educación, *el supuesto de hecho amplio hace caer en el ámbito de protección todo aquello a favor de cuya protección habla el derecho fundamental conforme los criterios expuestos inicialmente en el marco del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

Por supuesto, un examen posterior revelará que allí se incluyen contenidos que se fundan en reglas y principios. En algunos casos tal contenido quedará fijado de antemano o *ex ante* (por tratarse de reglas). En otros ese contenido será el resultado de una ponderación (con otros principios) donde se pueda verificar si existe o no restricción al derecho, y si existiera, determinarse con precisión (*ex post* del examen de proporcionalidad) el alcance de la restricción y si ésta es válida en tanto no afecte el contenido que integra el ámbito de protección definitivo e irrestringible del derecho.

Así, los contenidos que integran la franja del nivel de los principios conforman el supuesto de hecho amplio en educación, y hablan siempre a favor de la existencia de un derecho a la educación prima facie.

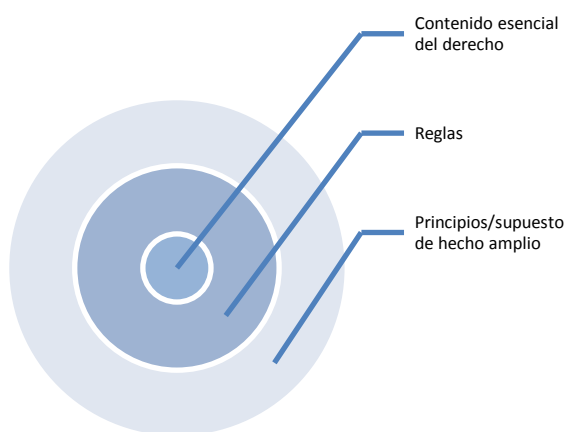


Gráfico N°3: El supuesto de hecho amplio en el derecho a la educación

Esto debe ser entendido en el sentido que, frente a casos particulares, pueden existir razones en contra que prevalezcan sobre aquellas a favor del reconocimiento definitivo de la posición jurídica con la extensión comprendida en el principio (P1). Es posible que frente a una determinada situación (C) en la que dicho principio (P1) entre en colisión con otro principio constitucional (P2), el primero pierda su relación de preferencia condicionada ante el segundo. La relación de primacía condicionada (P1 \mathbf{P} P2) C, donde \mathbf{P} simboliza la relación de preferencia, tiene una validez provisoria; de aquí no se sigue que ello valga sin excepción en todos los casos. Sino que su validez *prima facie* habrá que contrastarla, en cada caso particular en que el contenido P1 entre en supuesta colisión con otros principios, a través del examen de proporcionalidad.

Supuestos de aplicación de este tipo de análisis pueden ser requeridos a la hora de evaluar la razonabilidad de una sanción disciplinaria impuesta por el establecimiento educativo a un estudiante. Otro supuesto podría estar relacionado con los límites vinculados con el ejercicio del “derecho de admisión/matriculación” de los colegios privados. En ambos casos, deberá controlarse que la adopción de la medida no suponga una lesión arbitraria o excesiva del derecho a la educación del niño. En dicho control se jugará así un examen de razonabilidad que deberá pasar los filtros impuestos por los subprincipios de idoneidad, medios alternativos menos lesivos y proporcionalidad en sentido estricto ya citados.³²⁰

Un caso como “L., M. I. y D. P., M. c. I. C. M.” mencionado en el *capítulo I* podría ser reconstruido en estos términos.³²¹ El caso trataba de un niño hipoacústico a quien el colegio privado se negó a rematricular en ejercicio de su derecho de admisión. El tribunal consideró abusivo su ejercicio por no alegar motivaciones serias acordes con los antecedentes de la situación de hecho bajo las cuales se había comprometido a admitirlo previamente e hizo lugar a la indemnización solicitada por los padres.

Así, entonces, al someter la discusión a una colisión de principios, encontraremos en tensión por un lado, el derecho a la educación del niño, más precisamente, el derecho del niño a continuar asistiendo al establecimiento educativo (P1), y por el otro, la libertad de enseñanza, vinculada asimismo con el ejercicio del llamado derecho de admisión del establecimiento privado (P2). De lo que se trata es de ver cuál de estos principios, en el

³²⁰. V. numeral 4.3 de este capítulo.

³²¹. Véase para un análisis del antecedente del caso, el capítulo I, numeral 7.1.1.

caso particular gana en peso frente al otro (bajo *C* que simboliza las condiciones en las cuales un principio se encuentra por encima del otro).

Analicemos la razonabilidad de la restricción al derecho de admisión impuesta a través del examen de proporcionalidad en sus distintas etapas.³²² *El examen de idoneidad se pregunta aquí acerca de si el medio, la negativa a la rematriculación del niño* logra promover los fines del derecho de admisión de los establecimientos educativos privados (P2). En un examen leve de idoneidad basta con que el medio seleccionado de algún modo promueva el fin, en la medida que ello se cumpla en términos generales y *abstractos, este examen es superado*. Sin embargo, en el caso el medio seleccionado, la no matriculación del niño (M1) logra fomentar el interés protegido en la libertad de enseñanza del establecimiento privado en forma bien extensa.

El segundo examen se pregunta en torno al por qué debe soportarse dicha limitación en tanto se trata de saber si es evitable, si la misma finalidad puede ser conseguida a través de otros medios alternativos que de igual o mejor modo protejan dicha finalidad pero que a su vez restrinjan en menor medida el derecho a la educación del niño (P1). Podremos aquí argumentar que es posible en el caso particular encontrar distintas soluciones que permitieran “superar” los argumentos endebles sobre los cuales el colegio privado fundó la no rematriculación del niño. El establecimiento se había negado a readmitir al niño sobre la base de los inconvenientes generados en la adaptación del niño (a causa de su situación de discapacidad). Entre otros medios alternativos podría pensarse, como se argumentó en el propio fallo, en la asistencia de una maestra integradora (M2), o bien hasta en la posibilidad de buscar distintas alternativas conjuntas que permitan trabajar con el grupo escolar el modo de aceptar la diferencia y contribuir a resolver los problemas de inclusión del niño con el resto de sus compañeros de clase (M3). De este análisis es posible argumentar que efectivamente *existen otros medios alternativos* al establecido y adoptado por el establecimiento privado (M1) que, sin desconocer la libertad de enseñanza (P2), resultan ser *menos gravosos para los derechos del niño* (P1) (a su vez todos los alternativos cumplen mejor con el mandato de inclusión o educación integrativa, que si bien no fue considerada en el caso es otro contenido de la educación visto en el esquema de las 4A bajo la entrada de accesibilidad).

³²². Para el desarrollo de este análisis, nos hemos basado en el razonamiento expuesto los trabajos de Clérico (2009; 2012).

Aunque con esta conclusión ya no sería necesario pasar al siguiente examen, la desproporcionalidad de la medida puede verse con mayor claridad en relación con el grado o intensidad de afectación de los derechos en juego, así como en la importancia de la satisfacción de un derecho que pretende justificar la restricción del otro. Como veremos posteriormente el peso del derecho a la educación como *derecho fundamental de protección* es alto, en tanto, la educación es considerada un pilar fundamental del desarrollo autónomo del individuo y su participación democrática plena,³²³ lo que justifica las garantías del Estado hacia todas esas posiciones jurídicas que éste debe evitar sean vulneradas por los particulares (que abarcan como vimos y veremos contenidos elementales como el principio de no discriminación). En consecuencia, la importancia de realización y protección del derecho a la educación es muy alta. Por el contrario, el peso abstracto de la libertad de enseñanza- o libertad de comercio incluso - que se juega a través del derecho de admisión es baja (a lo sumo moderada), dado que tanto la legislación como la jurisprudencia prioriza en todos estos casos la prestación del servicio educativo privado en su función social y desde la perspectiva de los derechos que se satisfacen mediante él antes que desde una función meramente comercial.³²⁴ Por otra parte, *la restricción a la libertad de enseñanza es leve, pues condiciona el derecho de admisión a un ejercicio razonable sin eliminarlo, y sobre la base de que el establecimiento privado a menudo es la parte más fuerte del contrato educativo de adhesión*. Además, correspondiendo aplicar un examen de escrutinio estricto (ya que se trata de la exclusión de un niño en situación de discapacidad), la empresa no había dado argumentos serios para desvirtuar la inconstitucionalidad de la medida impugnada. Por esta razón, queda corroborado que la restricción al derecho a la educación del niño en situación de

³²³. Véase en este mismo capítulo, numeral 6.1 y el anexo III.

³²⁴. Este aspecto no se observa solo en educación, sino también incluso con mayor claridad en la atención privada de la salud, donde la Corte suprema tuvo varias oportunidades de pronunciarse. Véanse los casos “Hospital Británico” (Fallos, 324:754) y “Etcheverry” (Fallos 324:677) entre otros. Así, en el primero de los casos citados la Corte sostuvo que “más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial” (consid. 15 del voto mayoritario). Conviene recordar que en dicho fallo la Corte reconoció la constitucionalidad de la ley que obligaba a las empresas de medicina prepaga a brindar cobertura por riesgos tales como el HIV o la drogadicción a sus afiliados. Partiendo del argumento de que el sistema de salud es producto de una responsabilidad compartida entre todos los actores involucrados en el sistema, la Corte terminó concluyendo que la garantía al acceso y el aseguramiento de la plena vigencia del derecho a la salud no sólo resulta exigible al Estado sino también a los particulares que se dediquen a la actividad médica y que ello así redundaba en beneficio de toda la sociedad. De este modo, obligó a la empresa de medicina prepaga a cubrir las prestaciones demandadas, haciendo primar el beneficio que para la comunidad en su conjunto devino en que el Estado pudiera sumar en la responsabilidad de esa atención sanitaria requerida y sus costos, a otros actores, que entendió, tienen la misma obligación de asumir dicha responsabilidad social en función de la actividad que desempeñan.

discapacidad en un determinado establecimiento en uso del llamado derecho de admisión de un establecimiento privado es desproporcionada, y por ende injustificable; con lo que la reincorporación del niño es debida o, en su caso, como en el presente, es procedente la indemnización.

La intensidad de la protección que se pretende, de cara a un control de constitucionalidad, procura justamente hacer coincidir en la mayor extensión posible el supuesto de hecho ampliado - y las posiciones jurídicas abstractas *prima facie* -, con posiciones concretas y definitivas del derecho.

5.3 El derecho fundamental a la educación y el marco de la restricción

El desarrollo anterior demuestra que la teoría del supuesto de hecho amplio también debe ser complementada con el concepto de restricción y sus alcances. Hasta aquí nos hemos ocupado del lado positivo de la garantía de derecho fundamental, el alcance y contenido. Sin embargo, el otro lado es el de las restricciones. Es decir, aquello que puede conducir a una relativización de la protección de derecho fundamental y que, en este sentido, representa la parte negativa de la norma de derecho fundamental (Alexy, 2008: 262).

El concepto de restricción y sus alcances encuentra estrecha vinculación con el desarrollo de los derechos fundamentales como reglas y principios, lo que da lugar al debate en torno a las *teorías de las restricciones* que aquí brevemente enunciamos. En ellas, la cuestión gira en torno a cómo se construye la relación entre el derecho, por un lado, y sus límites o restricciones, por el otro.

La *teoría externa* supone la existencia de un derecho en sí, un derecho "*prima facie*" o derecho no restringido por un lado y, por el otro lado, la restricción de ese derecho (Alexy: 2008: 240). Es como resultado de la restricción que se obtiene recién el derecho definitivo y/o limitado. La teoría externa concibe todos los derechos fundamentales como restringibles y por ende, como derechos garantizados por principios, susceptibles de ser ponderados. Los principios consagran posiciones jurídicas *prima facie* que se tornarán definitivas si satisfacen los criterios que conforman el examen de proporcionalidad. Un ejemplo: para esta teoría tendríamos por una parte el derecho a la educación del niño, y por la otra, su posibilidad de su restricción frente a determinadas sanciones disciplinarias (la suspensión temporal de asistencia al establecimiento escolar por una determinada

cantidad de días por ejemplo). Así, en principio, existe efectivamente la posibilidad de que en virtud de dicha sanción surja una restricción legítima al contenido del derecho. No existe nada de antemano que lo prohíba. Ahora bien, para determinar si esta limitación es procedente, y hasta o en qué medida lo sería, es necesaria evaluarla por medio del examen de proporcionalidad en concreto.

La *teoría interna* presupone la existencia de un contenido (pre)determinado del derecho. Supone un núcleo cuyos límites externos formarían una barrera infranqueable, independientemente de la situación o caso concreto presente en la restricción. Aquí el concepto de restricción es sustituido por el de límite. Las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado (desde afuera) sino acerca de cuál es su contenido. Cuando se habla de “restricciones” aquí, en lugar de límites se habla de “restricciones inmanentes” (Alexy: 2008, 240).³²⁵ Bajo este marco, todo el contenido del derecho queda garantizado como regla y no es susceptible de ponderación alguna. Las reglas conducen a posiciones definitivas no susceptibles de restricción. Las teorías vinculadas con la existencia de un contenido esencial en los derechos parten desde esta concepción. Desde que en la teoría interna sólo existe para el análisis el derecho a la educación y su contenido, cualquier “restricción” sólo sería posible por fuera del perímetro del contenido del derecho. Si seguimos trabajando con el mismo ejemplo, en este caso diríamos que existe una delimitación tan precisa *ex ante* del contenido del derecho que ya estaría prefijado si la sanción disciplinaria es o no admitida. No puede haber colisiones entre derechos y por lo tanto, no existe ninguna ponderación. En consecuencia, tampoco habría posibilidad de una restricción constitutiva externa que no constituya una vulneración del derecho fundamental.

Detrás de la idea de restricción se busca contribuir, en último término, a fijar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el Estado. La propuesta de la mayor parte de los autores (Alexy, Afonso Da Silva, Bernal Pulido, Borowski, Sieckmann, entre otros) consiste en adoptar la teoría externa en tanto ella resulta enteramente compatible con la teoría del supuesto de hecho ampliado tal como antes la hemos presentado. Vale decir, de este modo se intenta proteger el mayor número posible de situaciones y posiciones jurídicas que puedan encuadrar en el supuesto de hecho. Eventualmente, frente a tensiones con otros derechos, la delimitación entre lo que resulte

³²⁵. Borowski (2003: 68) aunque reconoce que el concepto genérico de restricción para ambas teorías (externa e interna) es algo impreciso, sostiene que esta terminología se ha impuesto en la práctica actualmente, por lo que coincidimos con él en mantenerla en adelante.

efectivamente protegido como contenido “no ponderable” del derecho (inmodificable) y lo que sea susceptible de ser limitado (de tal supuesto de hecho) frente al caso particular, será producto de un examen de proporcionalidad. Además, dicha postura conlleva la exigencia permanente de fundamentación constitucional de cualquier restricción al derecho fundamental.

La teoría interna presenta ciertamente algunos problemas argumentativos. Por sí sola puede dejar sin protección posiciones o intereses que no obstante resulten relevantes como contenido del derecho fundamental, queden “fuera del contenido esencial” o del contenido determinado desde el vamos. Esto puede ocurrir puesto que sería imposible prefiar de antemano completamente el “catálogo” de posiciones jurídicas no restringibles (además de la imposibilidad de fijar un criterio infalible para decir qué cae y qué no dentro de ese catálogo). Por otra parte, también deberíamos acotar el ámbito de protección del derecho innecesariamente a fin de evitar colisiones con otros derechos desde el vamos. Esto último, puede no tener mucho sentido, si aceptamos una esfera del derecho como principio y reconocemos que frente a las colisiones de derechos, en la ponderación, lo que hoy pueda no valer como una posición definitiva para un determinado caso, si lo sea para otro, según el conflicto de los derechos involucrados.

El particular contexto de desarrollo progresivo y exigibilidad de los derechos fundamentales en países como Argentina, autorizan a apartarse con cierta discreción de clasificaciones teóricas estrictas como las propuestas más arriba y a propugnar, en derechos claves como educación, por aquellos argumentos que mejor extiendan y protejan dichos derechos. En este sentido, *quien quiera proteger iusfundamentalmente lo mayor posible, de una manera definitiva, puede intentar hacerlo concibiendo de una forma amplia el supuesto de hecho y de una manera restringida la restricción* (Alexy, ob. cit. 270).

Por este motivo, pese a que resulta apropiado concebir el marco de las restricciones desde la teoría externa (las restricciones aparecen como normas que restringen las posiciones *prima facie* de derecho fundamental en el supuesto de hecho), sostendremos que, frente a determinados derechos, como el presente caso del derecho a la educación, es posible establecer algunos límites adicionales. *Dichos límites lo constituyen las restricciones que, sin pretender adherir a una defensa estricta de la teoría interna, surgen a partir de la creación de reglas sobre contenidos básicos y definitivos que fijan un piso de obligaciones ineludiblemente presentes en la educación como derecho fundamental.*

Así, una combinación de estas teorías supone la existencia de normas como reglas y principios en el mismo derecho. El punto de partida estaría dado por un núcleo básico y definitivo de posiciones del derecho a la educación que no podrían ser restringidas por el Estado en ninguna circunstancia (reglas). Este núcleo estaría rodeado de un perímetro de posiciones prima facie (principios) en las que las intervenciones o restricciones serían admisibles, aunque sólo justificables cuando superasen un examen de proporcionalidad. El gráfico N° 3 refleja con claridad esta conclusión.³²⁶

En el marco del control de constitucionalidad habrá así dos pasos. Frente a cualquier medida de restricción del derecho deberá averiguarse previamente, si la norma o la posición jurídica que se discute en la restricción o se denuncia pertenece al contenido *prima facie* del derecho en cuestión o forma parte de su núcleo de contenido básico compuesto de reglas. Solamente después de descartar que la restricción no importa una afectación indebida de ese contenido inalterable, es posible pasar al segundo nivel, donde podrá examinarse si la medida, frente a una situación concreta, está justificada en función de los subexámenes de la proporcionalidad.³²⁷ En las siguientes páginas y el próximo capítulo describiremos los contenidos de la educación atendiendo a este marco a fin de comprender el tipo de control que debe llevarse a cabo frente a afectaciones al derecho a la educación.

5.4 Derecho a la educación como principio y las obligaciones de cumplimiento progresivo

A continuación veremos cómo la concepción del supuesto amplio de hecho del derecho a la educación, y su subsiguiente identificación a partir de la noción de principios, se encuentra acorde con las obligaciones de cumplimiento progresivo que de dicho derecho se desprenden para el Estado argentino.

En relación con la obligación de progresividad puede decirse que su significado ha quedado precisado tanto por la propia normativa internacional como por la interpretación que de ella han hecho los organismos internacionales competentes. Existen en tal sentido,

³²⁶. Véase numeral 5.2 en este capítulo.

³²⁷. A los requisitos antedichos, debe sumarse las exigencias dispuestas por el art. 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos respecto del alcance de las restricciones (en relación con las posibilidades de limitación de los derechos en función de “los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”) y en particular lo señalado en la Opinión Consultiva 6 de la Corte Interamericana respecto a la exigencia de ley formal para el caso de cualquier restricción que afecte a los derechos humanos (art. 30 de la Convención).

dos normas principales a atender. Por un lado el artículo 2.1. del PIDESC en cuanto señala que “[C]ada uno de los uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para *lograr progresivamente, por todos los medios apropiados*, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.³²⁸ Por otra parte, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos agrega : “[L]os Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para *lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos* que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.³²⁹

A su vez, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló en su Observación General N°3 que la progresividad debe entenderse como la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible a la plena efectividad del derecho. El Estado debe procurar lograr cada vez niveles más altos en la satisfacción del derecho.³³⁰ En la obligación coexisten dos sentidos complementarios: *gradualidad* y *progreso*. Si el logro de la satisfacción plena de los derechos no puede ser sino gradual, es decir, paulatino en el tiempo, la obligación de los Estados es ir transitando esa gradualidad, ir progresando, mediante la implementación de medidas, en las condiciones de satisfacción del derecho (Abramovich y Courtis: 2002: 92).³³¹ No cualquier medida u acción del Estado implica *per*

³²⁸. En igual sentido, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el principio de progresividad “consiste en la adopción de providencias, especialmente económicas y técnicas – en la medida de los recursos disponibles, sea por vía legislativa u otros medios apropiados – para lograr progresivamente la plena efectividad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales (Caso Acevedo Buen día y otros vs. Perú, sentencia del 1/07/2009).

³²⁹. Debe sumarse a esta norma la interpretación de lo dispuesto en el art. 1° del Protocolo de San Salvador ya citado.

³³⁰. CDESC, Observación General N° 3, párr. 10.

³³¹. Véase Abramovich y Courtis (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, ob. cit., p. 92 y Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Apuntes introductorios” en Ídem. (comp.) (2006): *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, págs. 8 y 9.

se que se cumple con este requisito, el cumplimiento progresivo será real si contribuye verdaderamente a una mayor extensión del reconocimiento del derecho.³³²

La observación citada puede complementarse en su análisis con los Principios de Limburgo sobre la interpretación del artículo 2º del PIDESC (párrafos 21 a 24) y de lo que se deduce lo siguiente.

- *Los Estados tienen la obligación de empezar a hacer inmediatamente (tanto fáctica como normativamente) y actuar con rapidez en los pasos necesarios para lograr la efectividad de los derechos. Bajo ninguna circunstancia la progresividad puede ser interpretada de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad.*
- *Se deben utilizar todos los “medios apropiados” incluidas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educativas, consistentes con la naturaleza de los derechos para cumplir con sus obligaciones bajo el Pacto.*
- *La obligación del logro progresivo existe independientemente de cualquier aumento de recursos; requiere de una utilización eficaz de los recursos de que se disponga. Además de un aumento en los recursos, también se puede lograr la aplicación progresiva por medio del desarrollo de los recursos dentro de la sociedad que sean necesarios para lograr la plena realización de los derechos consagrados en el Pacto para todas las personas.*

La progresividad lleva como correlato directo la *prohibición de regresión* arbitraria (PR).³³³ El Estado está obligado a mejorar continuamente las condiciones de goce y ejercicio del derecho. *Esto impide así al Estado argentino ir hacia atrás en el reconocimiento del derecho a la educación actual*, lo que dota a este derecho de un piso certero desde donde medir en adelante su evolución. No es posible en nuestro esquema constitucional negar la calidad de educación como derecho fundamental, con todo lo que ello implica en cuanto al carácter de su contenido, la obligación de prestación pública y gratuita y la legitimación y acceso a la jurisdicción (administrativa o judicial) toda vez que su ejercicio

³³². En este sentido, recuerda el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General N° 3 que, “aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción” (párrafo 11).

³³³. Conforme el “principio de irreversibilidad” de los derechos humanos, en tanto que alcanzado un estadio de reconocimiento de los derechos, estos no pueden ser desconocidos.

se vea amenazado. Consecuentemente, el Estado no puede adoptar políticas o sancionar normas que empeoren la situación de reconocimiento del derecho. No podría retroceder en el reconocimiento de la gratuidad en todos sus niveles, o dejar sin efecto la ley que dispone un mínimo de 180 días de clases efectivos, por ejemplo. Cualquier medida regresiva debe ser justificada ampliamente por el Estado, pues en principio, se presume violatoria y por ende, inconstitucional. En estos casos, la medida debe ser evaluada a través de un examen de escrutinio estricto y deberá en todo momento mantener asegurado el cumplimiento de las obligaciones impostergables que constituyen el contenido básico del derecho definido.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales explica que “la admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte”.³³⁴ Es decir, el Estado debe demostrar: a) que ha agotado todos los medios disponibles de recursos humanos, técnicos, organizativos, tanto públicos como privados y tanto en el ámbito nacional cuanto aquellos que pueda obtener de la cooperación internacional³³⁵ para, como cuestión de prioridad, satisfacer las obligaciones; y b) que ha realizado un uso eficaz de dichos recursos.³³⁶

Resulta necesario aquí insistir en una reflexión particular para el caso argentino. Como sostuvimos anteriormente, el piso básico de los contenidos que presenta la educación como derecho fundamental en la Argentina se ubica ya en varios de esos aspectos (respecto de los cuales internacionalmente sí existe cierta flexibilidad de cumplimiento

³³⁴. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13, párrafo 45). Un análisis del alcance de esta prohibición desde el plano nacional e internacional, y las características de la presunción en contra de toda medida que implique un retroceso en el reconocimiento del derecho puede ser visto en detalle en el trabajo de Clérico Laura y Treacy Guillermo (2007), ob. cit. Estos autores, traen a colación en el ámbito local el caso “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios” (Fallos 328:1602 - 2005), donde la Corte Suprema de la Nación ha dicho que “[l]a consideración de los recursos disponibles de cada Estado -conf. arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos- constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, mas no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes (conf. art. 29 de la Convención citada).”

³³⁵. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 3, párrafo 13.

³³⁶. Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14, párrafo 47.

progresivo) en un nivel superior al que se fija en dichos instrumentos internacionales de derechos humanos. Es decir, existe en el país un piso jurídico nacional robusto que está por encima del que surge de las obligaciones internacionales establecidas a los Estados en los instrumentos internacionales en la materia. *Por este mismo motivo, el examen de prohibición de no regresión arbitraria es para el caso argentino fundamental, atendiendo al cúmulo de obligaciones ya exigibles que surgen del cuerpo normativo nacional analizado. Conforme concluimos en el capítulo II, ese desarrollo normativo en educación ha sido extenso y tales contenidos, muchos de los cuales fueron finalmente plasmados en el texto constitucional, debe definírseles como definitivamente ganados y por lo tanto no es posible dar marcha atrás en su reconocimiento. Ejemplos de estos contenidos son la gratuidad, la exigencia mínima de 180 días de clases efectivos, entre otros.*

Tanto la Corte Interamericana como el Comité de DESC se pronuncian en ámbitos más cautelosos que atienden a las situaciones generales de los países comprendidos, aunque sin que por eso se desmerezca lo valioso de muchas de sus interpretaciones con vistas a dar el mayor alcance a la protección del derecho. Un ejemplo claro de ello, lo constituye, como ya señalamos, la obligación de la Argentina de asegurar la plena gratuidad en todos los niveles educativos, amén de lo dispuesto por el art. 13.2, b) y c) del PIDESC. Volveremos reiteradamente sobre este punto, en oportunidad de analizar detalladamente las obligaciones en educación en cabeza del Estado argentino en el siguiente capítulo.

5.5 Los estándares para el control del cumplimiento de las obligaciones de cumplimiento progresivo. Remisión

Es posible definir estándares para examinar si una restricción a un derecho en el marco de los principios (ya sea por una acción, omisión o incumplimiento defectuoso) resulta o no violatoria de la prohibición de no regresión arbitraria y por ende inconstitucional. Recapitulando, podemos trazar estos estándares sobre la base de la intensidad de aplicación del examen de proporcionalidad ya analizado.

Así tenemos, por un lado, el *examen de mera razonabilidad* (aplicación leve del examen de proporcionalidad en sus tres niveles conforme vimos). Por el otro lado, tenemos el *examen de escrutinio estricto*, que respecto del supuesto anterior, conlleva un examen de la razonabilidad mucho más agravado. La justificación de este examen agravado aparece muy vinculada desde la perspectiva de los sujetos de derechos involucrados en la educación básica, en tanto se trata de niños y adolescentes, que poseen una autonomía en

desarrollo.³³⁷ Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo referencia al examen de escrutinio estricto en educación en los fallos “Repetto” y “González de Delgado”. En esos casos, la referencia fue sostenida por tratarse de casos en donde la causa de discriminación formaba parte de una “categoría sospechosa” (la nacionalidad en el primero, el género en el segundo – si bien también involucraba el tema adolescentes en la educación secundaria básica). Se habla de categorías sospechosas para referirse a aquellos criterios clasificatorios que en principio son prohibidos según una norma constitucional o en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Treacy, 2005; Bianchi y Gullco, 2001, Gullco, 2007). Cuando una norma clasifica sobre la base de “categorías sospechosas”, aparece una presunción de inconstitucionalidad (Clérico y Treacy, 2007).

Es decir, el examen de escrutinio estricto supone una inversión de la presunción de la constitucionalidad de la norma (que supone una restricción) que se impugna; se presume la inconstitucionalidad y se traslada la carga de la prueba, de la argumentación y justificación al Estado. Por lo tanto, a diferencia de un examen de razonabilidad común, el punto de partida cambia, pues éste último parte de la presunción de constitucionalidad del acto estatal; no así el supuesto de escrutinio estricto. En este sentido “se exige una justificación agravada: la presunción de inconstitucionalidad sólo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar “razones suficientes”.³³⁸ Así, en los casos citados donde la Corte hizo alusión al examen de escrutinio estricto sostuvo la necesidad de existencia de un “interés vital del Estado”³³⁹ o “un imperioso

³³⁷. Así puede interpretarse lo dispuesto en el 75 inciso 23 CN, que permite considerar a los niños, entre otros, como categoría vulnerable. Desde el punto de vista internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 19) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 19), ambas con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) importan un reconocimiento especial hacia los niños como grupo vulnerable y sujeto de derechos. Conf. Clérico Laura y Treacy Guillermo (2007): “Notas para volver a pensar...”, ob. cit.

³³⁸. Por último, supone una regla epistémica; que dice que si persisten dudas al final de la argumentación, se debe resolver a favor de la inconstitucionalidad de la norma”. Conf. Clérico Laura y Treacy Guillermo (2007): “Notas para volver a pensar...”, ob. cit. Véase también Clérico, L. (2008): “Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural”, en: *La Corte y los derechos 2005-2007*, ob. cit.

³³⁹. Así, en el caso “Repetto” dijo la Corte que “el interés vital del Estado en la educación [...] tampoco puede ser invocado genéricamente para aceptar la validez constitucional de las normas reglamentarias impugnadas, ya que el Estado nacional Argentino, de cuyo gobierno es órgano esencial esta Corte, no puede tener interés más vital que el respeto cabal de las prescripciones de su Constitución” (consid. 6). Asimismo, el voto del ministro Petracchi en el caso “González” señaló que “quien defienda una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos. La justificación ha de ser “genuina” y no ha de basarse en indebidas generalizaciones sobre los diferentes talentos, capacidades o preferencias de hombres y mujeres [...]. En efecto, los actores no han mostrado (y mucho menos, demostrado) cuál sería el imperioso interés público que aconsejaría excluir a las jóvenes de los beneficios de la educación que brinda el Monserrat, antes

interés público” o “interés estatal urgente”. La justificación de dicho fin estatal deberá estar acompañada además de la demostración acerca de la imposibilidad de poder lograr el fomento del mismo fin a través de cualquier otro medio alternativo menos lesivo o restrictivo del derecho.

5.6 El derecho a la educación y su contenido básico. Las obligaciones de cumplimiento inmediato como regla

El derecho a la educación como norma asume, como dijimos, un doble carácter, el de reglas y de principios, si bien en diversos niveles y contenidos. Habiendo expuesto más arriba en este capítulo el contenido del derecho en el nivel de principio,³⁴⁰ trazaremos ahora la regla del derecho fundamental a la educación:

***R1:** cuando una persona (y aún más si es un niño o un grupo de niños o una persona que pertenece a uno de los grupos desaventajados del artículo 75 inc. 23 de la Constitución) se vea imposibilitado de disfrutar el contenido básico del derecho a la educación, en tanto esta restricción constituye un perjuicio o un daño grave, y un actuar requerido es urgente, los Estados tienen la obligación impostergable de hacer algo adecuado y suficiente para posibilitar el ejercicio del derecho.³⁴¹*

El contorno del contenido básico como regla puede distinguirse de lo que comúnmente se entiende como contenido mínimo o esencial. Si bien existen diversas propuestas sobre este punto,³⁴² creemos es la más adecuada considerar aquella posición que entiende que el contenido esencial alude a aquel cuya eventual ausencia “desnaturalizaría” el derecho. El contenido mínimo o inderogable se trataría de un contenido más restringido que la idea de un piso o contenido básico, puesto que es empleado en el ámbito internacional para definir

bien, dicho imperioso interés público consistiría en evitar dicha exclusión, con rapidez indeliberada, porque ella se apoya en un perjuicio que, como tal, no merece justificación alguna.” (consid. 9).

³⁴⁰. Véase acápite 5.4 en este capítulo.

³⁴¹. La regla antedicha parte en su elaboración de la formulación expuesta por Laura Clérico en la regla de contenido mínimo de los derechos sociales analizada en el siguiente trabajo: Clérico, L. (2008): “Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural”, en: *La Corte y los derechos 2005-2007*, Buenos Aires: ADC/Siglo XXI, pp. 479- 494. V. asimismo, Ronconi, L. (2012): “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, en *Salud Colectiva*, vol. 8, núm. 2, Buenos Aires: UNLA, pág. 131.

³⁴². Puede verse en este sentido la clasificación expuesta por Parra Vera, Oscar (2006): “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad” en Christian Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, CEDAL, CELS, págs. 53-78, y el análisis sobre el tema en el trabajo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008): *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, pág. 144.

aquellas obligaciones ineludibles o inexcusables que tienen los Estados en relación con el derecho.

El término de contenido básico o piso del derecho es más amplio, al permitirnos abarcar un marco de obligaciones más extenso. Ello no impide hacer éste partícipe de las notas de esenciabilidad o inalterabilidad, que las incluye. Ambos se delimitan por la necesidad, a partir de la gravedad u urgencia del perjuicio o daño que deviene de su no atención (así como el hecho de que la insatisfacción de cualquiera de ellos se traduciría claramente en un menoscabo del derecho igualmente).

El contenido básico adopta el carácter de regla y forma parte del supuesto de hecho no ponderable. Constituye ese piso que bajo ningún argumento el Estado argentino puede desatender pues no está sometido a negociación alguna y constituye el mandato jurídico e inmediatamente exigible. La idea de un piso de un derecho alude así al contenido indisponible para el legislador, no restringible e irreductible en tanto abarca un conjunto elemental de bienes e intereses protegidos, de posiciones jurídicas definitivas que conforman el campo semántico de la norma constitucional que concibe al derecho en cuestión. Su no respeto conlleva a desvirtuar al derecho y a la pérdida de su carácter deóntico.

Este contenido que se fija como piso presiona a los Estados a aquello que el legislador, ya ha ponderado y presupuestado y por ende, hizo los exámenes previos necesarios para que sancionada la norma, su contenido pueda y deba cumplirse. En este tipo de contenidos, se reputa que el legislador ya consideró que determinada acción, conducta o situación fomenta la realización del derecho y la ha fundado constitucionalmente. De eso no puede desprenderse sino la consecuencia jurídica del deber de realizar dicha acción o conducta. Por ende, la exigibilidad que le cabe a ese contenido debe ser inmediata y se corresponde con el deber del poder judicial de hacer efectivo dichos contenidos definitivos mediante la subsunción frente a la omisión o incumplimiento defectuoso por parte de los sujetos obligados.

El principal desafío que esto involucra es afirmar paralelamente que dicho piso deba ser lo suficientemente determinado en un grado tal, que no requiera de ponderación alguna. De este modo, se exige que el núcleo básico en abstracto pueda ser objetiva y concretamente definido, y no sólo a partir de intuiciones u otros criterios intersubjetivos. Sin duda, esto constituye un desafío si sólo nos atenemos a la fórmula de la norma constitucional, que aunque pueda hacer mención al derecho de manera explícita y directa,

a menudo dicha cláusula puede presentar una extensión imprecisa debido a su vaguedad y su redacción escueta, hasta buscada de modo consciente por el propio constituyente.

En este sentido, sobre la base de los presupuestos materiales de la autonomía y la igualdad, el conjunto de las reglas resultará acotado a un grupo de normas y posiciones jurídicas substanciales donde su validez definitiva proviene:

- de los “*casos claros*”, que se identifican a partir de la literalidad del texto o cláusula de derecho fundamental previsto en la Constitución Nacional y en aquellas cláusulas de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional que prevén obligaciones operativas sin necesidad de reglamentación alguna, pues se tratan de casos precisos, donde la norma pertenece al ámbito normativo de la disposición fundamental y no puede ser contradicha en ningún caso por otra norma legal.³⁴³ Las violaciones a la norma “caen sin problemas de interpretación de normas ni de hechos en el antecedente de la norma” (Clérico: 2010). Así entonces, por ejemplo, la gratuidad por lo menos en el acceso a la educación en Argentina en todos sus niveles – primario, secundario y superior, que surge del propio artículo 75 inc. 19 y de los artículos de los tratados de derechos internacionales de derechos humanos como el artículo 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, atendiendo a su mención explícita directa, no puede ser objeto de ningún retroceso, pues no existe duda respecto de su admisibilidad como contenido del derecho fundamental a la educación.
- de las reglas que surgen de las ponderaciones negativas que realizaron los tribunales y de las ponderaciones positivas que realizó el poder legislativo respecto de los

³⁴³. Pueden encontrarse otras definiciones complementarias a la noción de “casos fáciles”. Así L.H. Hart explica los casos “*plain cases*”, como aquellos que en términos generales no necesitan de interpretación y donde el reconocimiento de los casos aparece como no problemático o “automático”, son sólo los casos familiares, se repiten constantemente en contextos similares, y existe un acuerdo general en los juicios en cuanto a la aplicabilidad de los términos de su clasificación. Véase L. H. Hart (1961): *The concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, pág. 123. Siguiendo esta definición, Bernal Pulido expresa que “un caso puede ser catalogado como fácil, cuando es posible reconocer a primera vista, si el evento que se presenta es uno de los ejemplos previstos por la norma que debe aplicarse. [...] El intérprete se sitúa frente a un caso fácil, cuando puede determinarse *ab initio* y sin mayores vacilaciones, si la hipótesis de que se trata se encuadra dentro de la referencia semántica de la disposición jurídica relevante o si, por el contrario, está excluida de esta. (Bernal Pulido, ob. cit.: 140). Otra construcción interesante de la definición de casos fáciles puede encontrarse en los trabajos de Laura Clérico (2009b) y Liliana Ronconi (2011) en materia de derecho a la salud donde su delimitación queda conformada por la obligación estatal de un hacer positivo impostergable, en caso contrario lo que se viola no es sólo el derecho a la salud sino también el derecho a la “subsistencia de la persona”.

derechos fundamentales, sistematizadas y reconstruidas en forma crítica por la dogmática constitucional. Es decir, que pese a que en el estado actual tales reglas se fundamentan sin ponderación alguna, ello es así desde que tales reglas han sido ya el resultado de una ponderación. Se trata en suma del producto prolongado y compacto de haber ya sido reiteradamente objeto de ponderaciones previamente en el proceso legislativo o jurisprudencial, lo que sienta una base suficiente a partir de la cual la solución de muchos casos puede derivarse en forma segura. Y es que en este sentido, el derecho a la educación ha sido objeto de debate y análisis tanto en el Congreso, cuanto (si bien con distintos matices), en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por un lado, del análisis normativo descrito en los capítulos *I* y *II*, es posible deducir con una precisión plausible contenidos básicos presentes en la educación desde el momento fundacional del propio Estado, previéndose patrones reiterados y uniformes que marcan un catálogo de obligaciones y criterios de organización y funcionamiento del sistema educativo claves. Por el otro lado, la existencia de casos que sientan precedente (amén de su carácter no vinculante *stricto sensu*) y una doctrina y práctica constitucional estable en el punto por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, permiten también elaborar un conjunto de reglas-resultados a partir de un *modelo de la ponderación orientado por reglas*,³⁴⁴ evitando posteriores ponderaciones en concreto que ya han sido resueltas, y con carácter vinculante. La regla sobre la prohibición de discriminación basada en categorías sospechosas sentada por la Corte en los casos ya citados (como “Repetto”, “Gonzalo de Delgado”) y más allá de su expresa mención en los textos constitucionales y de los tratados, son un ejemplo de este punto. Algo similar podría predicarse de la regla respecto a la educación laica y la posición que el Estado educador ha tomado en la materia, habiendo quedado saldada dicha discusión desde el tiempo de la sanción de la ley 1420.³⁴⁵

La afirmación de un contenido como regla *ex ante* choca con las críticas que se aducen contra las teorías internas de la restricción y aquellas vinculadas con la afectación de la

³⁴⁴. Sobre el modelo de la ponderación orientado por reglas, véase Clérico (2009): *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, ob. cit. pág.180. Clérico afirma sin embargo que la regla resultado de la ponderación no vale de forma definitiva sino habla de “universalización” del resultado de la ponderación, en el sentido de que “un resultado-regla de la ponderación es universalizable si es aplicable para la solución de un nuevo caso, y lo es si las condiciones del antecedente de la regla- resultado de la ponderación y las circunstancias del (nuevo) caso concreto, se pueden justificar como iguales o similares” (pág. 182).

³⁴⁵. Para un mayor análisis de dicho debate parlamentario y la ley, véase capítulo II, numeral 2.1.3 de este trabajo.

libertad del individuo, la falta de fundamentación objetiva, o su intransigencia al cambio. Ciertamente varias de esas críticas tienen asidero y se encuentran bien fundamentadas en el plano teórico y filosófico.³⁴⁶ Sin embargo, la práctica demuestra de manera particularmente vigorosa la existencia de cierto contenido básico o de carácter esencial. Dichas cualidades están reconocidas en los derechos fundamentales en muchos ámbitos. La persistencia en la idea de un núcleo inalterable, está presente en nuestra Constitución en el artículo 28 en cuanto prescribe la inalterabilidad de los derechos fundamentales por parte de las normas reglamentarias. Así también el artículo 99 inc. 2 prohíbe al Poder Ejecutivo alterar “el espíritu de la ley” con excepciones reglamentarias. También existen antecedentes en el derecho comparado, tomando por ejemplo el artículo 19 de la Ley Fundamental Alemana, el artículo 53 de la Constitución Española y la Constitución Europea en su artículo 112.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N° 3, habla de contenidos con una nota de “esencialidad” en oportunidad de aludir al cumplimiento de las obligaciones mínimas que les caben a los Estados al ratificar el PIDESC y afirma “que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. [...] Un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y de vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del [PIDESC]”.³⁴⁷ Particularmente, la Corte Constitucional colombiana ha propuesto también una definición de núcleo esencial con referencia a un caso de derecho a la educación señalando que “se denomina contenido esencial o núcleo esencial al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o las formas en que se manifieste. El núcleo esencial de un derecho fundamental, entonces, no está sometido a la dinámica de coyunturas políticas. En el caso del derecho a la educación, no es posible negar injustificadamente el acceso y la permanencia en el sistema educativo a una persona”.³⁴⁸

La necesidad de consolidar una concepción de la educación como derecho fundamental en nuestro sistema jurídico debe atender a este argumento, en tanto permite reforzar las

³⁴⁶. Véase en este sentido, las obras de Alexy (2008:257), Afonso da Silva (2009: 128), Borowski (2003: 36), entre otros.

³⁴⁷. Véase asimismo, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997).

³⁴⁸. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-944 de 2000.

condiciones de exigibilidad del derecho en sociedades con problemas de realización de los derechos sociales y de fuertes desigualdades. Una interpretación cuidadosa del piso que deriva del bloque de constitucionalidad federal bajo este modelo permitiría una fundamentación iusfundamental de estos contenidos, que se suponen condición previa y necesaria para la existencia y sostenimiento de una sociedad democrática e igualitaria.

Por cierto no todas las críticas son enteramente insalvables. Al menos el argumento de la libertad considerado en abstracto, resulta criticable desde una concepción igualitaria y preferimos, por su extensión, tratar el punto separadamente más adelante.³⁴⁹

En relación con la segunda crítica, vinculada con la falta de objetividad, la delimitación que formulamos no resulta enteramente discrecional ni deja una brecha tan amplia como para permitir a un legislador o juez elaborar construcciones *ad hoc* o manipular un contenido básico que no surja de la aplicación de las pautas que conforman las reglas que describiremos en el siguiente capítulo. Estas últimas a su vez surgen de la aplicación de las reglas del discurso en la fundamentación de los contenidos de la educación como derecho fundamental, lo que permite llegar a argumentos racionales que sostengan con cierta objetividad las reglas propuestas como piso básico del derecho (Alexy, 2008; 2003).

Finalmente, la conceptualización de la regla no supone una validez absoluta universal, pues también es posible admitir colisiones con otras reglas que pueden dar lugar a cláusulas de excepción, y que serán resueltas de acuerdo con la importancia de las otras reglas que intervengan en el conflicto.³⁵⁰ Por último, un contenido mínimo puede no tener como fundamento necesario el asociarlo con posturas conservadoras o contrarias al cambio. Dicho contenido, en cuanto persigue el más amplio reconocimiento del derecho, puede ser permeable a los avances normativos y a la actualización de la jurisprudencia que demarque el curso de la vigencia del principio de progresividad (Clérico, 2009: 90).

Nuestro contenido básico, insistimos, no tiene pretensiones de carácter espacial universal, sino limitado al desarrollo de un concepto de derecho a la educación en el

³⁴⁹. Véase numeral 6 en este capítulo.

³⁵⁰. Así por ejemplo cuando la tensión ocurra entre una posición prevista en la regla del derecho a la educación frente a otra posición que ponga en juego la vida misma de la persona (por ejemplo la suspensión preventiva de clases frente a la amenaza cierta de un huracán que atravesará la ciudad), deberá apelarse a la creación de una cláusula de excepción que elimine el conflicto. En este caso, la cláusula contemplará la situación y hará que prime la integridad física de las personas estudiantes y maestros. Pero ello no niega la validez de ninguna de las dos posiciones que colisionan en el caso concreto. Véase en relación con la definición de las cláusulas de excepción, Alexy (2009), ob. cit., pág. 69.

derecho argentino, con la apelación subsiguiente a nuestra Constitución Nacional y a la concepción de un Estado social de derecho en el marco de una sociedad igualitaria.

Así, sobre la base de la regla antedicha (R1), podemos reelaborar como subregla de contenido básico del derecho a la educación formal (básica) en el derecho argentino:

***R1.2:** cuando el Estado, por acción u omisión (defectuosa u insuficiente) incumple con la prohibición de la exigencia de lo insoportable o la prohibición de inacción, esto es, incumple en el aseguramiento de un piso garantizado constitucionalmente y que se traduce en concreto en el derecho a una educación bajo ciertas condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad; entonces se vulnera el contenido básico definitivo del derecho fundamental a la educación.*

Sobre la base de esta regla, es posible redefinir en obligaciones de cumplimiento inmediato específicas:

- *prohibición de lo insoportable:* la exigencia de lo insoportable se configura cuando se espera del afectado que acepte una exigencia, una situación que provoca una restricción muy intensiva en sus derechos fundamentales. Clérico (2009: 273) afirma que esta restricción, sea por acciones u omisiones estatales, debe interpretarse en función del caso concreto atendiendo a la intensidad de dicha restricción de acuerdo con las necesidades, intereses o el plan de vida del individuo en el caso, a la luz de los argumentos que hablan a favor de la realización de los principios constitucionales que se encuentran en colisión. Si bien la autora lo sugiere, sostenemos que frente al contenido básico del derecho a la educación, es posible objetivar esta interpretación del afectado a someterse a lo insoportable de manera tal de construir parte de una regla uniforme y general que va más allá de una estricta comprobación empírica en cada supuesto en particular. La garantía de la prohibición de discriminación en el ejercicio del derecho (al ingreso en la escuela pública bajo el argumento de no ser ciudadano de un país por ejemplo) comprende claramente un contenido de lo insoportable.
- *prohibición de inacción:* en consecuencia el Estado debe adoptar “medidas deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible”³⁵¹ hacia el pleno ejercicio de las posiciones jurídicas garantizadas en el derecho a la educación, hasta el máximo de los recursos que el Estado disponga. La prohibición si bien tiene por

³⁵¹. Véase CDESC, Observación General N° 3, párrafo 2.

especial destinatarios a los órganos legislativos y ejecutivos, en tanto son los encargados del diseño y ejecución de las políticas públicas en la materia así como de la provisión de los recursos efectivos para hacerlos exigibles, también implica una responsabilidad importante hacia los poderes judiciales que son quienes admiten los reclamos e interpretan las normas en juego para la protección del derecho.

- *obligación de garantizar niveles básicos del derecho*: que se desprende como una consecuencia necesaria de las prohibiciones anteriores. En el caso argentino refiere a: a) una educación básica comprendida por los niveles inicial, primario y secundario; (y superior) (previendo además regímenes particulares para aquellos con necesidades especiales de aprendizaje, por expreso mandato constitucional y legal), b) que esa educación, importa la obligación del Estado nacional, sin perjuicio de su estructura federal, de disponer de la infraestructura edilicia, vacantes, materiales, formación y capacitación de plantel docente y demás recursos pedagógicos que resulten necesarios para dar cumplimiento a los estándares nacionales e internacionales de disponibilidad, accesibilidad (no discriminación, accesibilidad material y económica), aceptabilidad y adaptabilidad.

En el siguiente capítulo profundizaremos el detalle del contenido de las obligaciones en este sentido y aquellas de cumplimiento progresivo.

5.7 El derecho a la educación básica formal y el supuesto de hecho no sometido a ponderación

A modo de resumen, el esquema expuesto permite la reconstrucción del supuesto de hecho no restringible, el que alude a un piso de contenidos enteramente exigibles e irrenunciables al que se puede llegar a través de las siguientes clasificaciones.

- *Clasificación por su contenido de regla y principio*: el derecho a la educación como derecho fundamental se aviene a una clasificación de su contenido a la luz de una teoría mixta que combine un núcleo de contenidos básicos (de la teoría interna - punto *a* más abajo) y el supuesto de hecho ampliado (conforme a la teoría externa - puntos *b* y *c*). De este modo el contenido no restringible y definitivo quedaría conformado del siguiente modo:

- a. por la regla R1 (que se define en particular a partir de la regla de contenido básico o piso descripta como R1.2);
 - b. por el contenido que progresivamente vaya sumándose como contenido ganado en función de la prohibición de regresión, la obligación de abstenerse de retroceder (PR);
 - c. por los resultados de la ponderación en los casos donde la validez *prima facie* del principio P1, una vez realizado el examen de proporcionalidad, arroja como resultado una posición definitiva a favor de dicho principio. Esto es: (P1 P P2) ➔ R.
- *Clasificación por el modo de evaluar el incumplimiento de las obligaciones:*
 - a. las normas sobre contenido básico (que incluyen al contenido mínimo/esencial) del derecho a la educación se aplican como reglas por tratarse de obligaciones de cumplimiento inmediato e impostergable. El Estado no puede alegar ninguna causal válida para eludir su cumplimiento;
 - b. las normas restantes que conforman el supuesto de hecho ampliado del derecho así como aquellas que alientan su desarrollo progresivo, en tanto comprenden el conjunto de obligaciones de desarrollo progresivo, se aplican como principios. En el primer supuesto, la posición jurídica garantizada puede no valer definitivamente por la colisión con otras posiciones jurídicas de otros derechos que en el caso concreto prevalezcan a la del derecho a la educación. Tratándose del segundo grupo de normas, el Estado puede argumentar la existencia de un fin estatal que, bajo condiciones excepcionales (como fueron ejemplificadas más arriba), quede habilitada una restricción en la posición jurídica anteriormente ya garantizada. En cualquiera de los casos, ambos supuestos quedan sujetos a un *examen de razonabilidad de escrutinio estricto*.

La importancia de estas clasificaciones radica en su claridad para ver qué debemos entender como contenido no restringible y definitivo: es decir, el *contenido jurídicamente exigible en forma definitiva* y del que se deriva un conjunto de obligaciones concretas a cargo del Estado respecto de las cuales su incumplimiento (o cumplimiento defectuoso o insuficiente) implica llanamente la vulneración del derecho a la educación formal básica como derecho fundamental. La tesis que sostiene el derecho a la educación como derecho fundamental procura justamente reforzar la exigibilidad y la plena realización de la educación, habilitando con ello mecanismos propios de ejercicio y reclamo de un derecho

y no de una mera prestación de servicio público o en el marco de una regulación entre particulares y sin la asunción de responsabilidad que le cabe al Estado (como responsable del cumplimiento y protección de los derechos constitucionales).

6. Los presupuestos materiales del derecho a la educación

El derecho a la educación se enmarca en un sistema jurídico constitucional en el que preexisten los principios rectores de la igualdad y la autonomía personal. Dichos principios atraviesan transversalmente las reglas del derecho a la educación por ser el marco de referencia o el “tablero” donde se aplican. Así, estos principios impactan fuertemente en la interpretación del contenido y límites del derecho.

En el ordenamiento jurídico argentino tales principios son fundantes de la democracia constitucional y contribuyen ampliamente a la consolidación de los procesos de democratización de nuestra sociedad. Así lo ha entendido también la jurisprudencia de la Corte como ya vimos en varios casos.³⁵²

6.1 La libertad y la autonomía personal

Diffícilmente sea posible abarcar un único concepto que englobe todas las aristas involucradas en la noción de autonomía. Gerald Dworkin (1989:9) sostuvo que existe un concepto pero muchas concepciones acerca de la autonomía con el solo punto en común de que es una característica de la persona y que es deseable tener (G. Dworkin, 1981: 55). Algunos autores sostienen que la idea central de autonomía podría asociarse con el hecho de que los individuos puedan decidir por sí mismos qué piensan sobre cualquier cuestión, qué es lo que quieren hacer con su vida y si y cómo quieren cambiarla. Ella exigiría tener las capacidades personales, oportunidades de elegir de y acceder a aquellas oportunidades, como para diseñar, revisar y perseguir una concepción de la ‘buena vida’, y ver esa concepción como algo que contribuye a formar la identidad de la persona durante un cierto período de tiempo (Fabre, 2000:12). En este sentido, G. Dworkin (1989, 16) aludiendo a un “concepto global”, afirma que la autonomía está ligada a la identificación de la persona con sus proyectos, valores, objetivos y metas, deseos, entre otros. En igual sentido, Archard (1994:158) sostiene que cuando se habla de autonomía resulta más útil

³⁵². Así Petracchi lo ha resumido en sus votos en varios fallos emblemáticos haciendo alusión a la doctrina de la Corte que mantiene este parecer. V. “Bazterrica” (Fallos: 308:1392), consid. 9; “Sejean” (Fallos 308:2268), consid. 9 y “González de Delgado” (Fallos 323:2659), consid. 13, entre otros.

tener en mente vidas y no decisiones particulares. Una vida es autónoma si, tomándola en su conjunto y en lo principal, su diseño y dirección puede ser atribuida a deliberadas y conscientes opciones del individuo. En esta perspectiva, Young (1980:78) expresa que el corazón de la noción de autonomía está vinculado con la capacidad de ejercicio de un sujeto de su propia libertad de modo tal de ordenar su vida de acuerdo con el plan o concepción que expresen enteramente sus propias decisiones.

A menudo la definición de autonomía es polarizada entre una concepción negativa y una positiva. Mientras la primera sugiere una idea de control inmediato de deseos y conductas, la segunda aparece más vinculada con la idea de derecho, refiriendo a la idea de la persona de tener la oportunidad de elegir cómo vivir sin ser condicionada por los otros. La concepción negativa se asocia fundamentalmente con la no interferencia, la posibilidad de actuar como mejor nos parezca sin que nadie se interponga u obstaculice nuestros actos. En términos de Isaiah Berlin uno es libre en el grado en que nadie interfiere con su actividad, “es el espacio dentro del cual un hombre puede actuar sin ser obstruido por otros. Si soy prevenido por otros de hacer algo que de lo contrario hubiera hecho, no soy en este sentido libre; y si este espacio es contraído por otros hombres más allá de un cierto mínimo, puedo describirme como coercionado, o quizás, esclavizado. [...] Coerción no es, sin embargo, un término que cubre cualquier forma de incapacidad [...] implica la deliberada intervención de otros seres humanos dentro del espacio en el cual de otro modo yo podría actuar” (1969:122). Esta libertad de interferencia en asuntos personales, deriva en la limitación del poder de particulares y también del Estado dentro de un fuerte marco legal.

La noción negativa no puede por sí sola ofrecer un concepto acabado de autonomía y hasta se revela insuficiente de cara al derecho a la educación. Estar capacitado para tomar decisiones no garantiza por sí solo la autonomía del sujeto. Es decir, no sólo es importante que los criterios conforme se actúa no sean impuestos desde afuera sino también que la persona controle los criterios que aplica. Así, el aspecto negativo es una condición necesaria pero no suficiente de la autonomía.

El carácter insatisfactorio de las teorías “clásicas” como aquellas provenientes de autores como J.S. Mill, se ve reflejado de este modo, en la necesidad de completar la noción de autonomía a partir de una libertad positiva que deriva del deseo de la persona de ser su

propio dueño como explicó Berlin (ob. cit.: 131).³⁵³ Esta visión se encuentra a tono con aquella sostenida por Raz (1986: 369) quien afirma que “el ideal de autonomía personal es la visión de la gente de controlar, hasta un cierto punto, su propio destino, modelándolo a través de sucesivas decisiones a lo largo de sus vidas”.³⁵⁴

Ambas concepciones, en su acepción negativa y positiva, deben coexistir. Es decir, un sujeto será plenamente libre si es capaz de articular por sí una voluntad que le permita fijarse una meta o un objetivo y si, al mismo tiempo, es capaz de realizar las conductas necesarias para alcanzar esa meta sin obstáculo, y sin que esté obligado a realizar una conducta distinta.

Conviene preguntarse ahora la relación que existe entre autonomía y el derecho a la educación. En efecto, la educación comporta, más allá de la educación informal que se lleve en otros ámbitos distintos del contexto escolar, ese sustrato o combustible que permite dotar a la persona de las capacidades requeridas para el ejercicio de su autonomía, reconocer sus posibilidades y apropiárselas. Si el individuo es el autor de su propia vida, debe adquirir un conjunto de habilidades o facultades mentales, un cierto conocimiento formal, que le permita formar su pensamiento e intenciones de cierta complejidad como lo son el diseño de su plan de vida, la comprensión de un adecuado rango de opciones y de los medios requeridos para alcanzar sus metas, y la ejecución de tales objetivos en el marco de la sociedad en la que se desenvuelve.³⁵⁵ Lo opuesto, la ignorancia, destruye su

³⁵³. Expresa el autor en relación con su definición de autonomía positiva: “quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean estas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mis propios actos voluntarios y no de los de otros hombres. Quiero ser un sujeto y no un objeto; quiero persuadirme por razones, por propósitos conscientes míos y no por causas que me afecten, por así decirlo, desde afuera. Quiero ser alguien, no nadie; quiero actuar, decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo y no ser accionado por una naturaleza externa o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de jugar mi papel como humano, esto es, concebir y realizar fines y conductas propias. Esto es, por lo menos, parte de lo que quiero decir cuando afirmo que soy racional y que mi razón es lo que me distingue como ser humano del resto del mundo. Sobre todo, quiero tener conciencia de mí mismo como un ser activo que piensa y quiere, que es responsable de sus propias elecciones, y es capaz de explicarlas por referencia a sus ideas y propósitos propios” (Berlin, 1969: 124).

³⁵⁴. Raz también elabora en su obra un detallado análisis de las condiciones que, admitiendo distintos grados, hacen a la noción de autonomía (habilidades mentales, adecuadas opciones disponibles para elegir e independencia). V. J. Raz, (1986): ob. cit., Capítulo V, págs. 373 y ss.

³⁵⁵. En este sentido debe también leerse la opinión de la Relatora Especial que señala a la educación como la “llave que abre paso a otros derechos”, desde que muchos derechos individuales, especialmente los asociados al empleo y la seguridad social, están fuera del alcance de quienes han sido privados de educación. La educación es un multiplicador que aumenta el disfrute de todos los derechos y libertades individuales cuando el derecho a la educación está efectivamente garantizado, y priva a las poblaciones del disfrute de muchos derechos y libertades cuando se niega o viola ese derecho”. Cfr. Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2000/9 de la Comisión de Derechos Humanos, párrafo 11. En relación con la educación y su valor como “bien posicional”, véase en este mismo capítulo, numeral 2.

libertad, lo paraliza, genera heteronomía, haciéndolo sensible a cualquier tipo de coerción o manipulación, y en consecuencia, puede impedirle o distorsionar el modo de alcanzar decisiones, conocer y tomar ventaja de las opciones o caminos que existen.³⁵⁶ Sin educación, quedaría restringida o al menos seriamente reducida la capacidad de hacer un examen crítico de uno mismo y de sus propias tradiciones, es decir, cuestionar toda forma de dogmatismo e imposición de las creencias y los conocimientos.³⁵⁷ Vale aquí una aclaración, y es que si bien incluso la mejor educación a la que seamos capaces de acceder no será “neutra” hacia todas las concepciones de una “buena vida”, aun así el ideal de neutralidad requiere de la provisión de una educación que maximice las opciones entre los modos de vida.³⁵⁸ Por ejemplo, las personas estarán más conscientes de las actuales así como de las remotas posibilidades más probablemente si se les enseña antropología, historia, filosofía y literatura y si son capaces de pensar abstractamente sobre políticas, economías y otras instituciones sociales.³⁵⁹

Hasta aquí entonces podemos decir que, como sostiene Nino (1992: 293) el acceso a la educación adquiere una prioridad particular respecto del valor de la autonomía personal, puesto que la educación es, en sus palabras, “esencial para poder elegir libremente planes de vida e ideales del bien y luego materializar ese plan de vida o ideal elegido”. Bajo esta perspectiva, la autonomía como principio de fundamentación de derechos, es entendida no

³⁵⁶. Resaltamos aquí que la educación que merece el individuo queda siempre supeditada al reconocimiento de la persona como tal, como individuo que tiene el derecho a determinar su vida de acuerdo con sus propios propósitos así como el derecho a ser reconocido como persona frente a los otros. Esta premisa nos debe servir para alejarnos de aquellos argumentos de los Estados paternalistas o dirigentes autoritarios que parten desde un supuesto donde el individuo debe ser educado en el sentido de someterse a determinadas normas – cualquiera sea el propósito loable de ellas, real o ficticio -, pues terminan en verdad por compeler o constreñir la voluntad de la persona bajo la excusa de fines superiores o futuras visiones de hacer de dicha persona un ser racional y autónomo. Sobre la crítica que merece el argumento que hace coincidir autonomía con autoridad y sobre el pensamiento de Johann G. Fichte en este sentido, puede verse: Berlin, ob. cit., pág. 149.

³⁵⁷. Cfr. Nussbaum, Martha (2005) *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal* (J. Pailaya, Trad.). Barcelona: Paidós.

³⁵⁸. Conviene aquí también recordar que conforme la Observación General N° 1 sobre los propósitos de la educación de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados están obligados a que la educación impacte en la personalidad de los niños de modo tal de generar las aptitudes y capacidades mentales y físicas hasta el máximo de sus capacidades (artículo 1 inc. a). Todos los niños tienen derecho a desarrollar un conjunto mínimo y común de valores y competencias que van más allá de sus familias o tradiciones particularistas y que es preciso que sean definidos social y colectivamente en función del interés general. En efecto, dentro de los considerandos de la convención se expresa el reconocimiento acerca “que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”. Respecto al contenido del derecho a la educación en sus artículos 18, 28 y 29, véase anexo II de este trabajo.

³⁵⁹. Véase Gutmann, A. (1988): “What’s the use of going to school?”, en Sen, A y Williams, B. (Ed): *Utilitarianism and beyond*, Cambridge: Cambridge University Press, pág. 275.

sólo como la prohibición de interferencia del Estado en la elección y adopción de ideales personales sino también como el deber del Estado de facilitar la persecución y satisfacción de tales ideales y planes.

6.1.1 Autonomía, democracia y educación

Ahora bien, siguiendo este análisis que articula a la educación con el principio de autonomía, Nino también nos advierte de la importancia que la educación posee para la formación ciudadana o democrática. Según este autor ésta constituye un (pre) *requisito fundamental para el adecuado funcionamiento del proceso democrático*, con lo que la autonomía adquiere una dimensión pública. El sistema democrático al que aquí se alude no refiere pues al simple aseguramiento de una democracia formal sino que éste debe ser capaz de garantizar los presupuestos materiales para el ejercicio de los derechos, aspecto que es el resultado de la acción política que debe darse en su seno. Es decir, sin la presencia de políticas públicas destinadas a poner en práctica derechos sociales tales como la educación quedaría dificultada la vinculación política de los más desaventajados en la sociedad (lo que socavaría todo valor del proceso democrático).

Esta interpretación de la autonomía, especialmente enfocada desde la pobreza y con un componente emancipatorio ha sido seguida y reforzada en nuestros días con los aportes de Maurino. Éste sostiene que para garantizar un ámbito de protección hacia las personas en situación de desventaja por condición social la tesis antiperfeccionista de la autonomía no es suficiente. “Se requiere una fundamentación que vaya más allá de ese aspecto y comprenda deberes estatales de garantizar el acceso a ciertas condiciones -materiales e inmateriales - necesarias para que la autodeterminación moral individual sea ejercida de manera significativa, es decir, que no sea la resultante de meras preferencias adaptativas de personas que carecen de opciones reales para elegir su destino. Se requiere de una fundamentación constitucional que establezca las bases para fundar reclamos de derechos cuando tales condiciones no están presentes” (Maurino, 2008: 881). Así interpreta que la construcción teórica de Nino se desplaza hacia los fundamentos de la democracia y desde allí asila una clase privilegiada de derechos que considera sus pre-requisitos y que están vinculados con el concepto mismo de la democracia. Concluye de esta forma que “bajo esta conceptualización los derechos *a priori* incluyen, además de los derechos políticos, *una protección robusta frente a la necesidad económica estructural (y sus consecuencias), la falta de acceso a la educación y la información, la falta de atención a la salud ante*

enfermedades graves. *Estos derechos no están sujetos a definición, discusión o negociación democráticas.* Se imponen incluso frente –y en contra- de la voluntad mayoritaria, deben ser efectivizados incluso por el poder judicial cuando su afectación se reclama. Este núcleo de *autonomía emancipatoria* justifica una intervención activa del poder judicial, que no es contraria al ideal democrático, en tanto se orienta a asegurar sus prerequisites” (Maurino, 2008: 906).

Señala Gutmann en este sentido (1980) algunos principios para guiar la acción del Estado democrático en materia de educación: a) que la educación en la sociedad democrática debe proveer la capacidad para participar efectivamente en el proceso democrático, b) que *ningún niño educable debe ser excluido de una educación adecuada para participar en el proceso político que estructura la elección entre vidas buenas,* y c) que ni el Estado ni grupo alguno puede usar la educación para restringir la deliberación racional sobre concepciones competitivas de la buena vida y de la buena sociedad. Continúa esta autora en otro trabajo afirmando que el objetivo es que la educación en un Estado democrático deje el mayor espacio, sin represiones ni discriminaciones, para que los ciudadanos deliberadamente den forma a su sociedad, no a su propia imagen sino en una imagen que ellos pueden legítimamente identificar con sus decisiones informadas y morales. Para ello, el Estado democrático deberá defender un grado de autoridad profesional sobre la educación por el bien no de la neutralidad, sino de la deliberación racional entre los distintos modos de vida. La meta de enseñar en el marco de una deliberación racional descansa en el rechazo de la visión de que no existe un modo de vida mejor que otro. El propósito es fomentar en los futuros ciudadanos la capacidad de defender sus compromisos personales y políticos, y de incluso revisar aquellos que son indefendibles (Gutmann, 1989, 79).

Por ello, la importancia de este principio como prerequisite para una participación fructífera y un pleno desarrollo de sus libertades políticas en el proceso democrático implica, volviendo a Nino, que el Estado democrático debe estar altamente comprometido con el derecho a la educación de los niños, lo que lo habilita en otro orden de ideas, a poner límites a la discrecionalidad de los padres respecto de las decisiones que puedan tomar en perjuicio de sus hijos. Esta prioridad permite al Estado limitar la autoridad de los padres en materia de educación y aspectos conexos (como la libertad religiosa de éstos) en la medida en que dicha libertad se pueda extender en perjuicio de sus hijos y puedan

llegar a restringir los derechos básicos o la autonomía potencial de éstos últimos (Nino, 1992: 296).³⁶⁰

Como conclusión, podemos afirmar que el marco de la autonomía, en especial de los niños, tanto en su faz negativa cuanto positiva, constituye uno de los basamentos necesarios para el derecho a la educación. El desarrollo teórico aquí abordado merece no obstante ser contextualizado aún más dada la particular situación de vigencia de los derechos en el contexto latinoamericano, y en particular, en la Argentina. En este marco, la autonomía en ambos sentidos ha presentado fuertes limitaciones. Como señala Tenti Fanfani (2007:137) "la autonomía supone individuos que saben lo que necesitan en materia de cultura y aprendizaje, lo cual no siempre es el caso [...] El que está privado de cultura no tiene conciencia de lo que carece ni de las causas de la exclusión, justamente porque, por definición, está privado de las armas de la conciencia autónoma y la reflexión. La privación cultural es siempre dominación cultural, [...] la exclusión del conocimiento casi siempre se asocia con una incapacidad de demandar aquello de lo que se está excluido". Este párrafo puede aludir con claridad al requisito previo de igualdad que se exige en un contexto como el nuestro de exclusiones sociales de diversos grupos. La autonomía no reduce por sí las diferencias ocasionadas por problemas de distribución o reconocimiento social ni deja consagrado por sí el derecho a la educación como derecho fundamental. Sin un presupuesto igualitario – real - la autonomía se transforma en un instrumento que hasta podría reforzar el círculo de desigualdades: aquellos que están incluidos pueden demandar más cultura y educación, aquellos más desposeídos, sin capacidad autónoma o con fuertes deficiencias para su desarrollo, se ven excluidos o incapacitados de demandarla. Veamos en detalle este segundo presupuesto y el modo en que ambos deben complementarse desde nuestra tesis.

6.2 La igualdad

Como señaláramos al comienzo del presente acápite 6, el principio de igualdad también constituye un presupuesto material del derecho a la educación que impacta sensiblemente en la interpretación del contenido y sus límites. Similar a cuanto ocurre con la autonomía, también existe una multiplicidad de concepciones desde donde comprender el concepto de igualdad. A los fines de nuestra tesis, alcanza con trabajar el principio de igualdad como

³⁶⁰. Trabajaremos en detalle el tema del derecho de los padres en relación con la educación religiosa de los chicos en el Capítulo IV, a partir del numeral 3.3.

prohibición de discriminación y como no sometimiento (Fiss, 1999; Saba, 2007, entre otros).

La idea de *igualdad como no discriminación* ha respondido al ideal tradicional básico constitucional. Su fórmula nos dice que no se viola el mandato de igualdad en tanto aquellos que pertenecen a la categoría surgida luego de la clasificación realizada por el legislador son tratados de igual forma (es decir, se les aplican las mismas consecuencias jurídicas). La igualdad formal tiene como fundamento a la fórmula aristotélica y al principio de consistencia sobre la base de la presunción a favor de tratar a las personas de manera igual a menos que existan diferencias relevantes. No examina si el criterio y las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas y si la clasificación tiene justificación alguna (Aldao y Clérico, 2010). Roemer (1998: 1) sostiene que el principio de no discriminación implica que en la competencia por las diversas posiciones sociales, todos los individuos que posean las cualidades adecuadas para ello deben incluirse en el grupo de los aspirantes elegibles. La posible contratación para una función debe entonces considerarse y evaluarse solamente en relación con los atributos que posea y que sean útiles para ello y no, por ejemplo, con su raza o su sexo. Algunos autores (Pojman y Wesmoreland, 1997: 7) hablan de la “igualdad de oportunidades débil” (también llamada igualdad formal de oportunidades) para referirse a que el acceso “debe estar asequible o abierto al talento”. Se trata de una igualdad de oportunidades meritocrática que no atiende a las ventajas que los individuos tienen debido a los recursos personales o familiares. Y deja por tanto, el tema de los puntos de comienzo iniciales (*starting points*) sin tocar.

Podemos tomar para la definición de la *igualdad jurídica formal* la idea de Saba (2007: 177) quien señala en este sentido “que la igualdad de trato ante la ley se encontrará violada siempre que no sea posible superar el test de razonabilidad, test que algunas categorías (las sospechosas), se presume, *a priori* no pueden superar. Esta visión individualista de la igualdad ante la ley que establece la posibilidad de hacer distinciones basadas en criterios razonables, entendiéndolos por razonables aquellos que logren establecer una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación del derecho, tiene por objeto impedir que las decisiones estatales (y, quizás, también algunas decisiones de particulares) se realicen sobre la base de prejuicios y visiones estigmatizantes de grupos de personas”.

La garantía de que el derecho a la educación debe poder ser ejercido sin discriminación alguna implica la prohibición de cualquier tipo de discriminación ilegítima e irrazonable

en función de alguno de los tipos prohibidos normativamente que pueda arbitrariamente privar o desconocer las posiciones definitivas reconocidas a los individuos en el derecho a la educación. Es en este sentido en el que debe interpretarse, como vimos, lo dispuesto en la Convención relativa a la lucha de la discriminación en la esfera educativa y en cuanto entiende por “discriminación” como “toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza”.³⁶¹

La igualdad así entendida también está vinculada estrechamente con la igualdad de acceso a la “escuela pública” como tradicionalmente se ha pensado desde el origen del sistema educativo argentino, en particular la enseñanza elemental primaria y sus notas de centralismo y uniformidad. En efecto, la igualdad quedaba así asegurada en la medida en que el niño, fuera de la ciudad o del campo, acceda a iguales programas y orientación pedagógica y que los maestros sean formados y elegidos de idéntico modo. La igualdad aquí se trata ante todo de unidad de la oferta escolar (Dubet, 2011:27). Esta misma igualdad es, sin embargo, insuficiente para atender tanto a las desigualdades que ocurren por fuera del sistema escolar en sí, producto del medio social en que se encuentra cada niño, como aquellas que ocurren producto de la propia paradoja del modelo mismo. A la par de la masificación, la brecha entre los mejores y los menos buenos ha aumentado, y como esas brechas están determinadas por el origen social de los alumnos, éstas no hacen más que proyectarse y acentuarse en el mundo escolar que mantiene sus notas meritocráticas, y así en muchos casos alienta la idea de que las jerarquías escolares son justas y que se deben sólo al mérito individual (Dubet, ob. cit.: 84).³⁶²

De este modo, la igualdad jurídica no resulta suficiente para asegurar el reconocimiento y ejercicio de todas las posiciones del derecho a la educación. Frecuentemente será necesario implementar otras medidas (además de las involucradas en el reconocimiento) para lograr una igualdad real.³⁶³ Para alcanzar dicha igualdad real, es necesario ampliar la

³⁶¹. Para un mayor análisis de la Convención véase capítulo I, numeral 5 y Anexo II.

³⁶². En igual sentido, sostiene Atria (2012) que la idea meritocrática aparece aún hoy como un criterio de exclusión justificable cuando en verdad transforma injusticias estructurales en experiencias individuales de frustración y fracaso.

³⁶³. Véase CIDH, Opinión Consultiva N°16/99, párrafo 119, donde se cita el impacto de tales medidas: “Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad

mirada hacia el ideal de la *igualdad sustantiva o material*. La justicia en este sentido refiere en concreto al deber de adoptar por parte del Estado obligaciones positivas que procuren tratar más favorablemente a aquellas personas que se encuentran en situaciones desventajosas en relación con el resto de la sociedad. Por esta razón nos concentraremos en la noción de igualdad de oportunidades sustancial y en la implicancia que esta tiene en contextos de desigualdad estructural.

La idea de una “igualdad de oportunidades fuerte” sostiene que las personas deben tener las mismas oportunidades de vida para realizarse y llegar a las mismas alturas o metas (Pojman y Wesmoreland, ob. cit.). Se ofrece aquí un sustrato positivo, concebido para dar a las personas oportunidades iguales desde el comienzo de su existencia.

De este modo, la noción llama a la compensación de aquellos que han tenido menos fortuna en sus vidas a fin de elevarlos al mismo nivel de aquellos que han resultado aventajados. El principio de no discriminación puede no considerar relevante la situación que afecta de hecho a aquellas personas que han sido histórica o sistemáticamente excluidas del goce de determinados derechos o de ámbitos tales como el mercado laboral, la actividad política y la educación por el sólo motivo de ser miembros de ese grupo. En estos casos, las prácticas desigualitarias operan sin justificación alguna privando a ciertos grupos de iguales oportunidades que el resto (Saba: 2007). Este es el campo donde entra a jugar la noción de igualdad jurídica material, que se asocia con la definición del *principio de igualdad como no sometimiento*. Tal como sostiene Saba (ob. cit.: 196) en el principio de igualdad como no exclusión, lo que sucede de hecho antes de la selección es un dato clave. La desigualdad de trato no se funda en la arbitrariedad, la irrazonabilidad o el perjuicio, sino que ella es la consecuencia de situaciones de desigualdad estructural a la que se encuentran sometidos algunos grupos en la sociedad.³⁶⁴ La idea de igualdad como

real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.”

³⁶⁴. Este autor explica el tema con un caso esclarecedor. En los Estados Unidos, en la década del 70’, con el fin de evitar una extendida práctica discriminatoria en la conformación de las orquestas, las audiciones en las que se probaban a los candidatos para formar parte de ellas se realizaban con paneles opacos que separaban al candidato de los miembros del jurado examinador. Incluso, en algunos casos, se tendían alfombras en el piso para que no se pudiera deducir el sexo de la persona sometida a prueba por el sonido de sus pasos. De este modo, el sexo, la raza, la religión, el color de piel, el origen nacional o la apariencia externa de la persona le eran ignorados por el comité examinador, de modo que la decisión de contratar a una de esas personas estuviera basada solamente en la calidad del sonido emitido. El objeto de la medida

principio de no sometimiento apunta a revertir prácticas sociales de exclusión y perpetuación de situaciones de inferioridad.³⁶⁵

Este último criterio debe ser utilizado como principio de protección para revertir y dismantelar aquellas situaciones de exclusión de grupos vulnerables que puedan afectar el acceso real y la permanencia de los niños en el sistema de educación formal básica. Existe un problema cuando, por ejemplo, hay niños que no tienen satisfechas ciertas necesidades básicas que condicionan su aprendizaje (lengua, cultura, situación social) y que no son consideradas por las instituciones escolares estándar. Y la solución en ambos casos, requiere de políticas de igualdad, en particular de medidas de acción positiva a través de mecanismos tales como la “*discriminación inversa*” y otras medidas que den lugar a un tratamiento estatal diferenciado justificado en la situación de desigualdad estructural de partida. La Constitución Nacional ha ido ampliando la idea de igualdad mucho más allá de la extensión que en la interpretación constitucional se le daba a su artículo 16. Tras la reforma de 1994, el Estado no sólo es responsable de evitar tratos desiguales irrazonables, sino que también debe evitar la cristalización y perpetuación de situaciones en la que personas que integran determinados grupos han sido sistemáticamente excluidos o segregados como consecuencia de su pertenencia a esos grupos (argumento del art. 75 inc. 23 de la CN.: niños, ancianos, personas con discapacidad, mujeres y art. 75 inc. 17 CN: comunidades indígenas o pueblos originarios).

En relación con esto último, conviene remitirnos al comentario dispuesto respecto del artículo 75 inc. 19 (vinculado con la obligación del Estado de adoptar todas aquellas medidas que contribuyan a una igualdad real de oportunidades a través de, por citar un ejemplo, un régimen de subsidios o becas). También en este ámbito cobran relevancia los supuestos previstos en los artículos 37 y 75 inc. 23 de la Constitución. En efecto, en determinadas circunstancias, se admite o incluso se exige que el Estado aplique políticas de acción afirmativa suficientes, a fin de garantizar que ciertos grupos puedan ejercer sus derechos en forma efectiva. La idea es que el Estado adopte medidas tendientes a igualar

constituye un ejemplo de la igualdad de trato como principio de no discriminación arriba señalado, pero queda corta a los efectos de atender cuestiones de hecho previas que condicionan, a algunas personas o sectores severamente, de la posibilidad de poder llegar o de competir en paridad de circunstancias en ese concurso.

³⁶⁵. Como señala Saba (2007) “la mampara opaca es aparentemente neutral, sólo que opera desprejuiciadamente en una estructura social que impide tener un real acceso a la audición de prueba para la orquesta a todos los grupos por igual” desde que algunas personas o grupos de hecho por su condición previa (por caso de ser mujer, ser discapacitado o ser afectado por una enfermedad, entre otras) ello tiene implicancias en las prácticas sociales que conllevan a su exclusión, marginación o al menos una menor probabilidad de chances.

las oportunidades de grupos sociales discriminados y postergados. En este sentido se ha manifestado el Comité DESC al afirmar que no se viola el derecho a la educación si se adoptan medidas especiales destinadas a lograr la igualdad de los grupos educativos desfavorecidos. El Plan de Asignación Universal por Hijo, dispuesto por PEN 1602/09 (dirigido a poblaciones social y económicamente vulnerables y que condiciona su cobro al cumplimiento por parte de los padres de la escolarización obligatoria de sus hijos) apunta en esta dirección.

Atendiendo a ambas ideas de igualdad puede comprenderse mejor el modo en que fueron adoptadas algunas decisiones judiciales ya expuestas. En el sentido de igualdad como no discriminación, se falló en casos tales como “Repetto” y “Arenzón”, entre otros.³⁶⁶ Desde la otra perspectiva de igualdad, como no sometimiento, se falló en la causa donde se obligó a la Ciudad de Buenos Aires a adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso a la educación inicial de los niños en la ciudad.³⁶⁷ Entre sus consideraciones, el juez del fuero contencioso administrativo tributario de la Ciudad había tomado particularmente en cuenta que el mayor perjuicio de esta omisión estatal afectaba severamente la igualdad de oportunidades en el acceso a los derechos, habida cuenta que eran las familias de escasos recursos las más perjudicadas. En otros casos, como “González de Delgado”, se observa la aplicación de ambas concepciones de igualdad como no discriminación y como no sometimiento. En el voto de Petracchi se señaló que la implementación de la enseñanza mixta en el Colegio era “la única alternativa compatible con los principios constitucionales de igualdad y de no discriminación y con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”. Para él y los ministros Bossert y Vázquez, la validez de la ordenanza universitaria residió fundamentalmente en la eliminación del *concepto estereotipado* de los roles masculino y femenino mediante el desarrollo y fomento de un sistema educativo mixto.³⁶⁸

Por un sentido de igualdad material también abogan quienes se manifiestan en disconformidad con aquellas políticas educativas que en vez de descansar en una noción de igualdad sustancial lo hacen respecto de un criterio de “adecuación” (*adequacy*). La crítica se fundamenta en que, partiendo de la educación como un bien posicional

³⁶⁶. Véase para su desarrollo, capítulo I, numeral 7.1.1.

³⁶⁷. Juzgado Contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, Expte. N° 23.360/0 “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. GCBA s/ amparo (artículo 14 CCABA)” (2007). V. Capítulo I, numeral 7.1.5.

³⁶⁸. CSJN, “González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos 323:2659 (2000). V. capítulo I, numeral 7.1.1.

(*positional good*) en el sentido expuesto más arriba,³⁶⁹ aquellas políticas sólo procuran lograr que todos los estudiantes lleguen a un “adecuado” nivel en resultados en sus estudios y deja por completo de lado consideraciones sobre la desigualdad de recursos, y las circunstancias sociales, económicas y personales preexistentes entre los propios estudiantes. Focalizado desde los más ricos, el criterio de adecuación no supone ninguna escala comparativa o “inter relacional” como sí lo hace la igualdad. De este modo, a “quienes apoyan el primer criterio no les preocupa que las personas sean iguales (*equal relationship*) sino que tengan “lo suficiente” en términos de alcanzar un estándar mínimo determinado de resultados. (Koski y Reich, 2006: 589). Quienes sostienen la idea de un mínimo adecuado logran mantener así el *statu quo* en el que los más aventajados (principalmente en el ámbito económico, pero no exclusivamente) alcancen las mejores posiciones en la sociedad (en términos de trabajos y ganancias) en perjuicio de los más relegados socialmente. Como señala Atria (2012) es lo vulnerable lo que pierde académicamente ante lo privilegiado. Al mismo tiempo este último criterio provee de incentivos para enfatizar la desigualdad, puesto que de este modo, los mejores posicionados podrán mantenerse en tales lugares evitando poner en peligro su situación si por ejemplo, se adoptara un criterio igualitario que mejorara las posiciones de los más desaventajados. (Koski y Reich, ob. cit.: 605).

Esta crítica también abre a la reflexión el hecho de que una efectiva igualdad en educación, a veces puede no alcanzarse sólo mediante equidades horizontales (en el sentido de lograr que las oportunidades educativas del niño no dependan de la situación económica de los padres ni de su residencia en determinado estado federado) brindando mayores recursos a las escuelas con menores rendimientos escolares. En los Estados Unidos, estas políticas de financiamiento educativo incluso no fueron suficientes debido al fuerte grado de segregación étnica que tienen algunos de sus estados. Esa realidad llevó a repensar la creencia que para el logro de una igualdad de oportunidades basta sólo si cada uno de los niños, independientemente de su entorno social, tiene igual posibilidad de obtener el mismo resultado académico, más allá de las diferencias de costos o esfuerzos que el estado esté obligado a implementar para superar tales discrepancias. Estas últimas medidas fueron fuertemente combatidas por algunos de los gobiernos locales estatales debido que, mientras en la propuesta educativa de adecuación sólo se requiere un cierto mínimo de resultados académicos externos y fijos, las medidas que apoyan una igualdad

³⁶⁹. Sobre el concepto de bien posicional véase el numeral 2 de este capítulo.

real requieren de una comparación tanto de los recursos asignados cuanto, además, de los resultados de los estudiantes entre sí - incluyendo también medidas de integración claramente. (Ladd y Fiske, 2008: 22).

En la Argentina, diversos niños (niños de comunidades indígenas o pueblos originarios, niños pertenecientes a zonas con altos índices de NBI) se ubican en función de su pertenencia a aquellos grupos en situaciones de alta vulnerabilidad social, y respecto a los cuales, la reasignación de recursos por medio de políticas compensatorias puede no ser una solución suficiente. En este sentido, una respuesta integral a sus problemas educativos puede requerir la necesidad de políticas que permitan superar situaciones de marginación o subordinación social, y procurar su reconocimiento en la participación de las medidas que los involucran. En este marco deberían asimismo inscribirse políticas de acción positiva en educación que van más allá incluso de la necesidad de asegurar un acceso a una vacante escolar.

Resta una última reflexión para resaltar el valor de la igualdad. Y es que la desigualdad “funciona a toda máquina” en la exclusión del sistema educativo y mina por completo las posibilidades de un desarrollo autónomo de ciertos grupos de personas que padecen la falta de reconocimiento o de distribución en la sociedad, presionando paralelamente hacia la segmentación del sistema educativo y con ello a la fragmentación social.

6.3 Reconocimiento y distribución

A fin de articular ahora ambas nociones, trayendo a colación la noción de igualdad en el marco de la promoción de la autonomía de la persona, en nuestra doctrina Nino ha realizado un primer acercamiento importante. Este autor sostiene que la configuración institucional de la igualdad y la distinción entre discriminaciones lícitas y proscriptas están regidas por ciertas precondiciones normativas donde, (si bien en primer lugar se requiere el respeto por aquellas vinculadas con la participación igual en el proceso democrático), juega un papel fundamental la necesidad de promover la formación de la autonomía de todos, dando preferencia en caso de conflicto a la de los menos autónomos, lo que en algunos casos implica igual oportunidad efectiva de acceder a instituciones o arreglos (como en el caso de la educación básica) y en otros casos (como la universidad) puede permitir diferencias estrictamente relacionadas con la eficiencia en la promoción del objetivo de maximizar la autonomía de los menos autónomos. Muchos acuerdos e instituciones responden “a la necesidad de promover la formación y el ejercicio de la

autonomía de los individuos” (1992: 409). Así concluye Nino que el sistema escolar primario y secundario es esencial, en congruencia con lo visto respecto del principio de autonomía más arriba, por lo que nadie pues debería ser privado de acceder a ese sistema en ninguna circunstancia.

En la región latinoamericana persisten aún desigualdades estructurales que requieren de una visión altamente integradora de los conceptos y concepciones de autonomía e igualdad aquí desarrollados de modo de poder impulsar “acciones transformadoras”³⁷⁰ que viabilicen el ejercicio de las posiciones del derecho a la educación a todos los miembros de su sociedad, en especial de grupos y personas tradicionalmente relegados de un acceso igualitario al derecho.

En la búsqueda de una respuesta resulta primordial conocer la propuesta de Nancy Fraser, (2006: 19 -23) quien formula un acercamiento a los problemas de justicia social desde la doble mirada del reconocimiento y la distribución. Las reivindicaciones en el tema de distribución se vinculan con las concepciones (de Rawls, Dworkin, entre otras) que pretenden justificar la distribución económica bajo el paradigma liberal.³⁷¹ El reconocimiento se asocia con la búsqueda de una relación recíproca ideal entre sujetos en la que cada uno ve al otro como su igual y también separado de sí. Es decir, mientras la distribución pone su eje en los problemas de acceso a los recursos y bienes materiales, el reconocimiento apunta a los problemas de autorrealización producto de déficits en términos de acceso a los recursos simbólicos y de subordinación de *status* de algunos grupos dentro de una sociedad.³⁷²

³⁷⁰. En el sentido utilizado por Fraser que define las estrategias transformadoras como aquellas que aspiran a corregir los resultados injustos reestructurando el marco generador subyacente. Mientras que las estrategias afirmativas (que intentan corregir dichos resultados desiguales sin tocar las estructuras sociales subyacentes que los generan) se centran en el resultado o en el estado final, la transformación aborda las causas últimas. Véase Fraser, ob. cit. pág. 72. En este sentido, debe operar con efectos prácticos lo dispuesto en la Constitución en su art. 75 inc. 23 respecto al reconocimiento que hace hacia los grupos que merecen especial protección.

³⁷¹. Allí se ubican las injusticias que define como socioeconómicas y supone que están enraizadas en la estructura económica de la sociedad (como los casos de marginación económica - quedar confinado a tareas mal pagas o directamente se les niegue el acceso a trabajos que generen ingresos - o privación - negación de un nivel de vida material suficiente). Véase Fraser, ob. cit. pág. 22.

³⁷². “El paradigma del reconocimiento se enfrenta a injusticias que interpreta como culturales, que supone enraizadas en patrones sociales de representación, interpretación y comunicación. Como ejemplos, podemos citar la dominación cultural (ser sometido a patrones de interpretación y comunicación correspondientes a otra cultura y ajenos u hostiles a la propia), no reconocimiento (invisibilización a través de las prácticas representacionales comunicativas e interpretativas autorizadas de la propia cultura), y falta de respeto (ser difamado o menospreciado de forma rutinaria en representaciones culturales públicas estereotipadas o en las interacciones cotidianas)”. Conf. Fraser, ob. cit. pág. 22.

La autora afirma que existe una “bidimensionalidad” que es norma en los problemas de injusticia social y en los ejes de subordinación (Fraser, ob. cit.:30). Así por ejemplo, encontramos un componente de falta de reconocimiento en las personas marginadas, que por carecer de recursos materiales, se las estigmatiza y se les impide poder ser escuchadas y participar en los ámbitos políticos que les permitan superar esa situación; y en otros casos, encontramos problemas de distribución producto justamente de una profunda falta de reconocimiento de la diversidad cultural y problemas de discriminación, como en el caso de los pueblos originarios. Por esta razón, Fraser concluye en sostener una concepción bidimensional de la justicia (que importe atender conjuntamente a la distribución y el reconocimiento) en la búsqueda de una paridad de participación (ob. cit.: 42).

En la interpretación de esta postura, Clérico y Aldao (ob. cit.: 25) afirman que “la clave para la reconstrucción del principio de igualdad es entonces, desde esta perspectiva, la participación, que incluye a la vez las demandas de redistribución y de reconocimiento. Nadie puede participar de una argumentación mientras se encuentre privado de condiciones de existencia digna (redistribución) o bien ni siquiera sea considerado un interlocutor válido (reconocimiento). Por otro lado, ninguna concreción del principio de igualdad puede ser considerada válida de modo definitivo, en un contexto democrático, sin la participación de aquellos que se encuentran en la situación concreta de disparidad”. Así, ellos aplican esta interpretación al caso de los pueblos originarios, que forman parte de los grupos frecuentemente afectados en varias posiciones en materia del derecho a la educación, como las cuestiones más elementales de prestación del servicio educativo bajo condiciones mínimas de acceso de infraestructura y recursos públicos, como lo atestiguan los casos ya vistos.³⁷³

7. Conclusiones intermedias y propuestas. La preeminencia de la educación como derecho fundamental

Con el análisis de los presupuestos materiales del derecho a la educación como derecho fundamental es posible cerrar un marco teórico de trabajo útil para el subsiguiente desarrollo de la estructura y contenido de dicho derecho en los capítulos siguientes. Dicho marco merece ser resumido en esta instancia a fin de repasar sus puntos más salientes.

³⁷³. Véase Capítulo I, puntos 7.1.5 y 7.3.

La educación como derecho fundamental atiende al diseño, adopción, ejecución y control de las políticas y medidas que toma el Estado en la materia desde un enfoque de derechos humanos. Este enfoque supera las visiones restringidas de la educación que la reducen a un mero bien económico o a un servicio público. En estas últimas se pierden o se diluyen, como vimos, elementos constitutivos de la educación como derecho humano de raigambre constitucional.

A través de la aplicación de la teoría de los derechos fundamentales en educación es posible armar un conjunto de contenidos básicos de diverso tipo y alcance, pero que tienen todos como finalidad común su traducción en obligaciones concretas y exigibles a cargo del Estado. Dicho modelo parte de la asunción de un supuesto amplio de protección prima facie de los hechos, acciones, bienes y posiciones jurídicas que comprenden a la educación como derecho fundamental.

El modelo queda perfeccionado con la clasificación de estos contenidos en reglas y principios, según estos contenidos puedan ser definidos como definitivos y exigibles *ex ante* o *ex post*. Es decir, mientras las reglas conforman el piso del derecho y se aplican mediante la subsunción, en el caso de los principios – aunque integren *prima facie* el supuesto de hecho del derecho – su conformación definitiva queda sujeta a la resolución de los conflictos que se deriven de las tensiones con otros derechos. Tal resolución opera a través de la ponderación que se lleva a cabo en el marco de un examen de proporcionalidad, agravado o de escrutinio estricto, dado la importancia del derecho a la educación.

Asimismo, el desarrollo de los contenidos que se derivan en obligaciones a cargo de los Estados siguiendo este análisis, permite comprender también el injustificado confinamiento en que tradicionalmente se ha ubicado a la educación como derecho de defensa o no intervención. Del trabajo inicial expuesto en el marco de la definición general de las reglas y principios, se puede colegir claramente que existe una multiplicidad de aspectos involucrados en las diversas funciones de la educación como derecho fundamental que exceden dicho marco de no intervención y que se proyectan sobre todo en un amplio espectro de obligaciones y prestaciones positivas, conforme veremos en el próximo capítulo.

A su vez, la educación como derecho fundamental requiere de unos presupuestos para su existencia y desenvolvimiento en el marco de un Estado de derecho. Estos surgen conjuntamente de la interpretación de la educación a la luz de los principios de la

autonomía y la igualdad. Así, creemos que con la sola autonomía la estructura entera del derecho puede colapsar si no se la acompaña del reconocimiento del derecho y de los medios para ejercerlo a partir de la idea de una igualdad real. Y es en este sentido que resulta importante afirmar que el ejercicio de la autonomía requiere como presupuesto poder gozar de una vida digna, lo que implica en clave de obligaciones, poner en cabeza del Estado el deber de tomar acciones contra situaciones de hecho que supongan perpetuar o cristalizar subordinaciones o exclusiones en el acceso y ejercicio de los derechos fundamentales y en la participación democrática.

Debe también el Estado promover y asegurar mayores e iguales oportunidades para todos de manera que los individuos puedan elegir y llevar adelante sus planes de vida. De esta forma es posible corregir, neutralizar y superar también aquellas desigualdades naturales o sociales que resultan de circunstancias que no deberían determinar o condicionar la vida de las personas. Particular importancia reviste esta última parte, frente a quienes padecen situaciones de desigualdad estructural, grupos que merecen especial protección en sus derechos (como los niños en general sujetos activos del derecho a la educación—art. 19 de la Convención Americana) y que se reconocen desde el inicio con menores chances de alcanzar plenamente una vida digna por encontrarse en posiciones dentro de la sociedad de las que no pueden mejorar por sí mismos.³⁷⁴

Desde esta perspectiva, *el modelo de reglas y principios que se apoya en la educación como derecho fundamental (y las condiciones de base aludidas) debe evaluarse en su aporte capaz de brindar, o bien alentar, la creación de pautas de interpretación y aplicación de los derechos*. Debe reconocerse su compromiso por ganar contenidos concretos para el derecho a la educación, que procuren una mayor y más completa exigibilidad del derecho de cara a los sujetos estatales obligados. El modelo puede ser idóneo para formular reclamos y alentar debates que planteen nuevas exigencias que modifiquen positivamente la actividad estatal en el ámbito de la protección y garantía del derecho. Sobre esta base,

³⁷⁴. Existen otros ejemplos en educación que pueden requerir una particular reflexión sobre este tema. Además del supuesto en relación con niños pertenecientes a comunidades de pueblos originarios, existe una variedad de casos con supuestos que comprenden a niños indigentes, o niños con problemas de salud o con capacidades reducidas, en algunos casos a cargo de padres con problemas económicos, o desempleados (fallos tales como “Lifschitz” o “Segarra” que hacían alusión a la necesidad de vacantes en escuelas especiales, movilidad, entre otras). Estos niños se encuentran en una situación de vulnerabilidad de la que no se puede esperar que ni de ellos ni de su familia se pueda superar esta situación por sus propios medios fácilmente.

reconstruiremos las obligaciones del Estado de cara al ejercicio de las posiciones jurídicas garantizadas en el derecho a la educación formal básica.

CAPITULO IV. Las funciones del derecho a la educación como derecho fundamental: la configuración de las obligaciones en educación en Argentina. Un esquema integrador desde el derecho constitucional internacionalizado

1. Introducción

Dado que nuestra tesis propone la concepción de la educación como derecho fundamental, ha sido necesario analizar los elementos que la definen como derecho de aquellos otros que la confunden con las nociones de bien de mercado y/o notas del servicio público. De este modo, el esquema de su contenido bajo un enfoque de derechos se confeccionó siguiendo la interpretación de la teoría de los derechos fundamentales y el modelo de reglas y principios. Consideramos que este marco teórico es el que mejor se aviene con la existencia del reconocimiento y exigibilidad de un *núcleo de posiciones jurídicas que intenta ampliar progresivamente el ámbito de protección hasta el máximo que resulte posible en un contexto de respeto de los demás derechos*.

En este capítulo se precisa el contenido básico o “piso” del derecho y se apunta el contenido de desarrollo progresivo, a partir de *las funciones de la educación como derecho fundamental*. Este trabajo tiene dos propósitos importantes. En primer lugar, se intenta reforzar los argumentos que hablan a favor de la necesidad de promover un piso fundamental del derecho a la educación conforme las obligaciones asumidas por el Estado en el orden nacional e internacional. Particularmente esto es relevante en el contexto latinoamericano en general, donde “se observan aún fuertes déficits de parte de los gobiernos en la asunción de sus responsabilidades frente a los derechos humanos; en sociedades no bien ordenadas que acusan un fuerte grado de desigualdad estructural y de distribución de la riqueza injusto entre quienes la componen” (Arango: 2009). En segundo lugar, se contribuye a allanar el camino hacia una mayor exigibilidad y realización del derecho por medio del análisis y desarrollo detallado de su contenido definitivo, lo que traducimos en obligaciones concretas de defensa y prestación a cargo del Estado; y, a su vez, se deja abierto el camino para argumentar a favor de un mayor alcance del derecho en el ámbito de su desarrollo progresivo.

De este modo, en este capítulo se describe el conjunto de reglas y principios que derivan de la aplicación del modelo teórico (el previsto en el capítulo anterior) al esquema constitucional en la Argentina (analizado en los *capítulos I y II*). Hemos visto en este sentido que el derecho a la educación está referido en normas constitucionales, legales,

instrumentos internacionales de derechos humanos, informes internacionales, jurisprudencia nacional e internacional.

Para el desarrollo propuesto es necesario llevar adelante una interpretación integradora y *pro homine*. Esto consiste en los siguientes pasos:

- a) la identificación del derecho en el texto constitucional y en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos,
- b) la consideración y la comparación de los diversos textos que consagran el derecho y,
- c) la integración interpretativa a favor de las interpretaciones que logren un mejor alcance del derecho a la educación a la luz de los principios de autonomía y de igualdad.

El análisis de los textos de los instrumentos internacionales requiere de un ejercicio suplementario, que es la verificación de la existencia, en sede internacional, de interpretaciones generales o particulares del alcance del derecho, provenientes de órganos de supervisión o aplicación de los instrumentos mencionados – como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, entre otras (Cfr. Courtis en Abramovich, Bovino y Courtis, 2006: 707). En materia de educación es imprescindible atender asimismo a la Observación General N° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a los informes de los –relatores especiales para la educación de la ONU. El desarrollo de este capítulo busca ganar en interpretación y en argumentos a favor de la educación desde una perspectiva de realización y garantía como derecho fundamental.

2. La estructura del derecho fundamental y su clasificación

La estructura de un derecho, como lo constituye la posición jurídica del derecho a la educación, en su forma más común presenta una *estructura triádica*. Según Alexy (2008) es en este sentido que los derechos a algo o pretensiones son relaciones normativas entre tres elementos:

- el *titular* o sujeto activo. Tradicionalmente, el único legitimado reconocido ha sido el particular afectado. Sin embargo, es actualmente necesario repensar una nueva

clasificación de los sujetos activos, donde no sólo se comprenda como titular a un individuo, sino ya a una pluralidad de ellos, a un colectivo. En el contexto de una concepción plena del derecho a la educación como bien social junto con el desarrollo jurisprudencial que ha ampliado el marco de legitimación (conforme veremos más adelante en el acápite 7), sostendremos que es posible incluir en el sujeto activo a una pluralidad de sujetos (sea actuando de *modo divisible* o como *un colectivo*).

- el *destinatario* o sujeto pasivo: Estado nacional, provinciales o municipales, personas jurídicas de derecho público no estatal (por ejemplo, las Universidades a cargo de escuelas secundarias) y en el orden interno los particulares también.
- y el *objeto* del derecho.

El objeto de la posición de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma, que el sujeto pasivo (*destinatario*) debe desarrollar en carácter de obligaciones para posibilitar el ejercicio de los derechos por parte de los sujetos activos, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho exigible (Alexy, 2008: 80). Este esquema debe no obstante complementarse con un último elemento de los derechos subjetivos:

- las *garantías*, es decir, los medios de protección jurídica del derecho (tales como la acción de amparo, la acción de habeas data, el control de constitucionalidad, las garantías procesales, las medidas cautelares, los reclamos administrativos y todo el rango de garantías políticas, sociales que pueden preverse para prevenir o reparar las lesiones al derecho).³⁷⁵

El modelo así trazado presenta una gran versatilidad pues puede simbolizar fenómenos diferentes, dependiendo de cómo se interprete a sus elementos, lo que permite también clasificar los derechos fundamentales según diversos criterios. La mayor parte de la doctrina jurídica distingue entre derechos de defensa, derechos de prestación y derechos de igualdad (estos últimos pueden entenderse subyacentes en los primeros como un contenido sustancial), según la función que los derechos fundamentales cumplan en la relación Estado-ciudadano.³⁷⁶

³⁷⁵. Conf. Clérico Laura y Treacy Guillermo (2007): “Notas para volver a pensar la distribución de competencias entre nación y provincias a la luz de las obligaciones que surgen del derecho a la salud”, *ob.cit.*

³⁷⁶. Afirma Martín Borowski con cita a diversos juristas pertenecientes a la doctrina alemana que “diferentes grupos de posiciones jurídicas de derecho fundamental pueden tener similitudes en cuanto a la

Tomaremos de la Teoría de los Derechos Fundamentales la clasificación de derechos acorde con los trabajos de Alexy y Borowski, en:

- Derechos de defensa – no intervención
- Derechos de prestación:
 - Derechos de protección
 - Derechos a la organización y procedimiento
 - Derechos sociales

La clasificación propuesta ha sido tomada para el desarrollo de los deberes y contenidos comprendidos en el derecho a la educación, y poder así sintetizar y agrupar de manera eficaz, el conjunto de posiciones jurídicas comprendidas en cada uno de los múltiples aspectos que conforman las funciones del derecho a la educación como derecho fundamental. Esta clasificación a su vez, resulta compatible con el supuesto de hecho ampliado en tanto que desde su análisis es posible multiplicar el haz de posiciones que quedan comprendidas en el marco de protección del derecho a la educación. De este modo, podremos desarrollar con amplitud la variedad de obligaciones que surgen del derecho a la educación.

2.1 Análisis de la clasificación

Los *derechos de defensa* comportan una acción negativa del Estado (de abstención u omisión estatal, de prohibición de destruir, de afectar negativamente) que limita su campo de acción y asegura la libertad del individuo (Arango, 2005: 35). Como afirma Alexy, estos derechos a acciones negativas se plasman en derechos del ciudadano frente al Estado que pueden dividirse en tres grupos:

- el constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho;
- a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho,

estructura, los presupuestos y las consecuencias jurídicas; por esta razón pueden ser comprendidos como una misma ‘función de los derechos fundamentales’ o ‘dimensión de los derechos fundamentales’. No es claro y carente de discusiones, cuantas funciones específicas de los derechos fundamentales existen. No obstante, la diferencia básica entre los derechos de defensa, los derechos fundamentales de prestación y los derechos de igualdad aparecen en el trasfondo de todas las concepciones”. Véase Borowski, M. (2003), ob. cit., pág.109.

- y finalmente, a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho (Alexy 1993: 189).

Por su parte, aparece un *derecho de prestación* si el objeto comprende una acción positiva del Estado (un hacer estatal, un mandato de proteger, promover), la cual asegura la participación del ciudadano en prestaciones normativas (por ejemplo los derechos de organización o de procedimiento) o la participación del ciudadano en prestaciones fácticas (por ejemplo ciertos aspectos de los derechos sociales). Alexy refiere a los derechos prestacionales en sentido amplio (derecho a la acción positiva del Estado) procediendo a clasificarlos en tres subgrupos:

- *Derechos sociales – derechos prestacionales en sentido estricto* (a acciones fácticas positivas), también entendidos como derechos sociales o que generan obligaciones de dar. Con respecto al contenido de los derechos sociales, pueden distinguirse distintas posiciones que difieren en la medida en que los derechos sociales deben ser garantizados constitucionalmente. Mientras, como veremos más adelante, nosotros partiremos de una postura *maximalista* acorde con un modelo de Estado social de derecho,³⁷⁷ Alexy participaría en su obra de la tesis *minimalista*;³⁷⁸ ya que entiende que existe un mínimo jurídico constitucional de derechos positivos generales, reconocido o que debe ser reconocido por cualquier Estado constitucional y democrático moderno. Ese mínimo lo denomina “derecho a un mínimo vital”.³⁷⁹

³⁷⁷. El modelo de Estado social de derecho exige una interpretación de los derechos sociales en un sentido mucho más amplio que otros modelos de Estado. Cf. Vita, Leticia (2012): *La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar. La Legitimidad en Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*, tesis de doctorado, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.

³⁷⁸. Sin embargo, Clérico sostiene que ya en la Teoría de los Derechos Fundamentales Alexy dejaba abierta la puerta para concebir a los derechos sociales también como principios que aspiran a la mayor realización posible. Continúa que si este desarrollo no se encuentra presente en esa obra, es porque el autor estaba en ese momento más preocupado en demostrar a la doctrina constitucional dominante que de las normas de la Ley Fundamental de Bonn se desprendían derechos sociales exigibles. Clérico finaliza que los desarrollos posteriores del autor, por ejemplo, en el escrito sobre los Derechos de Protección, hablan de la posibilidad de concebir a los derechos sociales más allá del “derecho a un mínimo vital”. V. Clérico, L. (2011): “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en Clérico L. & Sieckmann, J.-R.: *Derechos Fundamentales, Principios y Argumentación*, Barcelona: Comares. [Libro en versión alemán: (2009): *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden: Nomos].

³⁷⁹. Véase en Arango, ob. cit., pág. 54. Así, Alexy define a los derechos sociales como “derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtener también de los particulares” (Alexy, 2008: 443). Asimismo, asimila estos derechos con la faz de la libertad fáctica de la persona, sin la cual la libertad jurídica no tiene sentido. En igual sentido, v. Borowski (1998: 289).

- *Derechos a la organización y al procedimiento* (a acciones normativas positivas), que se extiende desde los derechos a una tutela jurídica efectiva hasta aquellos derechos vinculados con “medidas estatales de tipo organizativo”. Aquí se incluyen también las obligaciones de desarrollo normativo y de ejecución y control, de las que hablaremos más adelante.
- *Derechos de protección*, que refiere a derechos que su titular ostenta contra el Estado, es decir, a que éste le proteja de la interferencia de terceros, a que estos terceros omitan intervenciones no autorizadas. Mientras los derechos de defensa sólo requieren de acciones negativas del Estado, que éste omita intervenir, aquí son derechos para que el Estado realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen por objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía (los particulares), así como la exigibilidad judicial y la implementación de esta delimitación (Alexy, 2008: 405).

3. El derecho a la educación como derecho fundamental social (prestaciones en sentido estricto)

La educación como derecho de prestación comprende un importante número de obligaciones de hacer por comisión: especialmente, de dar. Desde luego esta afirmación no implica desconocer las obligaciones que genera en materia de desarrollo normativo (como quedó reconstruido en el *capítulo II*), de organización y procedimiento (de diseño, de implementación, de seguimiento y de control), así como las funciones que presenta como derecho de defensa, las que veremos todas seguidamente en este capítulo.

La posición de prestación del derecho a la educación presenta la siguiente estructura:

- sujeto activo: el individuo, varios o un sujeto colectivo;
- sujeto pasivo: el Estado nacional, provincial, local; las personas jurídicas de derecho público no estatal, los particulares,
- objeto: una prestación, es decir una conducta positiva jurídica o fáctica.

El correlato de esta faz del derecho deriva mayormente en las *obligaciones de cumplir, de promover, de garantizar*, de los Estados, estipuladas en los instrumentos y la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, el bloque de constitucionalidad y

las normas sobre educación.³⁸⁰ Así la educación como derecho fundamental asume su mayor interés puesto que nos permite reconstruir y fundamentar con gran extensión el cuerpo más robusto de las obligaciones que de dicho derecho surgen.

Veamos en detalle el esquema de las obligaciones que de esta clasificación se derivan para el Estado argentino, que retomaremos y ampliaremos, sobre la base del derecho nacional e internacional para complementar el panorama descrito en los capítulos precedentes. En este sentido, el desarrollo de las obligaciones aquí descritas se traduce en posiciones jurídicas exigibles y pone a prueba, a través de ejemplos concretos, el alcance de los efectos y las interpretaciones de las normas y de la jurisprudencia vinculante en materia de educación.

A modo de índice enumeramos las siguientes obligaciones de hacer positivo que serán objeto de análisis:

- el Estado debe disponer de establecimientos educativos públicos,
- el Estado debe disponer de una educación pública gratuita,
- el Estado debe disponer de una educación pública laica,
- el Estado debe disponer de una educación de calidad.

³⁸⁰. Así, la obligación de cumplir se define como a la necesidad de que los Estados reconozcan suficientemente el derecho a la educación en sus sistemas políticos y en sus ordenamientos jurídicos nacionales y que adopten una política nacional acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho. Vale aclarar, como puede verse, que en la obligación de cumplir no sólo quedan incluidas las obligaciones de prestación sino también aquellas de desarrollo normativo. En similar sentido es definida por las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales (punto 6). Este tipo de obligación requiere en particular que los Estados adopten medidas y acciones que permitan dar plena y real efectividad al derecho a la educación y perfeccionen los métodos y test para establecer y controlar las violaciones o afectaciones al derecho. Este deber se subdivide a su vez en otros tres: facilitar, proporcionar y promover. El Estado tiene la obligación de facilitar este derecho adoptando “medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho a la educación y les presten asistencia. [...] Los Estados Partes tienen la obligación de dar cumplimiento [facilitar el] derecho a la educación.” Respecto de la segunda (proporcionar) y como consecuencia de la primera indica el Comité de DESC: “como norma general, los Estados Partes están obligados a dar cumplimiento a un derecho concreto del Pacto cada vez que un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí mismo con los recursos a su disposición.” En materia educativa esta obligación marca para el Comité la responsabilidad principal en la prestación directa de la educación en la mayor parte de las circunstancias, la obligación inmediata de adoptar medidas para la implantación de la enseñanza primaria, gratuita y obligatoria y la enseñanza secundaria, superior para todos en su territorio, así como la existencia de un sistema de becas que ayude a los grupos desfavorecidos. Por último, el deber de promover consiste en realizar acciones tendientes a difundir, educar o capacitar a la población para el ejercicio de los derechos.

3.1 El Estado debe disponer de establecimientos educativos públicos

El sistema educativo argentino prevé una prestación directa del servicio educativo a cargo del Estado sobre la base de la institución de la “escuela pública”, sin perjuicio de la capacidad de los particulares de solventar o no su propia educación, o de fundar y establecer sus propios establecimientos educativos. (art. 5º, 75, inc. 19 y 22, 125 de la CN, art. 13 del PIDESC, OG 13). Por lo tanto, como primer supuesto de esta obligación se exige una correspondencia *acorde* entre las *asignaciones presupuestarias* y las *obligaciones vinculadas con la prestación del servicio educativo*. Este punto se vincula estrechamente con las obligaciones derivadas del desarrollo normativo nacional y local de donde surge la obligación sobre el financiamiento educativo (art. 75 inc. 18, 22, ley 24195, entre otras). Un compromiso presupuestario por debajo de los estándares internacionales y nacionales destinados a educación, vulnera el derecho y deja vacía de contenido las demás condiciones de disponibilidad.

La disponibilidad implica el derecho a la existencia de un sistema educativo público de enseñanza básica que abarque completamente, en el nivel federal, desde el preescolar (5 años) hasta la finalización del nivel secundario - 13 años en total -(art. 16 ley 26206, art. 5, 75 inc. 19 y 22, 125 de la CN). Constituye una obligación progresiva la universalización de la educación hacia los niveles inferiores y superiores aún no garantizados y en aquellas jurisdicciones donde no se hubiere estipulado ya por sus propias normas locales³⁸¹ (art. 2 y 13 PIDESC, art. 19 ley 26206).

La satisfacción de la demanda educativa a través de la oferta pública constituye mucho más que la prestación de un servicio público esencial en tanto se traduce, por quienes son educados, en el ejercicio de un derecho “personal y social” que el Estado debe garantizar. Esta interpretación explica a su vez, la oposición a los sistemas educativos a través del subsidio a la demanda como el caso del sistema de bonos.³⁸² Explica la Relatora especial para el Derecho a la Educación que mediante dichos sistemas “los gobiernos permiten a los estudiantes pagar la escuela de su elección, o pagan ellos directamente la escuela elegida. El monto de los pagos suele corresponder a los gastos de admisión y/o de matrícula. Los principios en que se fundamentan los bonos escolares son el fomento de la

³⁸¹. Así en la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, por disposición constitucional el gobierno local asume la responsabilidad de asegurar y financiar la educación a partir de los 45 días de vida.

³⁸². Como ya hemos señalado en el capítulo III, numeral 2, el sistema de bonos tiene un trasfondo de concebir a la educación como una suerte de bien mercantilizado y por las razones ya expuestas no es una concepción adecuada para nuestro trabajo.

elección por parte del “consumidor” (en este caso de los padres) y una supuesta ampliación de las posibilidades de elección mediante la competencia entre las escuelas. Otra motivación, aunque implícita, es el deseo de someter las escuelas públicas a la competencia, para contrarrestar la percepción de que monopolizan la instrucción”. De ello infiere que “la distinción entre las escuelas públicas y privadas, estatales y no estatales, gratuitas y de pago -y la diversidad que en ellas se expresa- se acentuarán probablemente si las propuestas de establecer un sistema de bonos ganan terreno; sólo las escuelas capaces de atraer estudiantes y/o fondos quedarán en pie. La lógica en que se sustentan los bonos ve a los Estados como meros proveedores de una parte de los fondos a los estudiantes o a las escuelas, en detrimento de la gama completa de obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, que supone garantizar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad de la enseñanza”,³⁸³

La perspectiva de la oferta pública ubica en distintos lugares a los sujetos implicados y modifica las condiciones bajo las cuales se presta el servicio educativo. Por un lado, como vimos, el educando no es un mero usuario sino sujeto activo de la posición jurídica reconocida por la norma y enteramente exigible (administrativa y judicialmente) de modo inmediato frente a cualquier acción u omisión (tanto de particulares cuanto del propio Estado) que amenace o lesione tal posición. Por el otro lado, la prestación a cargo del Estado, amén de su calidad de servicio público, no es discrecional ni está sujeta a meros controles institucionales. Por el contrario, se trata de una prestación a través de la cual el Estado asume la realización del derecho en particular y con ello la labor de contribuir a la formación de sujetos autónomos y de ciudadanos plenos en una sociedad democrática, brindando una educación sujeta a los estándares analizados (de aceptabilidad, adaptabilidad, accesibilidad) y en especial a los que en detalle veremos a continuación (art. 2° ley 26206, art. 14, 20 y 75 inc. 19 y 22 de la CN).

3.1.1 El rol docente del Estado y sus alcances

Respecto del rol docente del Estado, se plantea uno de los debates más interesantes en relación con los derechos de los padres sobre la educación de sus hijos y la escolarización básica obligatoria del niño. Varios instrumentos internacionales de derechos humanos llaman al compromiso de los Estados de respetar la libertad de los padres (o tutores) de

³⁸³. Cfr. Informe provisional de la Relatora especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 1999/25 de la Comisión de Derechos Humanos, párrafo 41.

escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, pudiendo adoptar escuelas distintas de las públicas. *El interrogante se presenta por el lado de cuáles son los límites a la potestad de los padres sobre sus hijos, y si ésta alcanza al supuesto de que los padres decidan no enviar a sus hijos a la escuela.*

En este punto, no está en juego la necesidad de cierta escolarización del niño, es decir, en cuanto al derecho del niño a una educación que le permita formarse como sujeto autónomo y autosuficiente. Más bien – y este tema se asocia con el de ejercicio de la libertad religiosa de los padres sobre sus hijos – lo que se trata de analizar es cuáles son los argumentos, de los padres en ejercicio de su patria potestad y del Estado en el aseguramiento de una determinada formación básica –no neutral– del niño en un Estado de derecho, para determinar si el niño debe o no – y hasta qué nivel – asistir a la escuela incorporada al sistema educativo oficial (público o privado).

Este debate tiene importancia en situaciones donde los padres o tutores de los niños omiten escolarizarlos o bien deciden expresamente no hacerlo, ofreciéndoles una educación alternativa en sus domicilios, por ejemplo.

El primer supuesto, como hemos señalado, no encuentra desde nuestra posición ninguna justificación en tanto *la omisión de la escolarización entraña una violación del derecho del niño a su educación y a los beneficios que de ella derivan*. Con ello no se desconoce sin embargo las situaciones de hecho donde los padres, por ejemplo, se ven imposibilitados de enviar a sus hijos a la escuela por falta de presupuesto para sufragar los costos de transporte que ello supone o por la necesidad de contar con el niño en el trabajo familiar u en otro puesto para contribuir a la subsistencia económica de la propia familia. Estas situaciones requieren de la acción del Estado en prestaciones concretas como las que se describen en este apartado a fin de evitarlas y erradicarlas (v. gr. la existencia de becas, subsidios familiares, construcción de escuelas, transporte, prohibición del trabajo infantil, entre otras).

El segundo supuesto, aunque no tiene fuertes raíces en nuestro contexto, se presenta mayormente en el marco de los casos conocidos como “*homeschooling*” que se vinculan con aquellas situaciones donde los niños reciben educación básica en el hogar, sin ser enviados al sistema educativo oficial (público o privado). En la Argentina este tipo de educación no se encuentra legislado ni regulado. Los padres que la apoyan argumentan sobre la base de sus derechos como tales, del principio de legalidad y conforme el ejercicio de su patria potestad.

De este modo, de un lado de la balanza se alzan los argumentos:

- del derecho de los padres, como dijimos, a escoger el tipo de educación que consideren más acorde para sus hijos. Aquí también puede complementarse con el derecho de aquellos a que los niños reciban la educación religiosa o moral acorde a sus convicciones;
- de que al no encontrarse expresamente prohibida la escolarización en el hogar (fuera del caso de la educación domiciliaria en supuestos de imposibilidad de asistencia a la institución por enfermedad – supuesto expresamente contemplado legalmente), ésta se encuentra entonces permitida por la legislación vigente;
- del reconocimiento de la familia como agente educador “natural”, conforme algunas posturas de fuerte raigambre moral o confesional; aunque también las normas sobre educación le han asignado a la familia un rol en su participación en el sistema educativo formal (art. 3º, ley 24195, art. 4º, ley 26206).
- del derecho de los niños a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar.

Así, con excepción del último de los argumentos, parecía necesario enfatizar *prima facie* que en este problema entran en colisión *dos derechos distintos* y no uno con diversas facetas. En consecuencia, hablamos de sujetos de derechos distintos y no de los hijos como “apéndices” de sus padres. Esto tiene implicancias en el modo de ver el derecho de los padres en relación con sus hijos, no como derechos de propiedad “sobre” estos sino como derechos de los padres “concernientes” a sus hijos (Kleinig, 1981: 200). Esta primera reflexión, debería guiar el resto del razonamiento, a fin de priorizar el interés de estos últimos (que son independientes y no deben ser asimilados directamente a los de sus padres), poniéndolos como sujeto activo del derecho y desde que es el interés superior del niño, conforme al más fundamental principio de la Convención de los Derechos del Niño, el que debe guiar las decisiones que se toman en representación de aquellos. Así entonces se pueden esgrimir los siguientes argumentos.

- El derecho del niño a su *desarrollo autónomo* que le permita desempeñarse con plenitud no sólo como persona sino también como ciudadano en una sociedad democrática. En este sentido, la efectiva escolarización de los niños deja de ser opción para transformarse en un camino necesario de socialización (aprendizaje de principios de convivencia y cooperación grupal, de valores antidiscriminatorios y pautas democráticas) donde el Estado asume un rol docente que asegura la garantía de un contenido suficiente para tales fines y prevé instituciones específicas donde debe ocurrir este proceso. En función de este fin, es que

establece currículos obligatorios, selecciona personal específico que desempeñe esa función y somete al cumplimiento de determinadas pautas básicas de objetivos, contenidos, organización y control, a la educación pública y privada oficial. Además este argumento también puede relacionárselo con lo que algunos autores señalan como el “derecho a un futuro abierto”, que a través de la escolarización se busca asegurar, y que refiere a que dichas opciones futuras (incluidas las relacionadas con el modo de vida, religión, profesión, etc.) estén abiertas hasta que el individuo se encuentre completamente formado y pueda determinar por sí mismo lo que estime mejor a su vida.³⁸⁴ Finalmente, cabe en este marco volver a añadir los argumentos esbozados por Nino en relación con la necesidad de una formación democrática en este sentido para el desarrollo de una concepción “emancipatoria” de la autonomía.³⁸⁵

- Ello no desconoce el rol de la familia en su tarea educadora, que válidamente puede complementar la educación que le es brindada al niño por fuera y a través del sistema educativo formal. A ella también le queda buscar la forma de participar por diversos medios en la adopción de las políticas educativas directamente (en su participación en la escuela a través de los proyectos educativos, a través de su pertenencia a organizaciones o instituciones sociales – por ejemplo su institución religiosa, fundaciones, cooperativas-, consejos escolares, entre otros) como indirectamente (a través de sus representantes en los distintos niveles del gobierno elegidos democráticamente).³⁸⁶

- El Estado reconoce como valiosa la institución familiar y por ello, las garantías en torno a la intimidad y a su preservación, incluyendo las libertades de opción de los padres por el tipo de escuela y sus convicciones religiosas o morales, se conservan en una medida razonable pero que resulte compatible con la adopción de una escolarización básica obligatoria y con el interés superior del niño que exige una educación, frente a la cual en nuestro caso, el Estado no es neutro sino que debe asumir un rol formador de ciudadanía crítico.

³⁸⁴. Véase en este sentido, además del trabajo de Kleinig (1981), en particular Feinberg, J. (2007), pág. 112.

³⁸⁵. Véase capítulo III, numeral 6.1.1.

³⁸⁶. Un ejemplo sobre el rol que puede tener la presión de la sociedad y la opinión pública local en los “Boards of Educations” de los estados federados norteamericanos a los fines de participar en la selección de docentes de modo que resulten ser finalmente designados aquellos que enseñen conforme a las ideologías y creencias más afines a la comunidad, puede verse en el siguiente trabajo: Berkman, M. B., & Plutzer, E. (2011). “Local Autonomy versus State Constraints: Balancing Evolution and Creationism in U.S. High Schools”. *Publius: The Journal of Federalism*.

- Existen además varios argumentos de igualdad (Howell, 2007; Apple, 2005). Así puede ser entendido que el sistema educativo, en particular el sistema público, tiene un contenido de igualdad en un sentido “fuerte”, esto es, de procurar obtener de todos los niños “resultados” (*outcomes*) escolares similares o equivalentes, evitando la distorsión que las diferencias de origen familiar pueden dar lugar. La educación en el hogar tiene un fuerte sentido de *privatización de la educación*, al igual que *mantiene una profunda desigualdad*, permitiendo a determinados sectores privilegiados de la sociedad capitalizar sus propias ventajas y denegar oportunidades similares a los demás niños (por cuestiones ajenas a ellos y de las que no son responsables). Para los autores que se inscriben en esta posición, si el marco de la educación privada ya conspira contra dicha igualdad, la que ocurre de manera particular en el hogar la exagera aún más, ya que como una “estrategia de salida” de los sectores más ricos, socava la preocupación principal de las autoridades en la mejora del sistema educativo, y contribuye a la pérdida de toda cohesión social, así como al desarrollo de sociedades más excluyentes, pobres y mezquinas (Lubienski, 2000).

Finalmente, sí existen algunas pautas normativas desde las que se desprende la obligatoriedad de la asistencia escolar al sistema formal educativo organizado y coordinado por el Estado. Así lo prevén actualmente las resoluciones del Consejo Federal de Educación en torno a los “Lineamientos de acción para la educación básica” aprobados. Ello es también conforme algunas disposiciones en los reglamentos generales de escuelas de las provincias (como el art. 23 del de la Provincia de Buenos Aires).³⁸⁷

Recientemente, el Tribunal Constitucional Español ha resuelto un caso que, dadas sus características, podría ser de utilidad en el contexto argentino y que podría haber sido resuelto con similares argumentos constitucionales.³⁸⁸

En el caso, los padres se habían negado a matricular a sus hijos menores de edad en el sistema escolar oficial, sin perjuicio de que recibían educación en sus hogares. El Tribunal Constitucional desestimó el amparo interpuesto por los padres bajo el argumento principal de que el derecho a la educación reconocido en la Constitución española “no alcanza a proteger en su condición de derecho de libertad la decisión de los padres de no

³⁸⁷. Dicho artículo establece que “están obligados a asistir a las escuelas primarias diurnas, todas las personas de uno y otro sexo que radicadas en la Provincia y comprendidas en edad escolar, no justifiquen ante autoridad competente: 1) Que reciben la educación mínima obligatoria en escuela nacional o privada o en su domicilio [esto último refiere a la educación domiciliaria u hospitalaria frente a la posibilidad de asistencia al establecimiento educativo] 2) Que han cursado satisfactoriamente los estudios primarios. 3) Que se hallen física, psíquica o moralmente incapacitadas.”

³⁸⁸. Tribunal Constitucional (España). Sala Primera: “Recurso de amparo promovido por don Antonio Gómez Linares y otros”, (Auto 163/2008, de 23 de junio de 2008).

escolarizar a sus hijos.”³⁸⁹ El tribunal, si bien reconoció el derecho de los padres a elegir el centro educativo y a que los hijos reciban una formación moral y religiosa de acuerdo con sus convicciones, más allá de este contenido, determinó que “no se protege una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado”.³⁹⁰ El tribunal llegó a este razonamiento trabajando el caso a partir de una colisión de principios, por lo que aplicó un examen de proporcionalidad. De este modo consideró, sobre lo dispuesto por la Constitución respecto de la obligatoriedad de la enseñanza básica, que la disposición legislativa³⁹¹ no generaba ninguna restricción desproporcionada a los derechos de los padres y que se constituía en una medida adecuada para la satisfacción de los fines constitucionales de la educación vinculados con el libre desarrollo de la personalidad en el marco de una sociedad democrática y la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales.³⁹²

³⁸⁹. Artículo 27.1 de la Constitución Española:

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.
7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.
8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.
10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.

³⁹⁰. TC (España), “Recurso de amparo promovido por don Antonio Gómez Linares y otros”, consid. 5.

³⁹¹. La ley española prevé la escolarización obligatoria desde los 6 hasta los 16 años.

³⁹². TC (España), “Recurso de amparo promovido por don Antonio Gómez Linares y otros”, consid. 8. En efecto, a criterio del tribunal la medida superaba con éxito todos los niveles de dicho examen pues a) se trataba de una medida adecuada con la satisfacción de la finalidad aludida; b) era necesaria pues aun existiendo una medida alternativa como la posibilidad de que los niños recibieran educación en sus casas y luego fueran sometidos a evaluaciones oficiales periódicas, no resultaba igualmente eficaz en relación con el mandato que la Constitución exigía a los poderes públicos en el art. 27.2 (en particular respecto de su responsabilidad en la programación general de la enseñanza, su supervisión, inspección y homologación de estudios); c) Finalmente, la restricción no era manifiestamente excesiva en tanto, entre sus argumentos, señaló que la escolarización no impedía a los padres influir en la educación de sus hijos tanto fuera como dentro de la escuela así como quedaba en pie el derecho de estos últimos a ejercer su libertad de enseñanza procurando la creación de sus propios centros docentes.

Conviene aquí recordar que la nota de obligatoriedad, como dice el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sirve para destacar el hecho de que ni los padres ni los tutores, ni el Estado, tienen derecho a tratar como optativa la decisión de si el niño debería tener acceso a la enseñanza primaria, en la medida en que sea de calidad, pertinente para el niño y promueva la realización de los otros derechos del niño.³⁹³

El fallo coincide así con el tono propuesto de Nino (1992) y Gutmann (1980) respecto de la necesaria responsabilidad que le cabe al Estado, en su rol docente en la educación formal básica, a fin de garantizar el desarrollo autónomo del niño.³⁹⁴

Nuestra posición reitera y apoya estos argumentos pero los eleva conforme a lo expuesto en el *capítulo III* a los alcances de una regla-resultado. Es decir, *un piso de escolaridad formal obligatoria constituiría un contenido básico y definitivo del derecho al que no se puede renunciar ni admite ponderación alguna de cara con otros intereses de otros individuos o derechos que pueden querer confrontar o discutir su validez*. El piso conformado por los presupuestos materiales de autonomía e igualdad exige esta postura para que todo el andamiaje de las obligaciones estatales cobre sentido y tenga aplicación concreta. En consecuencia, el desarrollo del examen de proporcionalidad, nos es útil a fin de corroborar la solidez de la regla. La preeminencia de otros intereses por sobre este contenido mínimo, podría no obstante establecerse en ciertos casos límite a través de la incorporación de una cláusula de excepción de validez de la regla.

3.1.2 Escuelas

La existencia de un sistema educativo público supone la creación y mantenimiento de escuelas en cantidades suficientes y distribuidas geográficamente de modo tal que se asegure la escolaridad básica cercana a su residencia a los niños del territorio argentino en todos sus niveles básicos y obligatorios (accesibilidad). La disponibilidad es requerida tanto en ámbitos urbanos cuanto rurales (en especial en estos últimos donde la distancias geográficas no pueden ser *per se* una causal de incumplimiento estatal).³⁹⁵ Esta obligación

³⁹³. Cfr. CDESC, Observación General N° 14, párrafo 6.

³⁹⁴. Véase a partir del numeral 3.3 de este mismo capítulo.

³⁹⁵. Así, entre las deudas más claras del Estado con la educación rural se destaca en primer lugar la necesidad de extender la oferta de nivel secundario. En el año 2007, en el total del país el porcentaje de alumnos en escuelas rurales ascendía al 13% en el nivel primario y apenas al 7% en la secundaria. Esto señala las grandes deficiencias en la oferta del nivel medio en las zonas rurales puesto que en el 2001 en áreas urbanas el 89% de los jóvenes de 12 a 17 años asistía a la escuela, mientras ese porcentaje bajaba a 72% en zonas rurales, Cfr. Rivas, A. (2010), ob. cit., pág. 142.

tampoco tolera problemas de vacantes. En este sentido, el mayor problema del incumplimiento de la obligación de disponibilidad se presenta aquí por la actuación estatal insuficiente, por ejemplo, en el nivel inicial.³⁹⁶

La principalidad que le cabe al Estado implica poner límites claros entre su actuación en cumplimiento de sus obligaciones y la actuación del sector educativo privado, en cumplimiento de una actividad social pero con tintes comerciales (sujeta al control estatal).³⁹⁷ En el plano de los debates sobre la educación privada, han existido interrogantes sobre la *obligatoriedad del Estado de financiar la educación privada*. Dicho debate ha sido (y continúa siéndolo) muy extenso por lo que excedería el marco de la presente investigación. Usualmente, en este mismo planteo surgen otros debates vinculados con la pregunta acerca de si el Estado está obligado o no a crear y a mantener establecimientos educativos, o bien debería sólo hacerlo cuando los particulares no asuman tal tarea, ello en virtud del principio de subsidiariedad (Padilla: 1987) – pero que choca abiertamente con aquel otro dispuesto constitucionalmente sobre la responsabilidad indelegable del Estado en materia educativa-. A menudo el apoyo público a las escuelas privadas ha sido sostenido enfáticamente por quienes ven a la educación más como un bien privado o semi-público, alegando pseudo-argumentos de eficiencia y calidad tales como: “a) el apoyo a la expansión de la educación y la capacitación a un costo menor que estableciendo nuevas instituciones públicas o expandiendo las existentes (especialmente cuando se alega que el Estado se enfrenta a serias limitaciones presupuestarias), b) estimular la diversidad y la competencia a través del aumento de las oportunidades de elección, c) fomentar una mayor orientación hacia los alumnos más pobres de la educación básica o asegurar que no se niegue a los alumnos capaces el acceso a la educación secundaria ni superior por razones financieras (en otras palabras, por consideraciones de equidad)” (Wolf y Moura Castro, 2002: 37), entre otros.

La principalidad estatal determina la imposibilidad de desligarse de la obligación de disponibilidad, incluso a través del subsidio de la demanda como ocurre en el caso del

³⁹⁶. Conforme ya vimos en el acápite 7.1.5 en el capítulo I.

³⁹⁷. En este sentido, la Relatora Especial particularizó que la coexistencia entre la educación pública y privada, reguladas por el derecho público y privado, respectivamente, exige una clara y explícita demarcación del alcance de cada uno de los dos diferentes sistemas educativos (Informe de la Relatora Especial, Katarina Tomasevski, Adición Misión a Colombia, 1-10 octubre 2010). Así recomienda que se asigne prioridad al derecho público sobre el derecho privado, y a la protección de los intereses públicos más que a la de los intereses privados, fin de orientar el establecimiento de soluciones basadas en los derechos que sean aplicables a los conflictos de leyes recientes y futuros. Cfr. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos, párrafo 20.

financiamiento a través de subsidios al sector educativo privado. Si bien dicho subsidio puede fundamentarse, sobre objetivos de justicia social a fin de brindar una mayor cobertura de vacantes en determinadas regiones o por el tipo de función social que cumpla en su zona de influencia dicha escuela privada (art. 65 ley 26206, decreto PEN 2542/91) en modo alguno desliga la responsabilidad progresiva del Estado por crear nuevos establecimientos educativos que permitan al total de la población el acceso a la educación pública. (arts. 75 inc. 19 y 22 CN, OG N° 3 y 13). En su caso, los aportes estatales, sobre la base de una distribución igualitaria y transparente, deben dirigirse prioritariamente a las escuelas privadas que se ubiquen en lugares donde las vacantes de escuela pública resulten aún insuficientes y atiendan especialmente a una matrícula desaventajada por su condición social y económica. Por ende, el Estado incumple con sus obligaciones si incurre en aportes a escuelas privadas sin atender a la finalidad que los guía, en tanto pueden contribuir a financiar serias desigualdades en el acceso a la educación en detrimento de la inversión requerida en la escuela pública.³⁹⁸

Esos límites también deben establecerse respecto de la posibilidad de participación del sector educativo privado en los fondos públicos destinados a la educación. Así, toda medida o política que implique un aumento de la participación en el presupuesto educativo de grupos de intereses o *lobbies* privados del sector educativo debe ser analizada en proyección primero con la disponibilidad existente de recursos para la educación pública y sus necesidades a cubrir, evitando repartos irrazonables o sumamente desigualitarios entre el nivel de gastos y el presupuesto disponible entre ambos tipos de educación.³⁹⁹ El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que el Estado no actúa de manera discriminatoria cuando proporciona a las escuelas privadas subsidios inferiores

³⁹⁸. Así, un informe de una asociación civil (ACIJ) denunció que la Ciudad de Buenos Aires vulnera el derecho a la educación puesto que otorga excesivos aportes, de manera discrecional y sin ajustarse a los fines legales, a escuelas privadas que cobran cuotas extremadamente altas, con matrículas de elevado poder adquisitivo, y que se ubican en las zonas más ricas de la ciudad, en las cuales sobran vacantes en escuelas públicas. Paradójicamente, el monto más bajo de subsidio estatal es el recibido por el Distrito Escolar 21, que comprende los barrios de Villa Lugano y Villa Riachuelo que tienen mayores problemas de falta de vacantes, con bajísimas cantidad de escuelas y con una gran matrícula. (El monto más alto de subsidio destinado a escuelas de gestión privada corresponde al Distrito Escolar 10, que comprende los barrios de Belgrano y Núñez). Véase ACIJ (2010): “Subsidios estatales a escuelas de gestión privada en la Ciudad de Buenos Aires. Falta de transparencia y profundización de desigualdades educativas”. Disponible en: www.acij.org.ar, (fecha de consulta: diciembre 2010).

³⁹⁹. Así también merece ser analizado con desconfianza el hecho que en la Ciudad de Buenos Aires en los últimos cuatro años aumentó en más del 60% el subsidio destinado a escuelas de gestión privada. Cfr. ACIJ (2010), ob. cit., pág. 25.

que a las escuelas públicas.⁴⁰⁰ Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha considerado que el derecho a la educación no requiere subvencionar necesariamente a la educación privada de un determinado tipo o nivel.⁴⁰¹

La disponibilidad no se limita a la creación de escuelas sino también a dotarlas de la infraestructura y materiales necesarios para el cumplimiento de sus fines pedagógicos. El piso internacional configurado por los informes del Relator para el derecho a la educación de la ONU, especifica que si bien es una obligación impostergable que los edificios cuenten con las instalaciones básicas tales como sanitarias, agua potable, calefacción, comedor escolar, protección contra siniestros, seguro escolar, bibliotecas, entre otros, admite que en algunas regiones, y en el contexto de desarrollo en que actúan, están podrán ser más amplias citando el ejemplo de la existencia de servicios informáticos. Estas últimas, encajarían en la obligación de cumplimiento progresivo de dotar a los establecimientos públicos de los elementos necesarios que favorezcan a una educación de calidad.

En la Argentina estas prestaciones deben interpretarse como contenido básico y no de carácter progresivo, puesto que son requeridas para el cumplimiento de los objetivos y contenidos obligatorios que ya han sido incorporados constitucional y legalmente (art. 75 inc. 19 y 22 CN, art. 13 PIDESC, OG 13, ley 26206, ley 26075).⁴⁰² Se admitirá en este caso, la posibilidad de adoptar diversas medidas de carácter transitorio en tanto se dispone de los medios para el cumplimiento definitivo de tal obligación (así por ejemplo de no contarse con internet en la escuela, se podrá asistir con los alumnos a otro establecimiento para llevar a cabo el desarrollo de los contenidos obligatorios con ella involucrados).

El catálogo de denuncias en este sentido es extenso: problemas de infraestructura por escuelas existentes insuficientes, por escuelas en mal estado que impiden su funcionamiento regular, por falta de condiciones mínimas de seguridad,⁴⁰³ por falta de

⁴⁰⁰. Cfr. Comité de Derechos Humanos, Caso “Carl Henrik Blom c. Suecia”, comunicación N° 191/1985, observaciones del 4 de abril de 1998, párr. 10.3, selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo, vol. 2 (CCPR/C/OP/2, págs. 235 a 239).

⁴⁰¹. Cfr. Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso “André Simpson c. Reino Unido”, solicitud N° 14688/89, decisión sobre admisibilidad del 4 de diciembre de 1989, Decisiones e informes, vol. 64, pág. 194.

⁴⁰². En el ámbito interno, la ley 26206 establece el derecho de los alumnos a desarrollar sus aprendizajes con instalaciones y equipamiento adecuados, que aseguren su calidad (art. 126, inciso j). El documento “Criterios y Normativa Básica de Arquitectura Escolar”, aprobado por el Consejo Federal de Educación (Resolución 68/97), define pautas comunes básicas con alcance en todo el territorio nacional, para la elaboración de proyectos y la habilitación de edificios escolares.

⁴⁰³. Al respecto, resulta paradigmático la decisión de la provincia de Santa Fe de extender una autovía dejándola a tan sólo 70 centímetros de la entrada principal de una escuela, sin reparar en los peligros que ello entraña ni atender a que las aulas prácticamente se encuentran pegadas a dicha ruta. V. nota del diario

número de aulas, sillas o bancos, una inadecuada condición de salubridad -no contar con baños⁴⁰⁴ - o de funcionamiento básico de servicios indispensables - no tener luz, o falta de calefacción en las aulas en tiempo invernal⁴⁰⁵ - la suspensión o supresión del refrigerio en el comedor escolar o la falta de docentes.⁴⁰⁶ Todos ellos en la medida en que pongan en riesgo el comienzo o bien la continuidad del ciclo escolar de los niños en edad de escolarización básica, vulneran el derecho a la educación.

3.1.3 Docentes, formación y condiciones de trabajo

La disponibilidad comprende una planta docente suficiente y calificada y que pueda desempeñarse bajo condiciones dignas de trabajo. Una enseñanza de calidad supone algunos prerrequisitos, uno de los cuales es que quienes estén encargados de la tarea docente tengan un adecuado manejo de los contenidos sustanciales e instrumentales educativos. Esto requiere en primer lugar, mejorar la calidad del nivel de formación docente y ofrecer una capacitación inicial y continua también de calidad que permita a los maestros y profesores estar bien preparados y actualizados permanentemente con herramientas para desarrollar prácticas pedagógicas y curriculares adecuadas, pertinentes y significativas. (75 inc. 19 y 22 CN, art. 13 PIDESC, OG N° 13, art. 73 de la ley 26206). El desarrollo de una importante serie de contenidos vinculados con los desafíos educativos actuales, como aquellos provenientes de una propuesta educativa intercultural, requieren de cambios en la formación docente y el profesorado (especialmente en el nivel terciario), y de la modernización y reforma de situaciones de la educación normalizadora tradicional que no se avienen con estas propuestas. Para quienes se formaron bajo estos

Clarín: “Construyen la ruta a 70 centímetros de la puerta de una escuela rural”, del 11/6/11; y diario El litoral: “Sin solución para la escuela 334 en el conflicto por la Autovía”, 7/6/11.

⁴⁰⁴. Constituyó una vulneración del derecho a la educación por parte de la provincia de Buenos Aires que no puedan darse clases en algunas escuelas debido a “obras en curso” y a la falta de mobiliario elemental. Sobre la base de un relevamiento de la UNESCO, en el 2008 un 12% de las escuelas argentinas no contaba con asientos suficientes y un 20,2% no tenía sanitarios suficientes para los alumnos. Cfr. Rivas, A. (2010), ob. cit. pág. 70.

⁴⁰⁵. En este sentido, constituyó una vulneración del derecho a la educación el hecho de que varios colegios de la Ciudad de Buenos Aires suspendieron las clases debido al frío y a la falta de calefacción ocurrida por la no haber gas debido a serios desperfectos en las instalaciones o por incumplimientos, irregularidades y deficiencias en los servicios subcontratados que debían realizar las reparaciones. Cfr. Diario La Nación: “Admiten que hay 50 escuelas porteñas sin calefacción”, 29/5/07.

⁴⁰⁶. En marzo de 2011, se denunció que en un promedio de 110 a 120 secciones educativas en Mendoza faltaban maestros lo que ponía en riesgo el comienzo del ciclo escolar. Dicho problema además, no tenía miras de resolverse en el corto plazo. Cfr. diario Clarín, “En Mendoza faltan maestros y llaman a los alumnos a dar clase”, 21/3/11. V. asimismo, diario Uno, “Faltan docentes para cubrir cargos en todos los niveles”, 2/3/11 y en relación con el nivel terciario específicamente, diario Los Andes, “En una semana esperan cubrir los cargos en el terciario del Normal”, 4/5/2011.

antiguos formatos se requiere a su vez de una formación continua que permita a aquellos docentes trabajar los cambios en la educación, y que se le brinden herramientas acordes con la innovación pedagógica que se requiera, a fin de realizar las adecuaciones curriculares requeridas para grupos cada vez más heterogéneos (Aguerrondo: 2002; Gvirtz y Petrucci, en Tedesco (comp.): 2005). En segundo lugar, es igualmente fundamental tanto la jerarquización de la profesión docente cuanto la formulación de necesarias mejoras laborales, pues no hay reforma educativa ni educación de calidad sin la garantía de los derechos de los docentes, vinculados entre otros, con las condiciones dignas de trabajo y salario (arts. 14, 14 bis CN, art. 67 ley 26206, art. 2° ley 26075).⁴⁰⁷

Sin duda, al hablar de los docentes, estamos haciendo referencia a otro derecho así como a otro sujeto. Dado el tipo de interacción docente-alumno que se juega en los procesos de enseñanza y de aprendizaje, la cuestión docente se vincula especialmente con el derecho a la educación. Tiene un impacto profundo en el aseguramiento de muchos de los contenidos que integran el derecho a la educación. Como se afirma en un trabajo reciente, aunque específicamente vinculado con la presión hacia los docentes por parte de las autoridades nacionales y estatales en los Estados Unidos, interesa traer a colación que los docentes comprenden el “*street level bureaucrats*”; son quienes en última instancia a través de las decisiones curriculares e instructivas que desarrollan dentro de los específicos y particulares contextos de sus clases en el aula, determinan qué es lo que los niños realmente aprenderán (más allá de lo que se les prescriba que deben enseñar y cómo) (Berkman & Plutzer: 2011).

Un análisis de la docencia en la Argentina excedería el marco del presente trabajo de investigación. Sólo remarcaremos algunos aspectos que merecen una particular reflexión

⁴⁰⁷. Sin embargo, no se cumple con esta obligación si existe una fuerte depreciación del salario docente en relación con otras actividades, y sin compensación alguna (como ocurrió en la Argentina desde 1975 y durante la década del 90^o especialmente). Tampoco se condice con el hecho de la notable disparidad salarial docente a nivel federal. En diciembre de 2008 los docentes de nivel primario con 10 años de antigüedad de Santa Cruz recibían una remuneración de \$ 4.345 (salario bruto) por una jornada simple. En el otro extremo se encontraban los docentes de Formosa, Misiones y Corrientes, con un salario inferior a los \$1.600 mensuales. Los datos son contundentes: los salarios de las tres provincias que mejor remuneración pagan (Santa Cruz, Tierra del Fuego y La Pampa) duplican el de las tres con salario docente más bajo, Formosa, Misiones y Corrientes (aún cuando se considera el aporte nacional compensatorio que reciben). No se puede justificar competitivamente el hecho que un docente que realiza el mismo trabajo en dos provincias distintas reciba una remuneración tan dispar. Cfr. Rivas, A. (2010), ob. cit., pág. 110. En cuanto a la formación docente, la ley 26206 (arts. 71 a 78) ha dado un paso importante en el aseguramiento de la formación inicial y continua de los docentes a través de la creación del Instituto Nacional de Formación Docente encargado de planificar, desarrollar e impulsar a nivel nacional las políticas para el sistema. El Estado debe propiciar en este sentido, un mayor fortalecimiento de los circuitos de capacitación, brindando cursos gratuitos a los maestros y controlando la oferta privada de dichos cursos.

como condición necesaria para el desarrollo de una amplia gama de contenidos curriculares básicos que la escuela debe poder transmitir y debatir, por expreso mandato que surge del bloque de constitucionalidad.⁴⁰⁸ Además, es necesario aclarar que existen importantes investigaciones de diagnóstico y propuestas de cambio sobre el tema (Braslavsky y Birgin, 1994; Aguerrondo, 2002, IESAL, 2004, OREALC/UNESCO 2005, Vaillant, 2006, Casamajo, Dussel y Montes (coord.), 2010).

Así los estudios demuestran que la docencia en nuestro país ha atravesado por una serie de fenómenos regresivos en su calidad y sintetizados en la desprofesionalización.⁴⁰⁹ Su salario ha sido históricamente la variable de ajuste en situaciones de crisis aplicada por muchos gobiernos, lo que motivó el doble empleo (ello a su vez deja menos tiempo para la preparación de las clases y su formación continua – sumado a la falta de materiales y tecnología en las escuelas), y la baja del prestigio social de la profesión (Braslavsky y Birgin: 1994).

Esto se traduce en problemas complejos.⁴¹⁰ Así, a menudo no se identifica como un limitante importante de la calidad educativa el tiempo y la calidad de la preparación docente para el trabajo en el aula sino que se le asigna una gran importancia a causas externas a dicha interacción en el salón, como lo es el salario. A su vez, las condiciones laborales, generan insatisfacción y frustración de desarrollo profesional, lo que se traduce en altos índices de ausentismo (Braslavsky & Birgin, 1994; Rivas, Vera, & Velea, 2009; Velea, 2005, entre otros). En otros casos, la calidad de la educación se ve comprometida por el número de otras tareas extras y no pedagógicas que deben desarrollar, más cercanas a las que se llevan a cabo en un centro comunitario, que de lo que se esperaría de una escuela. (Braslavsky y Birgin: 1994).⁴¹¹ Es necesario pues el reconocimiento de estas

⁴⁰⁸. Véase especialmente el anexo III en este trabajo.

⁴⁰⁹. Para este breve diagnóstico y recomendaciones respecto de la situación docente en la Argentina se han tomado, además de los trabajos arriba citados, una serie de artículos elaborados por los siguientes especialistas: Braslavsky y Birgin (1994), Ma. del Carmen Feijoó (2002), Germán Rama y Juan C. Navarro (2002).

⁴¹⁰. Entre ellos, puede observarse el impacto que en materia educativa se produce por la existencia de circuitos regresivos donde las escuelas más pobres terminan sólo recibiendo a los docentes con menor calificación o preparación, o sufren la falta de docentes titulados específicamente en ciertas áreas o niveles. Desde el momento en que las normas otorgan un margen de decisión a los candidatos a los cargos en función del orden de méritos, los docentes con mayor puntaje pueden elegir la escuela. Como lo revelan estadísticas de estudios recientes, este principio termina perjudicando a las escuelas más desfavorecidas, que suelen ser la puerta de entrada al sistema educativo de los docentes menos expertos (Pedrazza, 2007).

⁴¹¹. Según Feijoó (2002: 161), los docentes tensionados entre la necesidad de ayudar a resolver los problemas específicos de sus estudiantes y la sobrecarga de tareas extra educativas tienen una actitud ambigua. Por un lado, reclaman una escuela más profesionalizada que les permita concentrarse sólo en la

tensiones y de las preocupaciones de los docentes en el tema por parte de las autoridades, para contribuir a mejorar la educación desde este punto de apoyo. En este sentido, la Recomendación OIT/UNESCO de 1966 relativa a la situación del personal docente continúa siendo un buen marco de referencia e indicador de las medidas que deben tomarse para el reconocimiento profesional del docente y condiciones dignas de trabajo.⁴¹² En suma, el deber del Estado de generar las condiciones para un ejercicio del derecho a la educación básica en forma igualitaria, no puede desentenderse de la cuestión docente.

3.2 El Estado debe disponer de una educación pública gratuita

En el *capítulo I* hemos descripto con precisión la idea de *gratuidad* con que debe interpretarse la noción expuesta en la Constitución Nacional, y en la doctrina y jurisprudencia actualmente vigente.⁴¹³ Dicho análisis se acopla perfectamente a las siguientes consideraciones adicionales a la luz de la tesis de la educación como derecho fundamental. Recapitulamos en particular que:

- la gratuidad hace a la obligación de carácter inmediata y prioritaria de *accesibilidad material* de los niños a la escuela (cfr. OG N° 13). Prácticamente la totalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos, ya reconocidos en el propio texto constitucional a partir del art. 75 inc. 22 de la CN, ratifican esta disposición en sus artículos;⁴¹⁴
- la gratuidad de la educación pública comprende la escolaridad obligatoria y se extiende en nuestro sistema inclusive a la educación superior. (art. 5°, art. 75 inc. 19 y 22, art. 13 PDESC, OG N°13 y 14, ley 26206, ley 26075, art. 16 ley 26061).

La gratuidad no sólo se extiende a su significado llano que determina la existencia de instituciones educativas en las que no se exija contraprestación económica alguna para acceder a ellas. Nuestro sistema educativo prohíbe la existencia de “gastos indirectos”, es

tarea de enseñar; por el otro, reclaman y defienden la implementación de este tipo de programas que están en el fondo dirigidos a garantizar las condiciones mínimas de “educabilidad” de sus alumnos.

⁴¹². En sus 146 párrafos divididos en 13 secciones, la recomendación establece normas internacionales acerca de numerosas cuestiones vinculadas con preocupaciones de tipo social, ético y material de los docentes. Entre esas cuestiones cabe mencionar la capacitación inicial y continua, la contratación, ascenso y promoción, procedimientos disciplinarios, servicio a tiempo parcial, libertad profesional, supervisión y evaluación, obligaciones y derechos, participación en la toma de decisiones en materia educativa, negociación, condiciones favorables para la eficacia de la enseñanza y el aprendizaje y seguridad social.

⁴¹³. V. Capítulo I, numeral 4.2.2 y 7.1.

⁴¹⁴. V. Capítulo I, numeral 5 y anexo II.

decir gastos no referidos directamente al acceso a la educación y que en nuestro contexto son también violatorios del derecho a la educación. Así tiene dicho el Comité que “los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos indirectos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos”. Su eliminación es una cuestión impostergable. Termina señalando: “Los gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro, también pueden entrar en la misma categoría.”⁴¹⁵ En dicho marco se pueden encontrar las contribuciones a una cooperadora escolar “voluntarias” o como condición de matriculación o rematriculación del niño o la exigencia de pagar un seguro escolar (así sea mínimo su costo) en escuelas públicas.⁴¹⁶

La gratuidad no sólo debe comprometerse en el acceso o “ingreso” a la educación sino también en el aseguramiento de la *permanencia* del alumno en el sistema, lo que exige atender sobremanera a los medios con los cuales deberá cubrirse gastos de transportes, libros y materiales por ejemplo. A tales fines, el Estado tiene la obligación inmediata de procurar atender también a dichas necesidades indisolublemente conexas a la educación gratuita, a través de un de sistemas de becas u otras prestaciones, políticas especiales de apoyo - como de entrega de libros didácticos o como el “boleto estudiantil” para el caso del transporte público (art. 75 inc. 19 y 22 y 23, art. 13 PDESC, OG 13 y 14, ley 26206,⁴¹⁷ ley 26075). Aquí vale recordar, como ejemplo, lo resuelto en el caso “Montenegro” sobre la obligación de la Ciudad de Buenos Aires de brindar becas escolares, entre otras acciones, a los niños menores de 15 años “cartoneros”.⁴¹⁸

También la gratuidad tiene especial vigencia en el marco de las prestaciones debidas por el Estado y los agentes de salud respecto de la educación de personas en situación

⁴¹⁵. Conf. CDESC, OG N° 11, párr. 7 y el informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz Villalobos. “El derecho a la educación”. Informe de 17 de diciembre de 2004. Documento E/CN.4/2005/50, párr. 20.

⁴¹⁶. Véase en este último sentido en relación con lo ocurrido en la provincia de Tucumán, capítulo V, numeral 7.2.

⁴¹⁷. En particular, el art. 80 de dicha norma dispone la responsabilidad del Estado de garantizar condiciones educativas y recursos presupuestarios adecuados que permitan la igualdad de oportunidades en el acceso y los resultados educativos, a través de políticas de provisión de recursos materiales, culturales, económicos, pedagógicos y tecnológicos a alumnos, familias y escuelas en situación económica desfavorable.

⁴¹⁸. V. capítulo I, numeral 7.1.1.

enfermedad o con discapacidad. (art. 75, inc. 23, ley 23661, ley 24901). En este aspecto existe una extensa jurisprudencia consolidada.⁴¹⁹

La gratuidad de la educación es acorde con la noción de educación como bien público y prohíbe adoptar políticas (en el plano interno e internacional) que impliquen la privatización de la prestación a cargo del Estado o que conciban a la educación como un bien mercantil o alienten cualquier forma de mercantilización de la educación pública (art. 75 inc. 19, 22 CN; OG N°13,⁴²⁰ art. 10 ley 26206).⁴²¹

3.3 Educación pública laica

Hemos señalado en el *capítulo I*, que el Estado debe garantizar que la *educación pública sea laica*, no confesional, que sea compatible y respete la libertad religiosa de alumnos y docentes (art. 19, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 126 ley 26206, entre otros).⁴²² De manera concordante con la jurisprudencia sobre el tema, hemos observado un amplio reconocimiento de la vigencia a la tutela constitucional de la objeción de conciencia de docentes y estudiantes (en virtud de la cual no le es exigible a nadie participar en actos o ceremonias que su conciencia religiosa o moral reprueba, ni prestar juramentos de igual naturaleza, ni exteriorizar conductas o sentimientos que no se comparten, etc.).⁴²³ Finalmente, sobre la base de estos derechos y el sistema mixto educativo, el Estado debe permitir el funcionamiento de otras ofertas educativas confesionales (si bien aquella que tenga reconocimiento oficial, además de quedar sujeta a los contenidos mínimos educativos con excepción de su laicidad, no podrá excluir del ingreso a niños solo sobre la base del credo pues ello violaría el principio de no discriminación).

Si bien la laicidad en la educación impone mayormente obligaciones hacia el Estado que pueden ser mejor comprendidas desde una perspectiva de derecho de defensa,

⁴¹⁹. Véase capítulo I, numeral 7.1.6.

⁴²⁰. Dicha observación en su párrafo 56 señala que “respecto de la negociación y la ratificación de acuerdos internacionales, los Estados Partes deben adoptar medidas para que estos instrumentos no afecten negativamente al derecho a la educación. Del mismo modo, tienen la obligación de que sus acciones como miembros de las organizaciones internacionales, comprendidas las instituciones financieras internacionales, tengan debidamente en cuenta el derecho a la educación”.

⁴²¹. Véase capítulo III, numeral 2 sobre el punto de la mercantilización de la educación.

⁴²². También conf. CDESC, Observación General N° 13. Agrega el Comité respecto de la primera que se “permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que se respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión. Observa que *la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al párrafo 3 del artículo 13*, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres o tutores.”

⁴²³. Véase capítulo I, numeral 7.1.2.

consideramos oportuno no obstante volcar aquí algunas reflexiones, aprovechando la inclusión de este carácter como contenido en la educación. En este sentido, se sostiene que la libertad religiosa importa que los individuos estén inmunes de coacción, tanto por parte de los particulares como de cualquier grupo o el propio Estado, de tal modo que en materia religiosa -o convicciones morales u otras más profundas del individuo tengan o no contenido religioso- no se obligue a nadie a obrar contra su conciencia ni se le impida que actúe conforme a ella en privado o en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites razonables y constitucionales del derecho. Así, se entiende que dichas manifestaciones en materia de libertad religiosa o de conciencia se dan en su libertad de creer, para elegir el objeto de las propias creencias, para adherir a ellas o abandonarlas, constituir agrupaciones fundadas en dichas creencias, así también como para exteriorizarlas en el comportamiento o conducta individual o colectiva, para vivir y actuar conforme aquellas, implique ello cumplir con normas religiosas de vestuario que considere obligatorias a su conciencia, o mediante la enseñanza, la formación de ministros de culto, la difusión, o el proselitismo. En todo este abanico de posibilidades, también debe contemplarse la protección también del derecho a no creer ni pertenecer a ninguna religión o incluso opinar, expresarse o militar en contra de la religión.⁴²⁴

Este reconocimiento conlleva la pluralidad religiosa y de conciencia. Su contenido señala pues una correlativa obligación (negativa antes que de prestación en este caso) del Estado, quien no puede prescribir, prohibir o restringir la difusión de las creencias de un credo o religión, ni imponer una moral determinada en relación con ese tema. Ello, en tanto como lo ha dicho el Tribunal Constitucional Alemán, se busca que el Estado adopte una actitud abierta y “omniabarcante” que admita la libertad religiosa para todas las confesiones por igual y que; a la vez que en el fuero personal permita al individuo el ejercicio activo de las convicciones religiosas y el desarrollo autónomo de las personalidad en ese terreno, evite que el Estado se identifique con una confesión o cosmovisión determinada.⁴²⁵ Nussbaum habla en este sentido de la exigencia de una “neutralidad religiosa”, al tomar “la idea de que el Estado o bien no toma partido sobre estas cuestiones o bien interviene de una manera escrupulosamente neutral, sin favorecer ni perjudicar a ninguna concepción en particular, ni siquiera a la religión frente a la no religión” (Nussbaum, 2012: 32, 236).

⁴²⁴. V. para un mayor análisis el trabajo reciente de Marcelo Alegre para el encuentro anual del Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) 2012: “Laicismo, ateísmo y democracia”. Disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA12_Alegre_CV_Sp_20120507.pdf, (fecha de consulta: julio de 2012).

⁴²⁵. Véase BVerfGE 93, 1 –“Kruzifix” (2003); Cfr. Schwabe, 2009.

Estas reflexiones coinciden con lo sostenido por Gutmann (2001: 135) quien señala que las escuelas públicas pueden promover lo que debería denominarse “una religión civil democrática: un conjunto de valores, hábitos y formas de pensar laicos que apoye la deliberación democrática y que sea compatible con una amplia variedad de creencias religiosas”. Aclara que la prohibición sobre la enseñanza religiosa en la escuela pública crea un límite negativo, que puede quedar subsumido bajo el principio democrático de la no represión. De este modo concluye que enseñar una doctrina religiosa concreta en la escuela pública (sea como ciencia o como alternativa racional a la ciencia), entra en colisión con la razón de promover pautas básicas de razonamiento laicas y comunes para todos los ciudadanos.⁴²⁶

También hemos dicho que la libertad de culto importa asimismo la libertad para realizar y actuar conforme a sus propias creencias así como permitir al individuo determinar qué símbolos religiosos reconoce y venera, y cuáles rechaza. Por lo tanto, la garantía de la laicidad en la escuela pública no sólo forma parte en los *contenidos* sino en el *ambiente* en que dicha educación tiene lugar. En este sentido, coincidiendo con Nussbaum, debe evitarse el establecimiento de una “ortodoxia pública” – a pesar de no hacerse esta explícita - que sugiera que quienes no la compartan no son miembros plenamente iguales de la comunidad política y no pueden en consecuencia, ingresar en la esfera pública en “igualdad de condiciones” (Nussbaum, 2012: 231).

Un caso clave que permite comprender este último aspecto, se vincula con el caso resuelto por el Tribunal Constitucional Alemán sobre la existencia de crucifijos en las aulas de las escuelas primarias estatales obligatorias del Estado federado de Baviera.⁴²⁷ Allí dicho tribunal sostuvo que en una sociedad donde conviven diversas convicciones religiosas, el individuo no tiene derecho a permanecer completamente aislado de tales manifestaciones religiosas, actos de culto o símbolos religiosos. Sin embargo, deben distinguirse aquellas situaciones creadas por el Estado mismo en las cuales el individuo carece por completo de la posibilidad de sustraerse a la influencia de determinada

⁴²⁶. Gutmann (2001: 135, 136) analiza este tema a partir de las implicancias de la enseñanza sobre el creacionismo (en detrimento del evolucionismo) en las aulas norteamericanas. En este sentido señala con claridad que el problema de la enseñanza del creacionismo es que sólo “resulta creíble sobre la base de una fe religiosa sectaria”. Agrega a las conclusiones antedichas que “enseñar creacionismo como ciencia implica no enseñar ciencia (que consiste en pautas no religiosas de investigación y conocimiento). La enseñanza del creacionismo como una alternativa a la ciencia implica permitir que las escuelas públicas den un tiempo equivalente a cada creencia religiosa seguida firmemente por los ciudadanos, aún cuando ésta sea irracional (como en el caso del creacionismo) o incompatible con los principios democráticos básicos (como el caso de las doctrinas racistas).

⁴²⁷. V. BVerfGE 93, 1 –“Kruzifix” (2003), ob. cit.

confesión religiosa, a los actos a través de los cuales dicha fe se manifiesta y a los símbolos por los que tal confesión se representa. En esta línea, remarcó que debido a la obligatoriedad de las clases, el efecto de la colocación de una cruz o crucifijo en los salones de clase de una escuela pública violaba la libertad de creencias por lo que correspondía su remoción. Ello conducía al estudiante a que durante la clase se encuentre confrontado por el Estado con ese símbolo propio y singular de una determinada religión, sin la posibilidad de apartarse de él, obligando a aprender “bajo la cruz”, lo que excedía de una mera aceptación del cristianismo en cuanto a su influencia en ciertos factores culturales y educativos.⁴²⁸

Aunque en un contexto diverso, algunos de estos argumentos se reflejan y se pueden sumar a los expuestos en el caso que tuvo lugar en nuestro país en relación con la imagen de la Virgen del Rosario de San Nicolás en el hall de entrada del Palacio de Tribunales.⁴²⁹

⁴²⁸. El tribunal constitucional alemán ahondó en el impacto afectivo y moral que los alumnos pueden tener frente a la influencia de la cruz, en cuanto le reconoció a ésta un carácter interpelante y que presenta los contenidos religiosos que simboliza, como ejemplares y dignos de ser seguidos. Esto ocurre además respecto de personas que, debido a su juventud, son especialmente susceptibles a una influencia mental. (BVerfGE 93, 1 [15 s.]). El tribunal había tenido oportunidad de referirse en otro caso vinculado en la sentencia BVerfGE 52, 223, “Oración en la escuela” (16/10/79), donde señaló que se violaba el derecho a la libertad religiosa en sentido negativo, si el niño quedaba obligado a participar en la oración interconfesional de una escuela comunitaria no confesional realizada fuera de la clase de religión (que se reputaba optativa), sin que existiera la garantía de la libre voluntad de participar en ella. Aunque con ello el tribunal advirtió la posibilidad de discriminación a la que pudiera verse expuesto el niño que se apartare de esta práctica, no se pronunció al respecto en el caso sino que más bien se limitó a señalar que no se podía presuponer que dicha abstención arrastrara siempre o en una gran cantidad de casos a los estudiantes de otras convicciones a “una situación de insostenibilidad”. Así, relegó la cuestión a que en cada caso debían evaluarse las condiciones marco bajo las cuales la oración se llevaba a cabo, las tareas que en ese contexto se atribuían al maestro y las circunstancias concretas del ámbito escolar, a fin de excluir el temor, al menos en general, de que quienes no participan en las oraciones fuesen discriminados. V. Schwabe, ob. cit.: 275.

⁴²⁹. Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 5, “Asociación de los Derechos Civiles (ADC) y otros v. Estado nacional, Poder Judicial de la Nación, nota 68/2002 s/amparo ley 16.986” (2003): el 28 de febrero de 2002 la Corte Suprema de Justicia de la Nación había autorizado la entronización de la Virgen María Reina de la Paz Medjugorje en la entrada principal del Palacio de Tribunales de Buenos Aires, en Talcahuano 550. Si bien la autorización era para el mes de marzo, en mayo la imagen permanecía en el mismo lugar. Dicha imagen fue luego reemplazada por otra que correspondía a la Virgen del Rosario de San Nicolás, frente a la cual dos veces por día, numerosas personas comenzaron a reunirse para orar. Luego de varias presentaciones de la asociación por el retiro de tal imagen, se presentó una acción de amparo en abril de 2003. La justicia federal en lo Contencioso Administrativo aceptó la acción de amparo planteada y la sentencia fue consentida por la Corte, con la disidencia de los jueces Boggiano y Vázquez. En consecuencia, el tribunal ordenó el retiro de la imagen religiosa. Sin embargo, un grupo de personas y la Corporación de Abogados Católicos consideraron que lo decidido era violatorio de sus derechos constitucionales, se presentaron ante el juzgado y apelaron el fallo. La jueza consideró formalmente admisible la petición y envió al expediente a la Sala IV de la Cámara del fuero, que revocó el 20 de abril de 2004 el fallo de primera instancia y rechazó el amparo presentado, al considerar que la ADC no estaba legitimada para hacer este reclamo, ya que la decisión de colocar la imagen religiosa no le causaba ningún agravio y tampoco era violatoria de la Constitución. Contra este fallo la asociación presentó un recurso extraordinario, que fue rechazado por la Cámara, y luego un recurso de queja ante la Corte Suprema.

Particularmente, de ese caso pueden extraerse las afirmaciones de algunos de los miembros de la Corte que compartirían esta posición. Allí resaltó la opinión de los ministros Petracchi, Belluscio y Maqueda, que entendieron que “la entronización existente no se compadecía con el alcance del art. 2° de la Constitución que imponía al Estado la obligación de sostener materialmente el culto católico y no, en cambio, la de apoyar una religión oficial o preferida-, ni con las garantías constitucionales de igualdad y libertad de cultos (arts. 14 y 16 de la Ley Suprema)...”. Se destaca también la opinión de Petracchi: “en cuanto se ubica la imagen en un sitio relevante de la sede de un poder del Estado que (aunque resulta tautológico) ejerce ‘el poder’, aquél resulta institucionalmente comprometido con un culto con el que comulga sólo una parte de quienes lo integran y de los justiciables que a él recurren. El mentado compromiso institucional se acercará peligrosamente a la adopción de una ‘religión de Estado’ -tesis expresamente descartada por los constituyentes- porque revelaría una implícita pero no por ello menos clara adhesión a un credo en detrimento de otros...”.

Aunque el caso refiera a un tribunal como lugar donde se ubica la imagen religiosa, por ser éste sede donde se lleva a cabo una función específica del Estado, no sería forzado formular una interpretación extensiva al espacio educativo público, donde también se lleva adelante otra función que el Estado ha asumido, la educativa, y más aún procedente en este supuesto, si atendemos a la laicidad legal explícita de la educación en nuestro país. En resumen, como sostiene Nussbaum, “algunos símbolos religiosos, refrendados oficialmente por el gobierno, amenazan la igualdad de posición de los ciudadanos en el ámbito público. Estampan el imprimátur de la ortodoxia sobre la observancia del cristianismo mientras desdeñan las creencias y prácticas de otros” (Nussbaum, 2012: 30), lo que no puede ser admisible en un marco de neutralidad religiosa.

3.3.1 Libertad religiosa de los padres vs. interés del niño a una educación de calidad

Sin embargo, es innegable que dicha posición del Estado puede provocar en algunos casos cierta tensión que surja entre la autoridad de los padres en materia de educación de sus hijos y “la autoridad del Estado democrático para proveer los elementos neutrales que

Finalmente en su fallo del 21 de noviembre de 2006, la Corte recordó que a través de una resolución administrativa había sido el propio máximo tribunal el que había decidido consentir la sentencia de primera instancia y ordenar el retiro de la imagen religiosa. Por ello revocó la sentencia de Cámara en cuanto le había negado legitimación a la ADC y declaró abstracta la cuestión de fondo, porque la imagen religiosa ya había sido retirada.

permitan al futuro hombre adulto y ciudadano el más libre ejercicio de su autonomía y de su participación en el proceso democrático” (Nino, 1992: 294). Nos proponemos a analizar un poco más en detalle esta cuestión, reiterando que pese a que la libertad religiosa conformaría mayormente una prestación negativa, la idea de trabajar este punto desde la perspectiva de “contenidos” (lo que conlleva un dar o hacer del Estado en términos de planificación del currículo educativo) autoriza a incluir este análisis en el presente apartado.

La previsión de contenidos mínimos también marca límites a la libertad de los padres para decidir sobre la educación de sus hijos, y en particular en lo concerniente a la libertad religiosa. Muchos de los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la obligación de los Estados de respetar la elección de los padres (o tutores) de que sus hijos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. También hemos señalado que la Constitución garantiza la libertad de conciencia y de cultos de los niños y los padres. Sin embargo, aquí estamos nuevamente ante otra cuestión que retoma lo recientemente expuesto: *¿pueden los padres oponerse legítimamente en función de sus convicciones religiosas a que se impartan en la escuela determinados contenidos que forman parte del currículo básico y obligatorio fijado por el Estado? ¿Es posible no obstante que los padres nieguen a sus hijos la posibilidad de asistir a las clases que abarquen tales contenidos? ¿Puede un estudiante promocionar un curso o materia que válida y obligatoriamente contenga esos contenidos pero en el caso particular sus padres le hayan negado la asistencia o estudio del tema conforme su religión o moral?*

La extensión de los argumentos señalados en oportunidad de sostener la obligatoriedad de la escolarización del niño a través del sistema formal, deberían también sumarse a esta discusión.

Una respuesta a esta tensión podría ser aquella brindada por Amy Gutmann (1980) que señala, en estos casos, *la necesidad de priorizar el derecho de educación de los niños sobre la libertad religiosa*. El fundamento de ello reside en que esta última restricción de su libertad presente sería necesaria para crear las condiciones para el futuro goce de la libertad tanto religiosa como de otras libertades. Así señaló que “sin educación, las libertades liberales pierden su valor en buena medida, aunque no del todo. Así tenemos el problema de ordenar la libertad religiosa de los padres y el derecho de los hijos a una mejor educación. La regla apropiada es que el derecho de los niños a la educación debe tener prioridad sobre el derecho de los padres al ejercicio religioso. Ésta creo es la

prioridad correcta por las siguientes razones: a) el derecho de los niños a la educación es una necesaria precondition del desarrollo de capacidades para elegir una concepción de la buena vida y para emplear las libertades políticas de una ciudadanía democrática; b) aun si uno considera que el constreñimiento del ejercicio libre por parte de los padres es una denegación al chico de su presente libertad de religión, una negativa concurrente de la denegación del derecho educativo del chico sirve para cuestionar los fundamentos de sus creencias religiosas; c) aunque esta prioridad permite al Estado liberal limitar la libertad religiosa de los padres, el Estado está justificado a limitar sólo aquella porción de la libertad de los padres que se extiende en un dominio sobre el hijo y restringen los derechos básicos de él; d) el valor de una democracia liberal para sus ciudadanos es en buena medida contingente a la capacidad de tales ciudadanos de ejercitar sus derechos políticos en forma inteligente, así como también de elegir entre concepciones alternativas de la buena vida. Permitir a los padres que priven a sus hijos del derecho de educarse bloquearía la materialización de esas libertades básicas futuras a la elección personal y política” (Gutmann, 1980: 338).⁴³⁰

En un trabajo posterior esta autora ratificó esta postura sosteniendo la necesidad de un equilibrio entre la familia y el Estado. Allí sostuvo que dentro de la familia, los padres son libres de promover en los chicos sus profundas convicciones hacia un particular modo de vida, pero educando a los chicos como futuros ciudadanos también, los estados democráticos resisten la visión de que los padres sean las últimas autoridades de la educación de sus hijos; de que así puedan invocar ya sean derechos paternales o basados en la libertad religiosa, para prevenir de que en la escuelas queden expuestos [los niños] a modos de vida o de pensar que desafían los compromisos personales [de sus padres] (Gutmann, 1989: 79).

Vinculado con este tema, se halló la controversia resuelta por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en el caso “Liga de amas de casa”,⁴³¹ y en donde dicha institución promovió una demanda contra la Ciudad de Buenos Aires a fin que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 5° y 7° de la ley local 418 y su modificatoria 439,⁴³² de

⁴³⁰. En este punto es seguida por Nino (1992). Véase también Alegre (2012).

⁴³¹. TSJ: “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires” (2003).

⁴³². La ley tiene el propósito de garantizar a las personas sus derechos sexuales y reproductivos. A tales fines dispone que deberán adoptarse una serie de medidas con el fin de garantizar: a) acceso de varones y mujeres a la información, los métodos y las prestaciones de anticoncepción, para promover su libre elección, b) atención integral durante el embarazo, parto y puerperio, c) información, asesoramiento y atención adecuada para adolescentes en tales cuestiones.

salud reproductiva y procreación responsable. El Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad, en oportunidad de rechazar el planteo de inconstitucionalidad señaló a través del voto de la jueza Conde que “las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños, en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles de ser ejercidos por representantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad”. Señaló asimismo que “toda la conformación del régimen legal de los menores está vertebrada por su carácter tutelar y protectorio y la finalidad de esta conformación es la de permitir el desarrollo de un sujeto autónomo. Los menores van adquiriendo “competencias” [...] no le viene dada la autonomía sino que ésta se forja a través de la educación, que aparece así como la principal función de los padres. [...] Así, se destacan lineamientos básicos e insoslayables del régimen de tutela aplicable a los menores de edad, en virtud de los cuales no se discute que: 1) el niño es titular de todos los derechos inherentes a su condición de persona, 2) goza, además de derechos específicos con el objeto de garantizar su mejor desarrollo y formación; 3) los padres o encargados de la custodia del niño son los responsables de su crianza y educación y de velar por su bienestar y 4) el mejor interés del niño es el principio que rige toda la actividad relacionada con ellos [...]”.⁴³³ En este mismo sentido, concluye el juez Russo, toda vez que la norma cuestionada “no impide la participación de los padres sino que la promueven y, en caso de oposición de los mismos a que el niño o adolescente reciba el asesoramiento o asistencia que la ley prevé ha optado por priorizar la voluntad de éstos últimos, en consonancia con la Convención de los Derechos del Niño, [y por lo tanto] no puede considerarse que tales artículos sean inconstitucionales por violentar el régimen nacional de patria potestad vigente [...]”.⁴³⁴

⁴³³. TSJ: “Liga de amas de casa”, consid. III, del voto de la jueza Conde, con cita de Nilda Susana Gorvein y Marta Polakiewicz, “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”, ED, 165-1283.

⁴³⁴. TSJ: “Liga de amas de casa”, consid. 8 del voto del Juez Russo. En la jurisprudencia del tribunal europeo se encuentra el caso “Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen” (1976), en la que tres matrimonios impugnaban una reforma legislativa en Dinamarca, por la que se imponía, desde temprana edad, la educación sexual integrada (es decir que no constituiría una disciplina independiente sino que habría de impartirse dentro de otras materias escolares) y obligatoria en las escuelas públicas. La norma no preveía la posibilidad de exención por causas de convicciones religiosas o morales de los padres. El tribunal señaló en su decisión que la determinación de los planes de estudios era competencia del Estado, tales contenidos respondían a un objetivo legítimo por razones de interés público e iba destinada a la transmisión imparcial de conocimientos. Si bien los contenidos incluidos en los planes podían afectar directa o indirectamente a cuestiones religiosas o filosóficas, eso no vetaba al poder público, siempre que tales cuestiones se abarcasen de una manera objetiva, crítica y pluralista. La Corte sostuvo que la ley no excedió los límites de lo que un Estado democrático puede atender como un interés público. En el caso, los padres se oponían a la educación sexual integrada y obligatoria prevista en la ley sobre escuelas

En el marco de estos argumentos, interpretamos que no es sencillo conciliar las tensiones que devienen de los intereses de los padres y de los niños en relación con este punto, si bien existe una fuerte base de argumentación que privilegia la autonomía de los niños. Asumiendo que el Estado no es neutro en la transmisión de determinados valores – por ejemplo los democráticos, de igualdad y autonomía e inclinándose por ende por un carácter laico de la enseñanza pública – también no puede desconocerse el legítimo interés o deseo de los padres de querer para sus hijos una enseñanza que asuma determinados valores.

Determinar una regla que resuelva categóricamente el conflicto es ciertamente complejo. Cabría más bien hablar de un principio que determina que frente a la posibilidad de interferencia de la libertad religiosa de los padres o cualquier pretensión de ejercicio de su patria potestad que lleve como objetivo privar al niño del acceso a los contenidos arriba citados, debe prevalecer *prima facie* el derecho a la educación del niño. Ello es así desde que dichos contenidos se reputan esenciales para el desarrollo autónomo del individuo y obligatorios, dado que el Estado tiene un interés público en su inclusión y tratamiento dentro del sistema educativo formal; desplazando en principio cualquier otro interés tutelar.

La jurisprudencia comparada también ha planteado esta tensión. En la jurisprudencia norteamericana se encuentra el emblemático caso “Wisconsin vs. Yoder”⁴³⁵ donde la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos determinó que la cláusula de la libre expresión de su Constitución permitía a los padres sacar a sus hijos adolescentes pertenecientes a la comunidad Amish de la escuela y no cumplir las leyes sobre la asistencia escolar obligatoria del estado local. El caso se refería a unos niños pertenecientes a dicha religión (de origen menonita, sus miembros viven separados de la sociedad contemporánea, con un estilo de vida similar al del siglo XVII). Consideran que la adolescencia es una etapa crucial para la formación de la juventud en los valores religiosos, y por tanto a partir de los

públicas primarias en Dinamarca, argumentando principalmente la violación al art. 2º del Protocolo N° 1 según el cual “a nadie puede negarse el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asumirá en el ámbito de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza, conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. La decisión del caso debe leerse igualmente en cierto contexto distinto al marco argentino, pues el tribunal reconoció la posibilidad de los padres – en vez de enviarlos a escuelas públicas – de confiarlos a escuelas privadas, sujetas a obligaciones menos estrictas aunque fuertemente subvencionadas por él, o bien instruirlos o hacerlos instruir en su domicilio. Véase para una mayor bibliografía sobre el tema, Martínez Torrón, J. (1998): “El derecho internacional y las objeciones de conciencia”, en *Objeción de conciencia*. Serie L, Cuadernos del Instituto, c) Derechos Humanos, Núm. 3. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, pág. 111 y ss.

⁴³⁵. 406 U.S. 205 (1972).

16 años, éstos deben abandonar la escuela y vivir dentro de su comunidad, sin quedar expuestos al riesgo de una influencia “mundana”. Por eso, rechazan el sistema de “*High School*” – secundario - norteamericano. En dicho estado, la escolarización secundaria era obligatoria. Sin embargo, la Corte Suprema de Estados Unidos entendió que *el objetivo que el Estado debía perseguir en relación con la educación* (respecto de la formación de una ciudadanía que participara en el sistema político y de dotar al individuo de los conocimientos para desenvolverse por sí mismo) *habían sido cumplidos en el marco de la escolaridad básica primaria ya recibida*. Así entendió que la extensión de la escolaridad obligatoria, en este caso, infringía la libertad religiosa de los sujetos de esa confesión.⁴³⁶

Este tipo de casos deja abierta otra alternativa intermedia vinculada con el “derecho de salida” (*right of exit* en inglés) que involucra la posibilidad de contar con las herramientas cognitivas, emocionales, entre otras para dejar la comunidad de pertenencia de así quererlo. Este derecho presupone la idea que las personas que viven dentro de sociedades complejas pueden desarrollar un sentido de pertenencia cultural o reconocimiento cultural a un grupo o comunidad particular y que ello constituye un factor esencial en su bienestar. Pero también atiende a que algunas de esas culturas contienen el potencial para dañar significativamente a sus miembros o condicionar severamente el bienestar de quienes, perteneciendo a una cultura particular (no por elección sino por ejemplo por nacimiento en su seno), quieran separarse de ella. Así, cuando algún miembro de dicha comunidad se sienta oprimido por otros, o deje de compartir sus creencias o cultura, o simplemente quiera abandonar su comunidad sin más, el derecho de salida le habilita a separarse de aquella para poder seguir con su plan de vida como mejor considere sin continuar atado a los patrones culturales de la comunidad de pertenencia originaria.⁴³⁷

⁴³⁶. La jurisprudencia norteamericana tiene numerosos precedentes en relación con la objeción de conciencia en el sistema escolar, entre los que también cabe mencionarse los casos de negativa al saludo a la bandera (*flag salute cases*) como el caso “Barnette” (*West Virginia Board of Education v. Barnette* – 1943) donde la Corte norteamericana entendió que la ceremonia de saludo a la bandera no sólo afecta la libertad religiosa sino también la libertad de expresión y pensamiento y que debe existir un “peligro evidente y actual” para excepcionalmente habilitar la supresión de la libertad de expresar la propia opinión. Cfr. 319 U.S. 624 (1943). Para un mayor análisis de esta jurisprudencia puede consultarse: Nussbaum, M. (2009): *Libertad de conciencia*, Barcelona: Turquest E.

⁴³⁷. El derecho de salida presenta también algunas críticas, en particular cuando se trata de personas que son “ontológicamente dependientes” (en el sentido de que están fuertemente condicionadas culturalmente) a continuar como miembros en una determinada comunidad, lo que requiere analizar constricciones existentes de manera previa a suponer la viabilidad real de un derecho de salida y sus costos (por caso las mujeres casadas en comunidades hindúes). Véase en tal sentido, Fagan, A. (2006): “Challenging the Right of Exit “Remedy” in the Political Theory of Cultural Diversity”, en *Essays in Philosophy*, 7(1), 1-14.

En el caso argentino, la posibilidad del derecho de salida puede ser útil analizarla en el marco de los pueblos originarios, donde efectivamente las opciones de acceso a una educación de calidad brindada por

Ahora bien, casos como el supuesto norteamericano comprenden un examen de ponderación ya que obligan a graduar el verdadero contorno de la regla-resultado propuesta, para determinar si podemos enmarcar (o no) allí supuestos como el que presenta este fallo. Nussbaum (2012: 148) propone en estos casos un sistema similar de ponderación sobre la base de la jurisprudencia norteamericana fundado en el “test de la carga sustancial”. Lo que se busca en definitiva, es justificar, y analizar cuán grave es, la interferencia sobre el ejercicio de la libertad religiosa de una persona (en este caso de los padres) por el interés estatal de orden superior puesto en la educación. Como señala nuevamente Gutmann (2001) en su teoría para una educación democrática, es posible admitir la dificultad de decidir sobre los casos difíciles e incluso defender la educación democrática frente a la educación sectaria. En este sentido deberá fijarse en cada supuesto que las creencias religiosas o sus prácticas no impidan el cumplimiento de los propósitos expuestos de una educación en y para la democracia, y que no se incurra injustificadamente en ningún tipo de represión religiosa que socave las bases del respeto y convivencia.

El caso invita a reflexionar sobre la necesidad de atender a los argumentos que sostienen al otro u otros derechos en juego, dándoles una oportunidad de respuesta para rebatirlos y demostrar así las razones que abogan por la prevalencia de la regla-resultado sostenida desde nuestra posición y por la primacía del derecho a la educación y sus contenidos básicos en este apartado fijados. Se trata más bien de permitir frente a situaciones muy complejas, cierta discusión racional que sostenga el resultado del examen o en su caso, justifique la necesidad de apartarse de este esquema de análisis. En suma, en estos supuestos, la solución puede requerir de un estudio del caso concreto, atendiendo de la mejor forma a los intereses del niño, lo que en definitiva debe guiar cualquier decisión.

el Estado pueden revestir el verdadero marco a partir del cual sea posible el ejercicio de tal derecho. En este sentido, se insiste que en estos casos, la educación debe brindar herramientas fundamentales que le habiliten al individuo de una comunidad, de optar por no continuar su pertenencia en ella, poder luego desempeñarse autónomamente e interactuar con las demás sin limitaciones estructurales. (Así por ejemplo debe entenderse la importancia de la enseñanza del idioma castellano en escuelas dentro de una comunidad aborigen).

3.4 El Estado debe disponer de una educación de calidad: el deber de un desarrollo curricular básico

El derecho a la calidad de la educación implica que el niño en su formación básica debe acceder a una educación *aceptable*,⁴³⁸ *adaptable* y en el marco de un contexto de *igualdad real de oportunidades*.⁴³⁹ A través de programas, métodos de enseñanza y medios adecuados o pertinentes,⁴⁴⁰ de calidad y aptos culturalmente, y dentro asimismo de un marco de calidad del entorno de aprendizaje (no hostil, seguro y saludable), debe acceder al conocimiento suficiente que le permita desarrollar plenamente su autonomía y sus capacidades personales en la sociedad en la que se desenvuelve.

Una educación de calidad y que respete los contenidos fundamentales que se derivan del plexo normativo constitucional y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, *exige la elaboración de un desarrollo curricular específico*, que traduzca y transforme todo ello en contenidos y en prácticas de enseñanza y de aprendizaje concretas conforme los distintos niveles de enseñanza. Enumeramos aquí los aspectos claves que dicho desarrollo curricular debiera atender en su nivel básico y que se desprende en parte del bloque de constitucionalidad, remitiéndonos para un desarrollo más exhaustivo de este tema al *anexo III*:

- educación en y para la democracia,

⁴³⁸. Nos referimos al término “aceptable” en el sentido propuesto por la Relatora Especial para el derecho a la educación K. Tomasevsky, conforme vimos en el capítulo III, numeral 5.1. También dicha Relatora ha sostenido en este orden de ideas que “desde la perspectiva de los derechos del niño, la obligación de hacer que la escuela primaria resulte aceptable va más allá de la libertad de elección de los padres o del idioma de la instrucción y presenta un gran número de problemas a todos los Estados. La escuela primaria ideal debe ser acogedora para los niños y basarse en su derecho a sentir curiosidad, hacer preguntas y recibir respuestas, discutir y expresar su desacuerdo, hacer pruebas y cometer errores, saber y no saber, crear y ser espontáneos, ser reconocidos y respetados. La enormidad de la tarea que esto supone contrasta con la realidad de las escuelas que pueden estar luchando con la falta de servicios de agua corriente y de saneamiento, con la incompatibilidad entre los horarios de la escuela y la vida familiar y comunitaria, o con la violencia contra los niños o entre ellos.” Cfr. Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos, párrafo 69. Los organismos internacionales también señalan que aunque no existe una definición única de “calidad”, “la mayoría de los intentos de definirla recogen dos perspectivas fundamentales. En primer lugar, que el desarrollo cognitivo es un objetivo primordial de la educación, y que la eficacia de ésta se mide por su éxito en lograr ese objetivo. En segundo lugar, que la educación debe promover el desarrollo creativo y psicológico, respaldando los objetivos de la paz, la ciudadanía y la seguridad, fomentando la igualdad y transmitiendo los valores culturales mundiales y locales a las generaciones futuras” (UNESCO/UNICEF, ob. cit.: 32).

⁴³⁹. Para comprender la igualdad en este sentido como condición necesaria para el desarrollo del derecho a la educación, véase capítulo III, numeral 6.2.

⁴⁴⁰. Sobre un estudio exhaustivo de los caracteres de relevancia y pertinencia en la calidad educativa, puede consultarse el siguiente trabajo: OREALC/UNESCO Santiago (2007): “El derecho a una educación de calidad para todos en América Latina y El Caribe. En *Revista Electrónica Iberoamericana sobre calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, vol. 5, N° 3.

- educación para la salud,
- educación con perspectiva de género,
- educación intercultural y pluralista,
- educación pertinente, significativa y flexible a las necesidades de los estudiantes y a los contextos y cambios sociales y culturales,
- educación pertinente y adaptable para sujetos desaventajados,
- educación ambiental y sobre consumo.

4. El derecho a la educación como derecho fundamental a la organización y al procedimiento

El derecho a la educación presenta también una función de derecho de organización y de procedimiento. En esta faz, el derecho exige el desarrollo y ejecución de medidas que sean indispensables para la protección y ejercicio de las posiciones jurídicas garantizadas en el derecho material a sus titulares.

Las obligaciones que de aquí se derivan aparecen también como un correlato de la obligación internacional de “cumplir”, en tanto requiere que se reconozca el derecho suficientemente en los sistemas legales y se adopten políticas y medidas, de cualquier índole, destinadas a satisfacerlos.

La posición jurídica del derecho a la educación como derecho fundamental a la organización y al procedimiento presenta en este caso la siguiente estructura:

- sujeto activo: el individuo, varios o un sujeto colectivo,
- sujeto pasivo: el Estado nacional, provincial, local; las personas jurídicas de derecho público no estatal, los particulares,
- objeto: una conducta positiva normativa. Es decir se trata de una competencia de los individuos hacia los órganos del Estado para que lleven a cabo acciones normativas, entre lo que se incluye la creación de posiciones, la conformación de su contenido, el mantenimiento de su validez, e incluso el derecho de los primeros a exigir su realización (o restablecimiento) frente a su negación o incumplimiento (total o defectuoso) por parte de la autoridad estatal.

La organización y el procedimiento constituyen un medio que debe ser eficaz para lograr la realización más satisfactoria del derecho. Es decir que bajo esta perspectiva, las *normas* y los *procesos* que ellos regulen, deberán crearse y juzgarse de modo que sus

resultados sean los más acordes con la concepción de educación como derecho fundamental.

En relación con este particular, Alexy (2008: 419) expresa que el marco de esta fórmula de los derechos a la organización y al procedimiento es muy amplio. Por *procedimientos* entiende como sistema de reglas y/o principios para la obtención de un resultado. Los derechos procedimentales pueden ser clasificados del siguiente modo (Alexy: ob. cit.: 429).

- *Derechos a competencias de derecho privado*, que abarcan el derecho a que se establezcan determinadas normas procedimentales y de regulación para el ejercicio del derecho en dicho ámbito. Alexy los define “como derechos frente al Estado para que este expida normas que son constitutivas para la realización de acciones jurídicas de derecho privado y, en este sentido, para la creación, modificación y eliminación de posiciones jurídicas de derecho privado.” Esto es particularmente importante, en lo referido a la regulación y límites constitucional y legalmente previstos a las relaciones entre particulares producto del marco jurídico que tiene lugar en la educación privada. Aquí se encuadran las normas protectorias sancionadas por el Estado que prohíben cualquier tipo de discriminación irrazonable que el sujeto que presta un servicio privado de educación pueda oponer frente al sujeto activo. Es posible subsumir este aspecto en la clasificación del derecho a la educación como derecho fundamental de protección, conforme veremos más adelante.
- *Derechos a los procedimientos en sentido estricto*, como derechos a una determinada interpretación y aplicación concreta de las normas procedimentales (interpretación conforme a la Constitución de las normas procedimentales). En este caso, comenta Alexy, el derecho procedimental, bajo la forma del derecho a la tutela jurídica efectiva, está dirigido fundamentalmente a las instancias administrativas de protección y realización del derecho y a los tribunales de justicia. Aquí se incluyen todas las acciones judiciales, los reclamos administrativos y similares; y las correspondientes normas procesales tendentes a garantizar el derecho a la educación básica.
- *Derechos a la organización, en sentido estricto*, que están dirigidos al legislador, ya que son derechos del individuo a que el legislador expida normas de organización conformes al derecho fundamental (Alexy, ob. cit.: 435) y a fin de que el Estado

cumpla cabalmente con las obligaciones que dan contenido al derecho. Por ejemplo, el derecho a la sanción de normas como la Ley de Educación Nacional, que fija el marco de realización del derecho a la educación; la “Ley de 180 días de clases”; de financiamiento educativo, entre otras.

- *Derechos a que existan procedimientos que posibiliten la participación de los ciudadanos en la voluntad estatal.* Se trataría de procedimientos en los que se habilite la participación de la ciudadanía en la adopción de actos y normas (como plebiscitos, iniciativa popular, y que en el caso específico de la educación podría darse a través audiencias, presupuesto participativo en materia educativa, de la participación de los padres en las decisiones escolares asegurándoles representatividad en los órganos políticos y administrativos, tales como los consejos escolares, la posibilidad de constituir cooperadoras con derecho a participar en las decisiones escolares municipales, entre otras).

Veamos a continuación, la traducción concreta de estos derechos en materia de educación formal básica en nuestro país y que pueden agruparse de la siguiente manera:

- El Estado debe organizar el sistema educativo formal.
- El Estado debe organizar y regular la libertad de enseñanza.
- El Estado debe asegurar una exigibilidad efectiva del derecho.
- El Estado debe desarrollar investigaciones y estadísticas que permitan evaluar el grado de realización del derecho.
- El Estado debe organizar el sistema educativo de modo de asegurar mecanismos de controles eficaces y la participación ciudadana.

4.1 El Estado debe organizar el sistema educativo formal

Si como hemos definido desde el inicio de nuestro trabajo, el sistema educativo de un país puede ser observado como un conjunto de instituciones organizadas y vinculadas entre sí ampliamente establecido por las leyes y actos administrativos del Estado nacional y los estados provinciales, claramente esto supone la tarea del legislador y demás órganos de la administración de dictar normas para su regulación en tal sentido. Sin ser exhaustivo, estas normas deberán dar forma y contenido al sistema educativo regulando sus múltiples aspectos vinculados con el sistema de niveles, modalidades, certificaciones, exámenes, contenidos básicos y propósitos de la educación, administración del personal docente y no

docente, funcionamiento del servicio público y sus condiciones, entre otros. También pesa la obligación de mejorar y adecuar esas normas conforme a la progresividad del derecho y con vistas a ampliar el margen de su alcance.⁴⁴¹

En todos estos casos, *el Estado deberá disponer de las normas y el subsiguiente esquema de instituciones administrativas que las desarrollen y ejecuten*. Si hablamos entonces de deber de desarrollo normativo, este apartado merece ser necesariamente leído en el marco de lo trabajado especialmente en el *capítulo II*. Allí hemos realizado un completo derrotero histórico hasta el presente sobre *cómo* el Estado, en particular en el ámbito nacional, ha dado cumplimiento a este desarrollo normativo que dispuso desde la conformación de las bases de la organización del sistema educativo, hasta su diseño y funcionamiento actual.

Esta organización ordenada por el derecho a la educación conforme su desarrollo constitucional (previsto en los artículos tales como 5° y 75 incs. 18, 19, 17 de la Constitución y los demás instrumentos internacionales de derechos humanos) y legal (conforme art. 121 de la ley 26206 entre otras) ya expuesto *confiere claramente derechos subjetivos* a las personas, por lo que no sólo se fundamenta en meros deberes objetivos del Estado. Esto implica que el individuo tiene *derecho a exigir su realización*. Así lo marcó claramente la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la admisión del caso “Ferrer de Leonard”,⁴⁴² tras hacer lugar al reclamo de los padres para que la provincia de Tucumán se ajustara a la estructura académica dispuesta a nivel nacional por la Ley Federal de Educación entonces vigente.⁴⁴³

Los deberes de organización y procedimiento pueden ser leídos en términos de responsabilidades y obligaciones que les correspondan a los distintos niveles de gobierno

⁴⁴¹. Así por ejemplo, se viola el derecho si el Estado no regula sobre el sistema de equivalencia de los grados según los distintos niveles que existen en función de los desajustes y diversa implementación de los niveles de grado en el sistema primario y secundario entre las distintas jurisdicciones, de modo tal que pueda afectar a un niño el pase automático de una jurisdicción a otra para continuar sus estudios. Se viola asimismo el derecho si por omisiones, retrasos o problemas administrativos o del aparato burocrático responsable se incumplen con trámites esenciales vinculados con la educación como el pago de los docentes, la entrega de alimentos en los comedores escolares, la entrega de materiales o finalización de obras planificadas en las escuelas, entre otros.

⁴⁴². CSJN, “Ferrer de Leonard, Josefina y otros c. Provincia de Tucumán”, (2003), DJ 2005-1, 139 – JA. Véase para el desarrollo completo de este caso y los subsiguientes aquí citados, el capítulo I, numeral 7.1.

⁴⁴³. De modo similar ocurrió en la exhortación que la Corte dio a los órganos ejecutivos y legislativos en el marco de los fallos “Verbitsky” (2005) y “García Méndez” (2008) a fin de que, entre otros puntos, se adecuara la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva, excarcelación, legislación de ejecución penal y penitenciaria, (y del régimen penal de menores en el segundo caso también), a los estándares constitucionales e internacionales.

en función de la estructura federal del sistema educativo argentino. Sin embargo, la alusión a la figura del “Estado” en este capítulo, en tanto el conjunto de las obligaciones que se desarrollan aquí conforman el piso del derecho, engloba una atribución de responsabilidad principal al *Estado nacional*, sin perjuicio de la competencia concurrente o exclusiva que tenga la provincia en un caso particular puertas adentro del federalismo. En este sentido, haremos un desarrollo particular de este tema en el *capítulo V*.

4.2 El Estado debe organizar y regular la libertad de enseñanza

El deber de organización no se limita a la educación pública sino también a la amplia gama de regulaciones que son requeridas para el funcionamiento del servicio educativo privado. Si bien la Constitución habilita un sistema mixto, éste queda sujeto a su reglamentación (art. 14 de la Constitución) y al cumplimiento de las “normas mínimas” (art. 13 del PIDESC) que el Estado prescriba. Dicha normativa comprende todo lo vinculado con las autorizaciones para la creación y funcionamiento de las instituciones educativas privadas y el régimen especial al que quedan sujetos la enseñanza (bajo qué reglamentaciones, qué contenidos mínimos, sistema de exámenes, etc.) así como las contrataciones en dicho ámbito (cuestiones asociadas con la contratación docente, el contrato educativo, la admisión y permanencia de sus estudiantes, precio del servicio) dado el interés particular del Estado sobre las condiciones en que debe prestarse dicho servicio. Así se requiere para la organización del sistema que se establezcan por ejemplo, las condiciones bajo las cuales pueden crearse dichos establecimientos (por ejemplo tipo de personería, capital, infraestructura mínima requerida, seguros) así como todo el conjunto de instituciones y normas que importa el sistema de control y supervisión del servicio en el cumplimiento de la calidad y los fines de la educación exigidos por el Estado.

En el marco de esta regulación, también es necesario que el Estado sancione normas para la *protección del derecho* de los niños que asisten a este tipo de establecimientos. Veremos que aquí, como en otros casos, las clasificaciones se entrecruzan, pues gran parte de este desarrollo normativo puede quedar englobado en el marco de las obligaciones de la función del derecho a la educación como derecho de protección y de defensa, aspectos a los cuales nos remitimos.

4.3 El Estado debe asegurar una exigibilidad efectiva del derecho

El derecho a la educación, al igual que el resto de los derechos económicos, sociales y culturales ha debido batallar contra un argumento insostenible constitucionalmente, pero fuertemente alegado por la administración pública. Se trata de aquel que aduce que tales derechos no pueden ser exigidos en tanto dependen del presupuesto y de la adopción previa de políticas administrativas, temas en los que el Poder Judicial no debiera entrometerse por tratarse de competencias de otros poderes y cuestiones no judiciales.

Tradicionalmente se ha sostenido que los derechos sociales, a diferencia de los “derechos civiles y políticos” (crítica a esta clasificación por generación de derechos aparte) carecían de elementos para ser reclamados ante la justicia, atento su carácter programático para el legislador o por su carácter de “meras afirmaciones de voluntad”. Como señalan Abramovich y Courtis (2002), este obstáculo tiene su origen en el error de asimilar derechos sociales sólo con obligaciones positivas por parte del Estado. Se ha alegado también la falta de precisión de los contenidos mínimos, sin embargo como hemos visto en el capítulo III, la reglamentación en concreto del derecho en el ámbito nacional e internacional y las definiciones brindadas por los órganos de aplicación de instrumentos internacionales así como los desarrollos jurisprudenciales, han precisado esos contenidos y aún más allá del mínimo. Finalmente, se esgrimen los argumentos vinculados a la falta de mecanismos procesales, aspecto también infundado conforme su reconocimiento constitucional, y máxime con la presión del reconocimiento de las acciones de litigio estratégico que veremos seguidamente. Sí por el contrario, existe una crítica aún no enteramente resuelta y que se vincula con el hecho de que varios conflictos sociales son procesados a menudo por el Poder Judicial como cuestiones propias del derecho civil o del derecho penal, sin visualizar que afectan derechos sociales que merecen ser atendidos de un modo especial por el Estado (CELS, 2008:332).

El Estado tiene obligaciones claras en su rol garante del derecho a la educación y ello implica que el derecho sin las respectivas garantías procesales efectivas para hacerlo cumplir pierde todo su valor para el titular del derecho fundamental. Como señalan Abramovich y Courtis (1997: 21) “lo que caracteriza la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico de actuar como titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida”. Es por ello que la tutela y los respectivos

mecanismos tendientes a darle exigibilidad, forman parte del derecho mismo, como hemos sostenido. Los procedimientos de tutela pueden darse a través de diversas vías.

- La tutela administrativa es aquella que debe darse a través de procedimientos claros y regulados por el derecho administrativo, que prevean la instancia del reclamo y la vía recursiva ante las omisiones, excesos e incumplimientos defectuosos de la Administración (local o nacional) en la prestación del servicio comprometida en la educación, con las debidas garantías de todo proceso.⁴⁴⁴
- La tutela judicial, en el marco de la cual se extiende la garantía del amparo⁴⁴⁵ como medio judicial más idóneo frente a la amenaza o afectación arbitraria o ilegítima del derecho a la educación en su contenido definitivo y exigible. Esta tutela debe ser garantizada de manera gratuita y sin que la falta de medios o recursos para el acceso a la justicia en estos supuestos se transforme en un proceso judicial adicional que dificulte o demore la necesidad de protección requerida.
- La tutela de la denuncia ante organismos y sistemas de protección internacionales (la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo).⁴⁴⁶
- Pueden articularse así también varios mecanismos “novedosos” como acciones declarativas de certezas, medidas autosatisfactivas, acciones colectivas (que veremos más abajo), planteos desde la legitimación de los defensores del pueblo, y ONGs. También, en el contexto de un Estado democrático, no deben incluso descartarse como expresiones válidas derivadas del derecho de “peticionar a las

⁴⁴⁴. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 7 septiembre 2007. Disponible en www.cidh.oas.org, (fecha de consulta: diciembre 2012). Observa Bergallo en un trabajo sobre la base de sus investigaciones, que con frecuencia se denota la ausencia o el déficit de funcionamiento de un foro administrativo directamente previsto para canalizar demandas hacia el sistema educativo y sus responsables. A veces, simplemente los foros no existen ni han sido previstos. En otros casos, han sido reglamentados por las normas vigentes pero no se ha efectivizado la creación del espacio de reclamo y participación. Finalmente en otras circunstancias los foros previstos han sido creados, pero los actores desconocen su existencia o su acceso se encuentra bloqueado en los hechos. Ante cualquiera de estas situaciones, concluye, las familias, los padres y los grupos interesados recurren a la justicia como único canal de participación y respuestas. Véase Bergallo, P. (2009): “Una agenda de discusión para pensar el litigio de educación en Argentina” en ADC: *Jornada de debate sobre litigio y reforma educativa*, Buenos Aires, pág. 36. Disponible en internet: www.adc.org.ar, (fecha de consulta abril de 2011).

⁴⁴⁵. Así como las garantías del hábeas data, el hábeas corpus (en el caso de agravamiento ilegítimo de las condiciones de privación de libertad y la posibilidad de acompañarlo con la interposición de las medidas cautelares que requiera la situación), del control de constitucionalidad y de convención (a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos).

⁴⁴⁶. Sobre el sistema de protección internacional del derecho a la educación, véase el cap. I, numerales 5.1 y 7.3.

autoridades”, acciones de protesta y movilización como un recurso para que, frente a cierta morosidad o miopía del Estado, éste priorice ciertos temas en su agenda.

La vía judicial puede fortalecer las acciones políticas y sociales que se emprenden para canalizar las demandas de derechos, especialmente en el marco de los conflictos colectivos o de incidencia colectiva. La tarea judicial incluso a través de sus decisiones individuales puede no obstante convertirse en una señal de alerta clara hacia los otros poderes acerca de una situación de incumplimiento generalizado, marcar omisiones o hacer ver las deficiencias de cara a los estándares que la Constitución y los tratados internacionales prevén. De esta forma, el camino judicial puede compensar la inoperancia de las instituciones de fiscalización y activar la función pública y los debates sociales. (Abramovich y Courtis: 2006).

Para la mayor eficacia de la tutela, se requiere paralelamente del compromiso judicial en dos aspectos claves: a) el otorgamiento de una mayor relevancia y procedencia de las medidas cautelares como medios efectivos para la protección de los derechos sociales, y b) volver la mirada sobre la forma en que los jueces interpretan las normas de procedimiento para que de todas las posibles interpretaciones se inclinen por aquellas que tiendan a la mejor protección del derecho,⁴⁴⁷ en el sentido de favorecer la apertura de la acción y que los reclamos se discutan en su fondo y no sean rechazados por cuestiones formales de aplicación ritualista.⁴⁴⁸

Paralelamente, la efectiva tutela requiere que se remuevan todos los obstáculos en el acceso a la justicia que pudieran tener origen en factores de desigualdad, tanto distributivas cuanto simbólicas. Debemos incluir aquí la obligación del Estado de proveer servicios jurídicos gratuitos y evitar que los costos del proceso puedan conducir a la vulneración de las efectivas garantías vinculadas con la protección judicial efectiva.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷. Véase Clérico, L. (2009): “El derecho a la salud de las personas con discapacidad: ¿el argumento del federalismo como acelerador o como freno?”, en *La LEY*, Buenos Aires.

⁴⁴⁸. Véase Clérico, L. (2008): “Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural”, en: *La Corte y los derechos 2005-2007*, Buenos Aires: ADC/Siglo XXI.

⁴⁴⁹. Es importante destacar a título ejemplificativo, que en el derecho procesal constitucional colombiano la “acción de tutela” es *gratuita*, en tanto se entiende que ella ampara los derechos fundamentales y abre las puertas a la jurisdicción constitucional a cualquier persona. Esto tiene probablemente un fuerte impacto y favorece la exigibilidad en derechos claves como el derecho a la educación.

V. Olano García, H. (s/f): La acción de tutela en Colombia. Disponible en <http://www.uco.mx/docencia/facultades/derecho/olano.pdf>, (fecha de consulta marzo de 2012).

4.4 El Estado debe desarrollar investigaciones y estadísticas que permitan evaluar el grado de realización del derecho

El Estado debe también comprometerse al desarrollo de mecanismos de medición y estadística que habiliten el diseño y funcionamiento de *indicadores* conforme a los cuales pueda evaluarse el cumplimiento concreto de las condiciones en las que el derecho a la educación se desenvuelve en las distintas jurisdicciones. Es una de las falencias a menudo más destacadas por los organismos internacionales, en tanto que su ausencia dificulta enormemente las posibilidades de supervisión del cumplimiento del derecho a la educación por parte de los Estados. La necesidad de desarrollar investigaciones y generar indicadores que permitan evaluar el grado de realización de los derechos humanos en las actividades concretas dentro y fuera aula y, a partir de los resultados obtenidos, es congruente con la posibilidad de poner en práctica las medidas correctivas correspondientes y garantizar su éxito.⁴⁵⁰

La sistematización de la información en este sentido también resulta clave para la correcta toma de decisiones, para identificar y proyectar tendencias, corregir y reorientar iniciativas, para anticipar problemas y soluciones. También puede desde esta perspectiva ser entendida como un aspecto instrumental clave a los fines de los litigios estratégicos de incidencia colectiva, pues tales estadísticas pueden constituir el elemento de diagnóstico de una situación estructural, la prueba clave que permita revelar la persistencia de problemas concretos que, de comprobarse su forma colectiva, también permitirán respuestas colectivas integrales. Dicha información puede convertirse en un instrumento fiable para evaluar y controlar el seguimiento de determinada línea de acción o medida que se adopte y verificar si tiene un impacto en la solución o atenuación del problema que requería atención.

La Argentina tiene una larga tradición en la elaboración de estadísticas en materia de educación que se remonta al origen mismo del sistema educativo. En la tarea de relevamiento junto a las oficinas gubernamentales nacionales⁴⁵¹ colaboran varios otros organismos internacionales, que a su vez, apoyan a distintas instituciones y ONGs a contribuir en esta tarea. Queda pendiente como desafío que dicha información, si bien

⁴⁵⁰. Cfr. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Sr. V. Muñoz Villalobos, “El derecho a la educación de las niñas”, E/CN.4/2006/45, 8 de febrero de 2006, párr. 147.

⁴⁵¹. Nos referimos a la DINIECE (Dirección Nacional de Información y Evaluación de la Calidad Educativa), que opera conjuntamente con las Unidades de Estadística Educativa provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires. Más información sobre sus estadísticas en www.diniece.me.gov.ar, (fecha de consulta: marzo de 2012).

tiene de por sí un valor alto como herramienta de diagnóstico, resulte también eficazmente aprovechada en el nivel de las decisiones políticas a fin de adoptar las medidas correspondientes para remover los obstáculos tanto legales, técnicos y materiales que dicha información proporciona.

4.5 El Estado debe organizar el sistema educativo de modo de asegurar mecanismos de controles eficaces y la participación ciudadana

El impacto de los marcos legislativos, reglamentarios y resolutorios en la práctica dependerán de su grado de implementación, lo que exige también de mecanismos eficaces, transparentes y participativos de supervisión y evaluación de la calidad y de los fines educativos, que aseguren que lo dispuesto en la norma se refleje en la práctica y los programas. Esto depende en gran medida de que se garanticen asimismo instancias de participación y control.

Participación. El Estado debe respetar los principios democráticos y republicanos en el gobierno de la política educativa, priorizando transparencia, información y participación. En este marco, tiene la obligación de publicar y permitir la discusión de la información necesaria para realizar un seguimiento de las condiciones del sistema educativo y su evolución, permitir procesos democráticos de toma de decisiones considerando los puntos de vista de todos los actores de la comunidad educativa. Los derechos de participación no deben aplicarse únicamente a las relaciones pedagógicas en el aula, sino también en toda la escuela y en la elaboración y aplicación de las leyes y políticas pertinentes. Así deben generarse instancias concretas de participación en la toma de decisiones a nivel macro que fomenten discusiones, debates y consensos entre los principales actores (docentes, especialistas, gobierno), así como en los niveles intermedios se debe promover instancias participativas locales y regionales (como deberían serlo los consejos escolares provinciales). Finalmente, en el nivel micro de las instituciones educativas se debería promover formas de gobierno escolar democráticas y mecanismos concretos de participación de quienes forman parte de la escuela en concreto (estudiantes, familias, docentes) (Rivas, 2007: 117). En este sentido debe interpretarse la máxima constitucional que prevé el establecimiento de las leyes de base y organización del sistema asegurando la “participación de la familia y la sociedad” (art. 75 inc. 19 de la CN) y varias normas de la

ley 26206.⁴⁵² En particular esta última prevé, por intermedio del Consejo Federal, la creación de distintos consejos consultivos que permitan a otros sectores interesados en la educación (organizaciones civiles, universidades, otras organizaciones comunitarias) tengan un espacio formal de participación en donde puedan vehicular sus propuestas, ideas y aportar también sus experiencias.

Control. A nivel nacional, aún los mecanismos de control y rendición se presentan sumamente escasos. La participación ciudadana también se ve afectada por las dificultades de percepción de la educación más como servicio público que como derecho, conforme hemos visto en un capítulo precedente.⁴⁵³ Algunas de esos déficits pueden verse en las siguientes instituciones:

1. *Congreso Nacional.* Como hemos visto el Congreso ha sido muy prolífero en la aprobación de leyes sobre educación.⁴⁵⁴ Sin embargo, existen algunos problemas en la asunción de las responsabilidades que al Poder Legislativo nacional le corresponde en su tarea de control. Su actividad interna parece no tener un correlato exacto con el producto legislativo sancionado en estos años. Tomando como base por ejemplo lo ocurrido durante el año 2009,⁴⁵⁵ de los despachos de la Comisión de Educación y Cultura (por parte de la Cámara de Senadores) y de la Comisión de Educación (por parte de la Cámara de Diputados) se observa cierta actividad en la elaboración de proyectos de ley y comunicaciones, pero muchas de ellas tan sólo han tenido fecha de ingreso sin ser mayormente tratados o pasados al plenario. También es sorprendentemente escasa, no obstante las competencias reconocidas a cada una de ellas por sus reglamentos internos,⁴⁵⁶ la actuación de control de dicha instancia y que queda reflejado por ejemplo en

⁴⁵². Dicha ley prevé por un lado, que todas las instituciones educativas deberán implementar modos de organización interna que alienten la participación de los alumnos en la experiencia escolar y, por el otro, que los establecimientos de gestión estatal deberán promover la participación de la comunidad a través de la cooperadora y demás órganos colegiados (arts. 123 y 128). Por su parte, el art. 90 de la ley, insta en este mismo sentido a las autoridades educativas a promover “la incorporación de los principios y valores del cooperativismo y del mutualismo en los procesos de enseñanza-aprendizaje”.

⁴⁵³. Véase capítulo III, numeral 3.

⁴⁵⁴. Véase capítulo II.

⁴⁵⁵. Información parlamentaria extraída del sitio web www.congreso.gov.ar. El año seleccionado (2009) obedece a que fue para marzo de 2010 donde se llevó a cabo un estudio detallado de los proyectos de leyes, pedidos de informes y comunicaciones que en materia de educación (primaria y secundaria) se relevaron y consultaron. Para los años 2010 y 2011, puede observarse en principio, una tendencia similar, conforme la documentación ofrecida en el sitio.

⁴⁵⁶. De acuerdo con su reglamento interno, (art. 66) compete a la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados dictaminar sobre todo asunto o proyecto relacionado con: a) los fines, misiones, objetivos y funciones del Sistema Educativo Nacional, b) el diagnóstico, la planificación, la coordinación, la conducción, la evaluación, la articulación y la acreditación del Sistema Educativo Formal y de Formación Profesional, c) la promoción y divulgación de los valores humanos trascendentes, sociales y ambientales

la escasez de pedidos de informes (a instituciones y distintas esferas de gobierno como el Ministerio de Educación Nacional) sobre temas educativos en general o vinculados con el cumplimiento de las normas por dicho órgano sancionadas. Existe algún tipo de control en determinados aspectos concretos (y financieros exclusivamente) de esta área a través de la Auditoría General de la Nación. Dicho organismo ha realizado auditorias en el Ministerio de Educación de la Nación a fin de evaluar el seguimiento de programas, el funcionamiento de los actores involucrados, las relaciones entre Nación y provincia implicadas en estos convenios, su evolución; todo ello sobre aspectos que también se vinculan con los temas recientemente señalados.⁴⁵⁷

2. *Ministerio de Educación de la Nación.* En el ámbito de la administración central, esto es el Ministerio de Educación y sus dependencias, hemos visto que el panorama también es complejo. Aunque el Ministerio de Educación de la Nación esté a cargo de la coordinación y planificación general del sistema educativo, su ámbito de participación en la gestión educativa provincial está limitado formalmente por su labor en cuanto al establecimiento de contenidos curriculares mínimos – en coordinación con el CFE – políticas compensatorias, programas especiales, evaluación de resultados y en lo vinculado con la formación y capacitación docente. Así, desde que la gestión y administración están a cargo de las provincias, el Ministerio no cuenta formalmente (ni respecto del ámbito público ni privado) con organismos de supervisión y control de dichas gestiones estrictamente hablando, por lo que se puede concluir que prácticamente en el

de los principios democráticos en todos los niveles educativos, d) la relación de la educación con las áreas de producción, el trabajo y el empleo, e) la relación de la educación con el desarrollo científico-tecnológico, f) la integración de la República Argentina a través de la educación, en los nuevos escenarios regionales y globales, g) el desarrollo de las formas educativas alternativas e innovadoras, h) el cuidado de las garantías constitucionales para enseñar y aprender. Por su parte, corresponde a la Comisión de Educación y Cultura de la Cámara de Diputados (art. 74 del reglamento): dictaminar sobre lo relativo al mantenimiento y fomento de la instrucción y educación, de la Nación y de las provincias, en todas sus manifestaciones, subvenciones escolares en general, subsidios, adquisición de material de estudio, publicaciones y todo otro asunto referente al ramo de educación. También le corresponde dictaminar sobre lo relativo a organización, administración, orientación y promoción de la cultura nacional, con especial énfasis en los regionalismos y pautas culturales provinciales y locales vigentes en el país, como así también todo otro asunto referente a esta área. Le compete, asimismo, la declaración de homenajes y la publicación de obras; así como declarar monumentos históricos y todo lo relativo a su preservación, sin perjuicio de la competencia que pudiera caberle a la comisión de Ambiente y Desarrollo Sustentable."

⁴⁵⁷. En este sentido, pueden leerse como ejemplos la Auditoría N° 58 de relevamiento del sistema de información sobre metas y objetivos que sustenta los resultados obtenidos por el Programa 37-Infraestructura y Equipamiento Escolar, teniendo en cuenta la ejecución presupuestaria del Ejercicio 2000 del Ministerio de Educación de la Nación (julio 2002); Auditoría N° 40, Fondos transferidos al Programa 18 "Fondo Nacional de Incentivo Docente" (FONID) efectuados durante el 2006 con beneficios devengados en el 2005, Ministerio de Educación - Ciudad Autónoma de Buenos Aires (marzo 2009), entre otros. Pueden verse a través del sitio www.agn.gov.ar.

nivel ejecutivo nacional, esta tarea ha quedado totalmente descentralizada en las jurisdicciones. Sin embargo, los procesos de recentralización de determinadas funciones en el nivel central desde la década del 90 y a los fines de rediseñar el sistema educativo federal (ver en este sentido lo expuesto en el *capítulo V*), han habilitado algunas líneas de rendición de cuentas por parte de las jurisdicciones respecto de programas coordinados desde el ministerio nacional.⁴⁵⁸

3. *Sindicatura General de la Nación*. Existiría la posibilidad cierta de brindar un mayor marco de acción de contralor a través de la Sindicatura General de la Nación.⁴⁵⁹ Mediante los informes de la Red Federal,⁴⁶⁰ la SIGEN ha producido documentos tendientes a verificar la correcta ejecución y asignación de fondos en distintas jurisdicciones provinciales, de los programas del Fondo Nacional de Incentivo Docente (ley 25919) y de otros vinculados con la dotación de equipamiento e infraestructura escolar coordinados a

⁴⁵⁸. Se trata de programas financiados desde el nivel central, donde el Ministerio ha solicitado informes a las provincias a través de la SIGEN sobre las metas y destino del presupuesto asignado (ver más abajo).

⁴⁵⁹. La SIGEN se constituye como órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional (ley 24156). Entre sus principales funciones se mencionan: a) dictar y aplicar normas de control interno [...], b) emitir y supervisar la aplicación, por parte de las unidades correspondientes de las normas de auditoría interna. Adoptar las medidas que consideren necesarias para posibilitar un eficaz cumplimiento de las funciones de coordinación y supervisión asignadas por la ley, c) disponer la realización o coordinar la realización de auditorías financieras, de legalidad y de gestión, así como también de estudios referidos a la regularidad jurídica, de investigaciones especiales, pericias de carácter financiero o de otro tipo, y consultorías sobre evaluación de programas, proyectos y operaciones [...], d) vigilar el cumplimiento de las normas contables, emanadas de la Contaduría General de la Nación.

⁴⁶⁰. En los últimos años ha puesto en marcha la producción de una serie de informes y de auditorías a través de la Red Federal de Control Público que se instituye como un emprendimiento organizacional que integra y complementa las estructuras estatales de fiscalización y auditoría (nacionales y jurisdiccionales), con el fin de evaluar el desempeño de los programas sociales ejecutados por las jurisdicciones de carácter nacional. Se constituye además, como la garante de cobertura de control en el ámbito nacional, a través de relevamientos y acciones directas en el campo de ejecución de la política social concreta. Se encuentra integrada por la SIGEN, las unidades de auditoría interna de los Ministerios de Desarrollo Social, Educación, Salud y Trabajo, los Tribunales de Cuentas provinciales y diversos Tribunales de Cuentas municipales. En este marco, interviniendo el Ministerio de Educación de la Nación se han llevado a cabo la elaboración de informes en diversas provincias tendientes a: a) evaluar la correcta ejecución de planes nacionales tales como el Programa Nacional de Becas Estudiantiles, el Programa para el Mejoramiento del Sistema Educativo (PROMSE), el Plan Nacional de Infraestructura y Equipamiento Escolar, el Programa Integral de Igualdad Educativa (PIIE), el Fondo de Incentivo Docente, el Programa Fondo Nacional para la Educación Técnico Profesional (ley 25058), el Programa de Gestión Curricular, Formación y Capacitación Docente, entre otros. Si bien estos informes y auditorías se realizan casi prácticamente sólo en determinadas jurisdicciones o ciudades, en algunos casos también revisten carácter nacional, por lo que requieren de la participación de todas las jurisdicciones provinciales. En todos ellos se hace especial hincapié en el análisis del diagnóstico presente (estado de situación contable, administrativo o financiero) y del cumplimiento de las obligaciones o compromisos asumidos a nivel local, esto es, el cumplimiento de las pautas establecidas en la normativa aplicable a cada uno de los programas, como así también, de los procedimientos de control interno instrumentados, de controlar la recepción, distribución y correcta aplicación de los fondos transferidos, la correcta liquidación y pago de dichos fondos y comprobar la realización y el avance de las obras previstas por los diferentes programas, entre otras actividades.

través del Ministerio de Educación de la Nación. Se trata, a la luz de los problemas analizados, de programas que se enfocan sobre aspectos claves de los que dependen los caracteres básicos de disponibilidad y calidad de la educación.⁴⁶¹

4. *Defensor del Pueblo*. El tratamiento de los problemas educativos y su monitoreo también está trabajado de modo insuficiente en la agenda de organismos de protección de los derechos humanos como éste. Si bien podría contar con buenas herramientas para la tutela y la búsqueda de la realización del derecho a la educación, si comparamos su actuación en relación con otras áreas de su trabajo, el diagnóstico nos adelanta escasos datos respecto de su acción en el tema.⁴⁶²

A nivel provincial, dada la gran cantidad de escenarios presentes, es imposible hacer un análisis general sin correr el peligro de caer justamente en generalizaciones vagas y de poca utilidad a estos efectos. Sin embargo, los estudios realizados sobre la base de experiencias y trabajos que se relevaron sobre la realidad educativa en las 24 jurisdicciones del país arrojan algunas tendencias que resumiremos a continuación.

En primer lugar, en el ámbito local se reproduce y agrava el “hiperpresidencialismo” por sobre cualquier intervención legislativa, sumado a una dirección centralista y jerárquica del gobierno educativo. Esta fuerte dependencia al poder político ejecutivo ha también afectado severamente instancias de participación y control democrático en educación como los intentos de los consejos educativos provinciales, que nunca terminaron de definirse como instancias democráticas y representativas. Como señala Rivas (2004:110) por un lado en muchas provincias hubo situaciones donde primó una lógica política cerrada de cooptación de los espacios de participación de los consejos (con

⁴⁶¹. A título de ejemplo podemos mencionar los informes de la Red Federal sobre: a) Verificar el pago del Fondo Nacional de Incentivo Docente a agentes que cumplen efectivamente la función docente en la Pcia. de Corrientes.- verificar la correcta liquidación y pago (conforme a los requisitos establecidos en la normativa) del Fondo Nacional de Incentivo Docente (FONID) en la Pcia. de Santiago del Estero y cotejar que los fondos remitidos por la Nación hayan sido razonablemente aplicados en esta jurisdicción para el 2º Trimestre de 2008.- (dic. 2008), b) Evaluar y verificar la ejecución del Plan Nacional de Infraestructura y Equipamiento Escolar en los siguientes aspectos: financiero, respecto a: las transferencias recibidas por la provincia de Santiago del Estero provenientes del Ministerio de Educación de la Nación, la aplicación efectiva de los fondos transferidos, normativo, respecto a: el cumplimiento de la normativa vigente en los procedimientos administrativos, operativo, respecto a: la concreción y el avance de las obras previstas por los diferentes programas, la efectiva recepción por parte de los establecimientos educativos del mobiliario correspondiente (sep. 2008), entre otros. Puede consultarse en este sentido el sitio www.sigen.gov.ar, (fecha de consulta: febrero de 2010).

⁴⁶². En efecto, sobre la base de un informe de actuaciones de 2007 de un total de 7.605 actuaciones, sin distinguirse estadísticamente el área de “educación y cultura” de las áreas “salud y acción social” sólo se refirieron a estos temas el 12,36% de dicho total. Para el año 2010, ese porcentaje se redujo al 8.4%. Véase: <http://www.defensor.gov.ar/informes> (abril 2010).

fuerte resistencia de los gobernadores y ministros para no delegar el gobierno en agentes desligados de su esfera de poder) y una escasa vocación por el ejercicio de los derechos ciudadanos para gobernar o ejercer un control democrático de la educación. Por otra parte, a partir de las distintas interrupciones constitucionales, los consejos de educación sufrieron múltiples cercenamientos tales como pérdida de su autonomía financiera, supresión de atribuciones y funciones ejecutivas e intervenciones constantes del poder ejecutivo local (Aguerrondo y Senen, 1988, 42).⁴⁶³ A su vez, tanto por razones de costo económico cuanto al afianzamiento de la estructura piramidal y verticalista del poder de los ministerios locales, se redujo el cuerpo de inspectores y se procedió en algunas provincias a su reemplazo por cargos políticos que permitieran una mayor concentración de poder en manos de las autoridades provinciales de turno (Rivas, 2004:110).⁴⁶⁴

Estos fenómenos someten a menudo el gobierno del sistema educativo a una racionalidad política que desdeña en muchos casos los problemas sustanciales de calidad y rendimiento educativo y los reduce a cuestiones de tipo burocráticas y presupuestarias. Acarrea a su vez, una notable separación de toda posibilidad de participación seria y continuada tanto de los actores o sectores relevantes a nivel macro cuanto de las propias familias y docentes en los ámbitos más locales. Por otra parte, esto genera problemas de control y múltiples disfunciones e incoherencias entre las tareas de planificación y supervisión. En este desdén entran así un amplio esquema de vulneraciones al derecho a la educación caracterizado por la omisión y la ausencia de políticas y acciones que posibiliten cualquier espacio de participación, rendición de cuentas o control.

⁴⁶³. Este mismo autor individualiza la situación provincial del tema del siguiente modo: en al menos San Luis, La Rioja, Santiago del Estero, Formosa y Jujuy se observan casos de muy fuerte influencia política partidaria del gobierno de turno en la burocracia educativa. Allí el ejercicio del poder se encuentra estrechamente ligado a la pertenencia y la lealtad al líder (el gobernador) y al partido. Se trata en general de provincias con largos períodos de acumulación de poder de los caudillos gobernantes y, por lo tanto, con un proceso de creciente incorporación de afiliados a las esferas de la administración pública, a diferencia de las provincias con cambios en el partido de gobierno, que generan mayores disparidades en el perfil de la burocracia estable. En cambio, provincias como Entre Ríos, La Pampa y Ciudad de Buenos Aires se caracterizan por una fuerte independencia de los integrantes de la burocracia educativa respecto de las autoridades políticas de turno. Véase Rivas, ob. cit., pág. 119.

⁴⁶⁴. Finalmente en el nivel local e institucional, las investigaciones afirman que las escuelas tampoco han generado mecanismos estables de participación. Como ejemplo de ello, se observa que en varias provincias las leyes de educación de los últimos años si bien han creado la instancia de los Consejos Escolares, como espacio de participación en la gestión de la comunidad educativa, con representación de docentes, padres y alumnos, casi ninguna provincia los ha implementado efectivamente. Por otra parte, las múltiples experiencias de gestión social, comunitaria o cooperativa que existen en el país, generalmente han sido dejadas al margen como casos individuales, sin legislación o políticas públicas que las avalen (a excepción de algunos casos provinciales como los de Tucumán y Río Negro). Para un desarrollo más extenso en este sentido, véase Rivas, 2007: 119.

En suma, una mejora en el control y rendición de cuentas sobre la vigencia y alcance del derecho, no pasa por la creación de nuevos procesos o mecanismos sino por perfeccionar los ya existentes, profundizando el volumen y alcance de su actividad. Este punto no está exento de un compromiso político que, en gran medida, requiere a su vez de compromisos de cooperación tanto de los propios órganos nacionales cuanto de los provinciales y municipales a dicha labor dedicados. En este punto frente al déficit de participación y control, el federalismo puede ser una herramienta válida de reactivación de estos procesos, conforme veremos en el capítulo siguiente.

5. El derecho a la educación como derecho fundamental de no intervención

Desde el modelo constitucional liberal, ha primado tradicionalmente la educación en su noción de derecho subjetivo fundamental de defensa. La posición de derecho de defensa en una norma constitucional revestiría la siguiente estructura clásica:

- sujeto activo: el individuo
- sujeto pasivo: el Estado nacional, provincial, local; las personas jurídicas de derecho público no estatal, los particulares,
- objeto: por lo general, una omisión u abstención relacionada con la no intervención de la libertad del individuo. Sin embargo, ello no quita que también, según los casos, deban implementarse acciones a efectos de cumplir este deber, por ejemplo, brindar capacitación a funcionarios en materia de derechos humanos o sancionar leyes que prohíban la discriminación, entre otros,⁴⁶⁵ con lo que así esta clasificación como dijimos, vuelve a fundirse en algunos puntos con las otras.

El derecho de defensa traza una órbita dentro de la cual el individuo puede elegir, es decir, donde tiene la posibilidad de optar por una de las múltiples alternativas de acción conforme su autonomía. Paralelamente, cada derecho de defensa impone al Estado el deber de abstenerse de interferir directa o indirectamente en esta órbita, de dejar al ciudadano en sus decisiones, absteniéndose asimismo de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas o de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado.⁴⁶⁶

⁴⁶⁵. Véase Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008): Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ob. cit., p. 131.

⁴⁶⁶. Esta interpretación del derecho de defensa estaría a tono con la idea de Farrell (2008: 36) de fijar una “igualdad de oportunidades negativa”, abstenciones del Estado, donde lo único que se requeriría es una “sociedad abierta” (esto sería, la posibilidad de que los integrantes de un grupo social puedan ascender – o descender – en su movilidad social libremente).

El reconocimiento de posiciones de defensa se observa con claridad en las disposiciones de derecho fundamental que garantizan “libertades”, a las que responden muchas de las normas constitucionales de la tradición liberal de 1853. Estos derechos de defensa comportan a su vez en el ámbito internacional la *obligación de respetar* el derecho fundamental a la educación. Esta obligación se observa cuando el derecho se comporta justamente como derecho de prestación negativa o no-intervención, en el sentido de prohibir la obstaculización en el ejercicio del derecho que alguien ya puede realizar por sus propios medios o por los medios generados por el Estado u otros actores sociales.⁴⁶⁷

En este marco aparecen perfilados distintos tipos de obligaciones que pueden a su vez, conformar diversos tipos de contenidos, conforme veremos a continuación:

- El Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la educación sin discriminación alguna.
- El Estado debe respetar la libertad de enseñanza.
- El Estado tiene la obligación de no retroceder en el reconocimiento del derecho a la educación.

5.1 El Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la educación sin discriminación alguna

Uno de los aspectos básicos del carácter de “accesibilidad” refiere a la posibilidad de todas las personas de acceder o “ingresar” a los institutos y programas de enseñanza. Este carácter consta, en su dimensión como derecho de defensa, en que no exista discriminación por alguno de los motivos prohibidos en el *acceso* a y *permanencia* en la educación.⁴⁶⁸ (sexo, edad, raza, opinión, nacionalidad, lengua, religión, opinión política,

⁴⁶⁷. Véase Clérico Laura y Treacy Guillermo (2007): “Notas para volver a pensar la distribución de competencias entre nación y provincias a la luz de las obligaciones que surgen del derecho a la salud”. Exposición presentada en el panel “La protección de derechos en el derecho público local. Experiencias comparadas” del IV Curso de Especialización para abogados sobre Derechos de la Niñez.

⁴⁶⁸. “Discriminación” bien puede entenderse como distinción ilegítima entre diversas personas en relación con las posibilidades de goce o ejercicio de derechos. La enunciación de motivos de discriminación hecha en el artículo 2.2 del PIDESC, o en otras normas similares, no es taxativa (Principio de Limburgo No. 36). En este sentido, también debe contarse la prohibición de discriminación por ejemplo en función de la orientación sexual, como lo ha corroborado específicamente en el tema educativo la Corte Constitucional de Colombia en el caso “Pablo Enrique Torres Gutiérrez y José Prieto Restrepo c. Instituto Ginebra La Salle, (T-101/98), sentencia del 24 de marzo de 1998. Allí el Tribunal examinó la queja de dos niños de edad a los que se les impidió que ampliaran su educación con su asistencia a clases nocturnas a causa de su homosexualidad (tenían que trabajar durante el día, porque eran demasiado pobres para costear una educación de jornada completa). El tribunal criticó a la escuela- que era un establecimiento oficial - por no haber dado pruebas de los valores de tolerancia y respeto de la diversidad y añadió que una escuela

condición económica u otra condición social, ya que se trata de una cláusula abierta que incluye por caso, hasta la orientación sexual⁴⁶⁹). Particular preocupación merece un tipo prohibido vinculado con aquellos niños que carecen de la documentación mínima (el Documento Nacional de Identidad) para ser inscriptos en las escuelas. Claramente, constituye una vulneración del derecho a la educación negar su inscripción por no poseer o estar aún en trámite dicha documentación si la identidad del niño puede acreditarse por cualquier otro documento o medio así como su certificación escolar correspondiente para ingresar al nivel educativo solicitado.⁴⁷⁰

La prohibición de discriminación se trata de una de las preocupaciones básicas de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Así el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dicho que “la prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2° del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente”.⁴⁷¹ Señaló asimismo que los “Estados Partes deben supervisar cuidadosamente la enseñanza, comprendidas las correspondientes políticas, instituciones, programas, pautas de gastos y demás prácticas, a fin de poner de manifiesto cualquier discriminación de hecho y adoptar las medidas para subsanarla.”⁴⁷²

La prohibición de discriminación comprende la *igualdad jurídica* (igualdad en la aplicación y creación de normas). Así la Corte Interamericana ha dicho que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de

pública que declara que “la homosexualidad es pecado” excluye a posibles alumnos, violando sus derechos a la educación y al pleno desarrollo de su personalidad.

⁴⁶⁹. Cfr. CDESC, Observación General N° 20. Véase también el caso “Atala Riffó y niñas vs. Chile” resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del 24 de febrero de 2012), donde dicho tribunal establece expresamente que la discriminación por orientación sexual está prohibida (párr. 91).

⁴⁷⁰. Una medida de protección especial contra este tipo de violaciones es, por ejemplo, lo dispuesto en el nivel local por la Ciudad de Buenos Aires, a través de las leyes 114 (sobre Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes) y la ley 203 (sobre inscripción provisoria en los establecimientos educativos de alumnos sin DNI). Así, la primer ley establece que los alumnos deberán “recibir educación pública, eximiéndoselos de presentar documento de identidad nacional, en caso de carecer del mismo, o cualquier otra documentación que restrinja dicho acceso debiéndoseles entregar la certificación o diploma correspondiente a cada nivel” (art. 29, inciso k). La segunda establece que “se inscribirá provisoriamente a los alumnos/as menores de dieciocho (18) años que, por sí o por sus representantes legales lo soliciten, aun cuando no cuenten con el documento de identidad correspondiente” (art. 1).

⁴⁷¹. Cfr. CDESC, Observación General N° 3, párrafo 31.

⁴⁷². Cfr. CDESC, Observación General N° 3, párrafo 37.

todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos”. Además sostuvo, que “el principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares”.⁴⁷³

En este sentido se inscriben las protecciones constitucionales de los artículos 14, 16 y 20 de la Constitución histórica a lo que cabe sumarle la amplia recepción en los instrumentos internacionales sobre el tema de discriminación, entre los que se destacan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2º, punto 2), El Protocolo de San Salvador (arts. 3º y 13), la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (art. 2º), la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 10º) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 7º). Prácticamente la totalidad de los instrumentos internacionales incluyen una cláusula general de no discriminación. A esta garantía general, se le suman aquellas contenidas en la normativa local representada en la ley 26206 (art. 79 y 123) y la ley 23592. Constituyen por tanto ejemplos de violaciones en este sentido la adopción de leyes, o la omisión de revocar leyes, que discriminan a individuos o grupos, por cualquiera de los motivos prohibidos en la esfera de la educación.

Pero como hemos visto, la igualdad jurídica es insuficiente si no se la acompaña de políticas que atiendan a una *igualdad real de oportunidades* que aseguren el acceso y garanticen su disfrute de igual manera, sin distinciones arbitrarias, y sin prejuicios o condicionamientos estructurales provenientes de la falta de reconocimiento o exclusión social del grupo discriminado. En este sentido cobran relevancia, como un medio válido para lograr esa igualdad real aludida, las llamadas *acciones afirmativas*. Aunque su desarrollo no corresponda en estricto a la función de derecho de no intervención, por su vinculación con el tema, comenzaremos a describir algunas características básicas de aquellas.

⁴⁷³. Véase CIDH, Opinión Consultiva N° 18/03, párrafos 83 y 100; y Opinión Consultiva N° 4/84, párr. 55.

Las medidas de acción afirmativa o positiva constituyen distinciones dirigidas a favorecer personas pertenecientes a los grupos que se encuentren en una situación fáctica de discriminación (socioeconómica y/o simbólica). Los beneficios así otorgados no deben entenderse contrarios a la obligación de no discriminación, ya que se sustentan en la necesidad de compensar desigualdades existentes y tienen por finalidad hacerlas desaparecer.⁴⁷⁴ En todo caso, tales medidas deben cesar cuando esto último se produjese. Así por ejemplo, medidas de este estilo lo constituyen el Plan de Asignación Universal por Hijo (decreto PEN 1602/09) o también podría serlo un sistema de becas que privilegie en su otorgamiento a niños que provienen de lugares con mayores índices de NBI o que pertenecen a minorías históricamente relegadas.

Así por ejemplo, el catálogo de violaciones en el acceso por “discriminaciones de hecho” puede ser sumamente amplio debido a que en muchas oportunidades cuenta con la complicidad o venia de las propias autoridades directivas del colegio o de la autoridad escolar regional que las tolera, sumado a una ausencia de mecanismos de control, falta de información sobre los procedimientos donde denunciarlas, reglamentaciones a nivel micro anacrónicas que las legitiman y la inexistencia de penalización o ejercicio de poder sancionatorio alguno, incluso cuando son públicamente conocidas.⁴⁷⁵

⁴⁷⁴. Cfr. Principios de Limburgo N°39. Véase CDESC, Observación General N° 13, párr. 32: “la adopción de medidas especiales provisionales destinadas a lograr la igualdad de hecho entre hombres y mujeres y de los grupos desfavorecidos no es una violación del derecho de no discriminación en lo que respecta a la educación, siempre y cuando esas medidas no den lugar al mantenimiento de normas no equitativas o distintas para los diferentes grupos, y a condición de que no se mantengan una vez alcanzados los objetivos a cuyo logro estaban destinadas.”

⁴⁷⁵. En un informe sobre la situación en el conurbano bonaerense, Veleda afirma que “a pesar de que la aceptación discrecional de los alumnos es ilegal en las escuelas públicas, las referencias de padres, directores y supervisores en nuestro trabajo de campo indican que algunas de ellas la practican abiertamente. Si bien resulta imposible determinar la envergadura de este fenómeno, los hallazgos de otros estudios parecieran indicar que se encuentra ampliamente expandido gracias a la naturalización por parte de las autoridades políticas, los directores de escuela y las propias familias. [...]”. Así mediante este tipo de filtros (que van desde “no corresponde el niño al radio escolar o zona de influencia del colegio” hasta el argumento imposible muchas veces de corroborar de “falta de cupo”- cuando luego se filtran pedidos especiales), “las escuelas tienden a preservarse en la medida de lo posible de los efectos que la pauperización de los alumnos –tanto por las trayectorias de descenso social de sus familias como por el acceso de alumnos antes excluidos del sistema con la ampliación de la obligatoriedad escolar en EGB3 y polimodal- tiene en las condiciones de enseñanza-aprendizaje. Conjugando sus propias prácticas discriminatorias con la elección de ciertas familias de sectores medios preocupadas por “colonizar” determinadas escuelas públicas, éstas aspirarían ante todo a quedar al abrigo de la agudización de las dificultades sociales y escolares de los alumnos, cada vez más extendidas en el Conurbano Bonaerense”. Véase sobre el tema, Veleda, C. (2005): “Efectos segregatorios de la oferta educativa. El caso del conurbano bonaerense”, Documento de trabajo N° 5, CIPPEC.

5.1.1 Situaciones especiales de discriminación vinculadas con el ingreso y permanencia de los alumnos en las escuelas

Ingreso. Un punto en debate en relación con los obstáculos al acceso a la educación lo constituyen en particular los exámenes de ingreso a algunos de los establecimientos públicos secundarios, desde que pueden constituir una profundización de la segmentación educativa según el origen socioeconómico del estudiante. A fin de evitar este tipo de situaciones, dichos colegios deberían prever cursos gratuitos de nivelación que permitan compensar las posibles ausencias o deficiencias de contenidos y permitir una participación más igualitaria al momento del examen. Los criterios de admisión basados en órdenes de llegada (que privilegia a los más informados – por regla más aventajados -) o sectorización (en función de tomar alumnos sólo a partir de la zona de influencia del colegio) pueden también encubrir mecanismos sutiles e indirectos que favorezcan la segregación de los alumnos, por lo que deben ser modificados.

Actualmente a estas tendencias de reproducción de desigualdades y segmentación se le suman otros procesos más o menos definibles por parte de las escuelas en la selección de sus alumnos, y en particular de las escuelas privadas de “elite” que procuran atraer mediante su “marketing educativo”, y elegir a las familias mejor provistas de capital (social, cultural y económico). De esta forma obtienen un reclutamiento social selectivo que asegura una socialización deliberadamente desigualitaria social y culturalmente y que se traduce en disímiles oportunidades futuras de trayectorias escolares y profesionales para los niños según su pertenencia familiar u origen social (Tiramonti y Ziegler: 2008).

Cupos educativos. Otro modo en que tradicionalmente se han adoptado medidas de acción positiva en materia de ingreso a escuelas, “colleges” y universidades ha sido el establecimiento de cupos educativos. Particularmente su tratamiento ha sido extenso en los Estados Unidos,⁴⁷⁶ y recientemente, la Corte Constitucional Colombiana avaló su procedencia frente a supuestos en los que existe una situación de discriminación fáctica, sea por cuestiones históricas, o por la situación de marginación social, económica o simbólica del grupo o minoría que se intenta “igualar” a través de estas medidas, entre otros supuestos.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶. V. Tushnet, M. (2004): “Supreme Court rules on affirmative action”, en *Int. J. Constitutional Law*, 2 (1), 158-173.

⁴⁷⁷. Así dicho Tribunal en su sentencia T 110 – 10 (2010) hizo lugar a un amparo constitucional contra una universidad que derogó su programa de cupos especiales para minorías indígenas por considerar que no respetaba el derecho a la igualdad de los otros aspirantes, debiendo someterse a las reglas generales de

Patrones estéticos, imagen y vestimenta. La prohibición de discriminación conlleva también el respeto por el libre desarrollo de la personalidad, aplicado en el ámbito educativo, como “el derecho de todo estudiante de fijarse opciones de vida de conformidad con sus propias elecciones y anhelos, siempre que no abuse de su derecho ni vulnere los derechos de terceros y respete el ordenamiento jurídico” (Góngora Mera: 2003, 156). Agrega este autor como ejemplos, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Colombia, que las instituciones educativas no pueden imponer *patrones estéticos determinados*, ya que atentaría sin fundamento contra el libre desarrollo de la personalidad. Así cita que aspectos como el color o largo de cabello, la forma del peinado, el maquillaje y adorno corporal, si no entorpecen la actividad académica ni alteran el cumplimiento de los deberes, y además pertenecen estrictamente al fuero íntimo, no pueden ser considerados motivos válidos que ameriten la imposibilidad de acceder al

admisión. Así la Corte sostuvo que “el desmantelamiento de una medida de esa naturaleza, si no es reemplazada por otra que cumpla una función equivalente, implica una intervención en el derecho a la igualdad de los miembros de las comunidades indígenas, pues los mantiene en la secular situación de marginamiento histórico y social. No basta, entonces, con advertir que una medida ha interferido en los derechos fundamentales de una persona o un grupo de personas con intereses en común para que pueda considerarse inconstitucional. Es preciso, además, que esa medida resulte desproporcionada. Y esto es precisamente lo que ocurre en este caso, la UIS [la universidad] derogó los cupos especiales para miembros de pueblos indígenas, sin implementar ninguna otra acción afirmativa en su lugar, con lo cual interfirió, como se dijo, en derechos fundamentales de los tutelantes por ser miembros de un pueblo indígena.” Sostuvo asimismo que “cuando se trata de poner a los miembros de minorías étnicas a competir en estricta igualdad de condiciones formales con los demás, se acaba en poner a los primeros en una situación de desigualdad, al no tomar en cuenta un hecho sumamente relevante como es la desigualdad en el punto de partida –la realidad-. Desigualdad en el punto de partida que se aprecia, en primer término, en que pertenecen a un grupo –como el de las comunidades indígenas- secularmente marginado de la educación superior y, en segundo término, en que hacen parte de culturas diferentes de la del resto de los colombianos, particularmente en materia de lengua, religión y costumbres. Estas dos diferencias tienen la suficiente fuerza como para producir una variación en los resultados del test indicador de méritos académicos, pues inciden fuertemente en la comprensión de los problemas y en el ofrecimiento de soluciones. Por tanto, si bien las universidades pueden no adoptar un sistema en específico para garantizar la inclusión real de los miembros de pueblos indígenas en la educación superior, resulta injustificado suprimirlo, y no poner nada en su reemplazo que pretenda cumplir funciones equivalentes, bajo el pretexto de que con la supresión del programa se va a garantizar la igualdad”. En una sentencia anterior, dicha Corte ya había sostenido que la “desigualdad de origen” sí puede ser un argumento suficiente para que se brinde un tratamiento especial en la admisión de aspirantes que provienen de lugares con deficiencias en la prestación de la educación básica, desde que su Constitución específicamente así lo establece. Reconociendo la heterogeneidad estructural en Colombia en el campo educativo, la diferenciación positiva a favor de estudiantes oriundos de zonas marginadas del país sí se ajustaba a la Carta Fundamental. Los estudiantes de estas zonas han sido tradicionalmente descuidados por el Estado, y no se les ha brindado un servicio educativo similar al que les ha prestado a los naturales de otras zonas del país. Normalmente, los bachilleres de las zonas marginadas llegan a los exámenes de admisión con una clara desventaja con respecto a los demás examinados. El tratamiento especial para el ingreso a la universidad constituye una forma de contrarrestar esas diferencias de origen, que tienen como consecuencia el que los aspirantes de esas zonas, en la práctica, tengan escasas posibilidades de acceder a los estudios superiores. V. Sentencia T-441/97.

establecimiento o la expulsión de estudiantes de un centro docente, ni la imposición de sanciones que impliquen restricción a sus derechos.⁴⁷⁸

Uniformes y guardapolvos. Este mismo punto puede desencadenar algunos debates más profundos vinculados con las exigencias relativas a un uniforme. En principio, las instituciones educativas privadas pueden imponer requisitos de ingresos vinculados con el uso obligatorio de un uniforme, sin que ello se pueda entender como una afectación de derechos fundamentales, en la medida en que éste tampoco afecte sobremanera la capacidad económica de la familia del educando.

En el ámbito público, esta discusión queda expuesta en el uso del guardapolvo, en el marco de las significancias y tradiciones que imperan en tal sentido. Mientras que en algunas jurisdicciones es obligatorio (como el supuesto de Misiones) en otras dejó de serlo previéndose incluso el carácter opcional reglamentariamente (como en la provincia de Buenos Aires). Existen diversos trabajos que analizan la enorme carga valorativa y social que la pedagogía normalizadora le atribuyó al “guardapolvo blanco” y vinculada con el modo en que se estructuraron las bases de la inclusión educativa en la Argentina. (Dussel, 2005; Narodowski & Andrada, 2001, Puiggrós, 1990). Estos trabajos advierten también que esta forma de inclusión significó una equivalencia discursiva absoluta entre igualdad y homogeneización, que por consiguiente generó paralelamente una fuerte exclusión sistemática y categórica de aquellas personas o grupos que no pudieron o no quisieron someterse a esta estructura. Se reconoce asimismo, que en el contexto del siglo XX en el que se adopta el guardapolvo para la población escolar, lejos de reconocer la diversidad, la escuela salvo excepciones, buscó la homogenización y uniformidad.

El contexto señalado no tiene por fin arremeter contra una práctica que, más allá de que esté o no regulada como obligatoria, tiene un profundo arraigo positivo en diversos sentidos en el imaginario social (Dussel, 2005: 325), por lo que las tensiones a que ello pueda dar lugar deben resolverse en el marco concreto de cada caso y de los fundamentos razonables que se aleguen. Sin embargo, existen una serie de reflexiones que merecen quedar marcadas en tanto relativizan esa carga altamente positiva en relación con su uso. Las marcas sociales – y las desigualdades – se abren paso más allá del guardapolvo (en sus

⁴⁷⁸. V. en este sentido, las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia T-476/95 y T-248/96. Ambos casos aluden a situaciones ejemplificativas donde al estudiante le fue negado continuar asistiendo a clase por no ajustarse a los aspectos estéticos vinculados con el cabello que exigían los manuales de convivencia de tales instituciones educativas públicas. El tribunal, en ambos casos, consideró que existía una vulneración inconstitucional del derecho a la educación. Véase también el anexo III., numeral 1.4.

ropas de abajo, acceso a útiles escolares, etc.). Esta cuestión no se soluciona con la entrega gratuita de guardapolvos por parte del Estado a quienes no puedan sufragar su costo. Asimismo, llama la atención que mientras en el ámbito de la escuela pública se esgrimen razones estrictamente de orden económico y presupuesto familiar para justificar su uso, los argumentos pedagógicos a favor de una formación para la diversidad y/o vinculados con la democratización del sistema quedan reservados a la justificación de la desregulación del uso del uniforme pero sólo en el sector privado. Esto enfatiza la segregación socioeconómica en el sistema educativo (Narodowski & Andrada, 2001: 24).

Vestimenta y accesorios religiosos. Otra cuestión particular se relaciona con el uso de prendas o símbolos “ostentosamente” religiosos en la escuela.⁴⁷⁹ La bibliografía y análisis vinculado con este punto es sumamente abundante, con particular referencia a los casos del uso del “velo islámico” por parte de las niñas en establecimientos educativos públicos. (Freedman, 2007; Guerrina & Zalewski, 2007; Jones, 2009; Lazreg, 1988; Martínez-Torrón, 2009, Alegre, 2012).⁴⁸⁰ Sin ánimo de dar respuesta a esta cuestión en su fondo, creemos conveniente dejar algunos puntos en claro por los que nuestra interpretación aboga. La *regla* de la laicidad de la educación pública comprende, como dijimos, una *garantía de contenidos* hacia la neutralidad religiosa así como la prohibición de cualquier forma o tipo de coacción en materia religiosa o de cosmovisión. La imparcialidad resulta difícil entre tanta diversidad y se hace imprescindible ser sumamente cautos en sostener afirmaciones o posiciones que en apariencia no son problemáticas pero que pueden no resistir un análisis exhaustivo de igualdad y respeto ante otras expresiones religiosas.

⁴⁷⁹. Nos referimos a éste término tan sólo para seguir un marco de debate como el que se planteó a partir de la decisión del Ministro de Educación francés François Bayrou en 1994 tras dictar una circular donde se interpretaba que los símbolos “ostentosos” (“ostentatoires signes”) religiosos no debían ser permitidos en las escuelas. V. Cirulaire N° 1649, 20/9/94: “Port de signes ostentatoires dans les établissements scolaires” (1994) 35 *Bulletin officiel de l'Éducation nationale*. Disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/documents-laicite/document-3.pdf>, (fecha de consulta julio de 2011).

⁴⁸⁰. Merece destacarse como un punto importante que la mayor parte de estos trabajos hacen especial hincapié en la necesidad de evitar caer en simples dicotomías tales como “dignidad de la mujer e igualdad de género” vs. “sumisión y confinamiento femenino” o “universalismo” vs. “relativismo cultural”, entre otros. Parece ser claro que ubicarse sólo en los extremos del debate constituye un verdadero reduccionismo de una cuestión de gran complejidad, que puede muy bien dejar subyacente y sin análisis no obstante, profundas inequidades materiales o simbólicas y argumentos ontológicos sobre la situación de las “mujeres islámicas” (y su posibilidad concreta de ejercer su derecho de salida de esa cultura). Asimismo, muchos de estos trabajos también ponen de manifiesto el actual contexto internacional europeo signado por un miedo creciente al fundamentalismo islámico y hacia un cambio de políticas hacia la inmigración en general de “respeto a la diferencia” a un enfoque del deber de asimilación nacional al que deben someterse. Por último, una propuesta que atraviesa transversalmente estos trabajos afirman la idea de que los derechos humanos pueden constituir un camino, un medio o discurso válido, así como la base para la creación de la estructura institucional necesaria, que contribuya a mediar y resolver estas cuestiones en sociedades multiculturales.

Conclusión intermedia. En este sentido, debe reconocerse que, educar de modo conjunto a niños de cosmovisiones y confesiones religiosas o morales diversas en un marco de respeto de la *interculturalidad* aludida recientemente (no sólo entendida ésta en términos de contenidos sino de desarrollo de espacios y ambientes educativos flexibles a las múltiples manifestaciones culturales) puede generar tensiones de difícil resolución. Debe asimismo atenderse a los principios de respeto y tolerancia, y específicamente en cuestiones aludidas a la religión, a los derechos vinculados con la libertad de credo y culto del alumno. Esto último debe permitir una manifestación positiva de actos y conductas que se traducen en la libertad de vivir y actuar de conformidad con las propias creencias religiosas, lo que se relaciona igualmente con los símbolos con los cuales se representa un credo o una religión.

Por este motivo, debemos concluir que cualquier prohibición o limitación en el uso de prendas, símbolos o accesorios por parte de los alumnos⁴⁸¹ *en general* en el aula debe quedar sujeta a un *examen de razonabilidad*, en el que quede explicitado y suficientemente determinado el fundamento legal que da lugar a dicha restricción, en tanto se trata de poner una limitación a varios derechos fundamentales involucrados (no solo el derecho a la educación sino también aspectos vinculados como dijimos con el desarrollo de la libre personalidad y autonomía).⁴⁸² Y cuando tal restricción opere sobre estos aspectos que tienen una vinculación directa con la *libertad religiosa* o de conciencia de la persona que porta tales prendas o accesorios, la admisibilidad de ésta debe quedar sujeta a un examen de razonabilidad sujeto a un criterio de *escrutinio estricto*.

⁴⁸¹. El análisis de este tema así considerado también puede extenderse en relación con los docentes. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán ha resuelto exigir “un fundamento legal suficiente” para prohibir a maestros la utilización del velo islámico en la escuela y durante clases, si bien “el cambio social – relacionado con un creciente pluralismo religioso, puede dar motivo al legislador para una nueva regulación de los elementos de carácter religioso permitidos en las escuelas”. En el caso una docente reclamaba su incorporación al sistema escolar del Estado federado de Baden-Württemberg, tras no haber sido admitida argumentando que carecía de la idoneidad requerida para el cargo (maestra de enseñanza primaria y de enseñanza general básica), por su intención expresa de portar velo islámico en la escuela y durante clases. No habiendo formalmente legislado sobre el particular dicho Estado, el tribunal entendió que la negativa constituía una vulneración constitucional al derecho de la reclamante al acceso a cargos públicos y a su libertad religiosa. V. Sentencia BVerfGE 108, 282 [Velo islámico]. Sentencia de la Segunda Sala, del 24 de septiembre de 2004 – 2BvR 1436/02 – http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143602.htm (fecha de consulta: julio de 2011).

⁴⁸². Así por ejemplo como señaló la Corte Constitucional Colombiana, de que una norma obligue a llevar el cabello corto para preservar la integridad física de los alumnos que correrían el riesgo de accidentarse en talleres (T-695/99) o la necesidad de portar un determinado uniforme o guardapolvo en un laboratorio de aprendizaje por medidas de salubridad e higiene o prevención requeridas dado el lugar o los materiales con los que se trabajan, etc.

Este análisis deja así posible la tarea de resolver en un marco democrático las tensiones que pueden surgir entre los derechos e intereses aquí en juego, atendiendo a las *situaciones particulares del caso* y del *medio* en que éstas se presentan.⁴⁸³

5.2 El Estado debe respetar la libertad de enseñanza

El Estado debe respetar la libertad de enseñanza en tanto ella implica, en principio, el reconocimiento a cualquier persona a enseñar y aprender de quien quiera y donde quiera. En el ámbito de la educación formal, este reconocimiento queda limitado por la autorización previa para funcionar en el caso de los establecimientos privados oficiales y la sujeción tanto al contenido curricular que el Estado prevea como a su supervisión periódica. Reconociendo así un sistema mixto, la educación privada favorece la apertura de opciones educativas para las familias no imponiéndose el Estado como única alternativa. En este marco, se inscribe el reconocimiento a los particulares a la creación y dirección de instituciones educativas, autorizándolas para su funcionamiento y otorgando validez nacional a la enseñanza impartida de acuerdo con los diseños y/o documentos curriculares oficiales, junto con una serie de libertades accesorias a ello ya vistas en el numeral 2.4 del primer capítulo (como nombrar y promover a su personal directivo, docentes, administrativo y auxiliar, disponer sobre la utilización del edificio escolar, matricular, calificar, examinar, promover, otorgar pases, certificados y diplomas, aplicar su propio régimen de convivencia institucional, la elaboración y custodia de la documentación, armar su propio diseño institucional, etc.), en todos los casos de acuerdo con las normas constitucionales y reglamentarias (art. 14, 20, 75 inc. 18 de la CN y art. 13 del PIDESC, entre otros, arts. 62, 63 de la ley 26206).

Esta protección hacia los particulares también es una derivación de otros derechos conexos vinculados como la libertad de trabajo, o de ejercicio de toda actividad comercial lícita, asociarse con fines útiles, la libertad de culto, entre otras, de amplia raigambre constitucional. Sin embargo, es de destacar que en el ejercicio de este derecho por parte de los particulares, que se desenvuelve mayormente en su prestación (entre el establecimiento educativo y el educando) bajo una forma contractual de derecho privado, deben primar los intereses educativos por sobre cualquier consideración comercial o interés lucrativo. Es decir, dicho *interés lucrativo queda limitado por la función social y de derecho constitucional* que a través de dicho servicio se presta y satisface vinculado con el

⁴⁸³. V. Sentencia BVerfGE 108, 282 [Velo islámico]. Cfr. Schwabe, (2009).

derecho a la educación, lo que justifica el especial régimen de control y supervisión al que dichos establecimientos quedan sujetos frente al Estado y a la existencia de determinadas reglas y principios que imponen la primacía del derecho a la educación del niño frente a posibles colisiones con otros derechos de libertad de empresa o de la libertad de contratación.

Como ya comentáramos, la primacía de la regla arriba expuesta puede en materia educativa deducirse a partir de la interpretación afirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su jurisprudencia sobre el derecho a la salud. Si reconocemos la profunda vinculación e interdependencia de tales derechos, veremos que ambos merecen ocupar un sitio de privilegio en el ámbito del reconocimiento de los derechos sociales, por cuanto son indispensables para el desarrollo del individuo como ser autónomo. Así, la Corte ha dicho que en la actividad que tiene por objeto prestaciones que involucran el derecho a la salud, los particulares (como el caso de la medicina prepaga) asumen una responsabilidad conjunta con el Estado, fundada en valores de solidaridad e igualdad, y donde debe *primar la función social de dicha prestación antes que comercial*.⁴⁸⁴ Algo similar puede ser predicado respecto de los establecimientos privados.

Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana ha resuelto en el ámbito de la educación específicamente, que el interés lucrativo de los establecimientos docentes privados está limitado por la función social del servicio público que prestan. Aseguró que la función social de la educación obliga al Estado a velar porque se cumplan los fines que la Constitución consagra, y a los establecimientos educativos privados a buscar el bienestar de la comunidad contribuyendo con la satisfacción de las necesidades intelectuales, morales y físicas de los estudiantes. Así también reconoció que el principio de que bajo la libertad de empresa los particulares estén facultados para constituir establecimientos educativos no significa que la actividad educativa de tales instituciones deba calificarse como empresa mercantil, ni mucho menos razonable sería sostener que los centros docentes privados tienen la naturaleza de establecimientos de comercio.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴. V. asimismo lo señalado al respecto en el numeral 5.2 de este capítulo y los fallos “Etcheverry”, CSJN, Fallos 324: 677, 13/3/2001; (La Ley, 2001 – B, 687) y “Hospital Británico”, Fallos: 324: 754 (31/3/01).

⁴⁸⁵. V. Sentencia C-252/95. En este caso, la Corte Constitucional de Colombia dispuso la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley General de Educación en cuanto determinaba que el salario que devengarán los educadores en establecimientos privados no podía ser inferior al “ochenta por ciento del señalado por igual categoría a quienes laboren en el sector oficial”. Argumentó que si bien la Constitución garantiza expresamente la libertad de gestión y de empresa de los titulares de establecimientos educativos privados, esta no está prevista en términos ilimitados. Entre los muchos

El otro componente en que se desmiembra la libertad de enseñanza, queda comprendido por la obligación del Estado de respetar la libertad de los padres o tutores para que sus hijos reciban una enseñanza moral o religiosa conforme a sus propias convicciones así como la posibilidad de los primeros de escoger para sus hijos escuelas distintas a las públicas, siempre que éstas satisfagan las normas de regulación de la educación privada que el Estado prescriba (art. 128 de la ley 26206).⁴⁸⁶

Se trata de una garantía que se encuentra prácticamente incorporada en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁴⁸⁷ Sin embargo, conforme hemos ya analizado, tanto desde un aspecto jurisprudencial como doctrinario, el interés superior del niño, sumado a la necesidad de promover el marco más amplio posible de su autonomía, como persona y futuro ciudadano (arts. 19, 75 inc. 22 de la CN, ley 26206) importa *límites* al ejercicio del derecho de los padres (o tutores). Esos límites comprenden a modo de resumen: a) la obligatoriedad de asistencia del niño a la escolaridad básica (donde se incluyan los contenidos mínimos que fijados por el Estado y se den las bases para el ejercicio del “derecho de salida”; b) la obligatoriedad de asistencia del niño durante dicha escolaridad a instituciones educativas que forman parte del *sistema educativo formal* (público o privado) regulado por el Estado.

5.3 El Estado tiene la obligación de no retroceder en el reconocimiento del derecho a la educación. Remisión

En el marco de los derechos de defensa, queda incluida la *prohibición de regresión o retrocesión arbitraria*. Dicha prohibición, como explicáramos, se asocia fundamentalmente con la noción de irreversibilidad y de progresividad de los derechos humanos. Es decir, los derechos humanos, tanto en su reconocimiento cuanto en su efectividad y protección, deben avanzar en un sentido creciente hacia su plena realización. Esta idea de progresividad reconoce que es obligación del Estado proceder lo más explícita y eficazmente en la realización del derecho. Adoptar una medida regresiva en materia educativa significa empeorar el alcance del derecho a la educación y por consiguiente el

aspectos de la educación que pueden recibir un tratamiento homogéneo por parte de la Ley, cabía mencionar el de la remuneración de los profesores (públicos y privados), cuya fijación en términos de un salario mínimo, quedaba en manos del Estado para evitar que su determinación quede libre a la oferta y demanda en el mercado, y la educación sometida como una mercancía ordinaria.

⁴⁸⁶. Sobre la tensión vinculada con la libertad religiosa y su jurisprudencia véase capítulo I, numeral 7.1.2 y numeral 3.3 del presente capítulo.

⁴⁸⁷. Véase capítulo I, numeral 5.2.4.

goce o ejercicio de posiciones jurídicas ya amparadas en el derecho. Así por ejemplo, la obligación de no regresividad impone a los poderes legislativo o ejecutivo la obligación de no sancionar norma o reglamentación alguna que afecte la gratuidad en la educación en cualquiera de sus niveles. Para el desarrollo completo acerca de la prohibición de regresión, nos remitimos a lo expuesto en el *capítulo III*.⁴⁸⁸

6. El derecho a la educación como derecho fundamental de protección

Los derechos de protección son complementarios al derecho de defensa pues protegen los mismos bienes pero de diferentes peligros o vulneraciones. La obligación de respetar implica que el Estado no adopte medidas discriminatorias, o medidas que impidan el acceso al derecho, o menoscaben el ejercicio de sus posiciones a sus titulares. La obligación de proteger, paralelamente, exige a los Estados adoptar leyes u otras medidas que resulten necesarias para evitar o prevenir que *los particulares* (u otros sujetos diferentes al Estado como por ejemplo autoridades extranjeras) produzcan dichos perjuicios.

En este sentido, la posición de protección reviste en el derecho a la educación un verdadero derecho subjetivo que no se limita, en consecuencia, a meros deberes del tipo objetivo en cabeza del Estado. Implica la obligación de que el Estado organice el sistema educativo de acuerdo con algún tipo de medidas para evitar que un tercero obstaculice, o interfiera de algún modo en el ejercicio del derecho a la educación y sus posiciones garantizadas a sus sujetos activos.

La posición queda representada del siguiente modo:

- sujeto activo: el individuo, varios o un colectivo,
- sujeto pasivo: el Estado nacional, provincial, local. Debe entenderse que es el Estado el que debe crear y supervisar el control de las normas. Pero tal normativa tiene por fin imputar deberes de abstención a particulares, que son los que en último término quedan obligados a respetarla. En adelante, el particular obligado asumirá la forma del sujeto prestador de educación privada, por ser éste el marco en que discurren la mayor parte de los problemas con el derecho a la educación y su función de protección.

⁴⁸⁸. Véase capítulo III, numeral 5.4. Véase asimismo para un ejemplo claro en materia educativa sobre la aplicación del principio de no regresión, el caso resuelto por la Corte Constitucional de Colombia, T 110-10.

- objeto: deber de generar un sistema normativo (junto con otras medidas) que obligue a los particulares a no intervenir ilegítimamente y a respetar el derecho a la educación de las personas (niños) y a restablecerlo frente a su vulneración.

La educación privada se encuentra regulada a partir del tronco normativo dispuesto por la Ley de Educación Nacional y más específicamente a través de la ley 13047 (1947), que regula el Estatuto del personal docente en las escuelas privadas, el decreto 2542/91 y el decreto PEN 2417/93, que regulan aspectos básicos del contrato educativo.⁴⁸⁹ Sin embargo, creemos que es aún muy amplio el marco de discrecionalidad que maneja dicho sector a pesar de los fines constitucionales en juego. A menudo, en ese marco se esconden fuertes intereses privatistas que presionan por mantener las relaciones jurídicas que ocurren en este ámbito dentro del derecho privado procurando quitar todo contenido iusfundamental al contrato educativo. Paralelamente, se generan interrogantes acerca de si las secretarías y direcciones de educación privada provinciales ejercen las funciones de contralor debidas por las normas aplicables.

Algunas de estas fallas comenzaron a solucionarse con la recepción constitucional (el art. 42) y normativa (ley 24240) de los derechos de defensa del consumidor y usuario (así como la subsiguiente aparición de normas tuitivas de orden público a favor de la parte más débil en aspectos tales como aumentos intempestivos de cuotas, cláusulas preestablecidas del contrato educativo⁴⁹⁰).

⁴⁸⁹. La importancia actual del cumplimiento de las garantías en materia del derecho a la educación en el sector educativo privado es indudable si se observan los datos estadísticos. Cuando el país comenzó a subsidiar la educación privada a fines de los años 1940, apenas el 8% de los estudiantes de primaria asistía a escuelas privadas. En 1998, el 21% de los estudiantes de ese nivel educativo estaba inscripto en escuelas privadas y el 63% de ellos asistía a escuelas administradas por la iglesia católica. Finalmente, en el año 2004, la educación de gestión privada representaba un 24% del total de los estudiantes de las ofertas de educación formal del país y un 22,2% de los establecimientos. Véase Pagano, A. y Finnegan, F. (2007): "El derecho a la educación en Argentina", Buenos Aires: Fund. Laboratorio de Políticas Públicas, pág. 20.

⁴⁹⁰. Recientemente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ratificó una multa impuesta a una escuela privada al exigir condiciones adicionales de admisión sin determinación, así como por la indicación de cobro de gastos administrativos por mora carente de especificación. El tribunal entendió que su circular de inscripción establecía cláusulas abusivas debido a que se reservaba el derecho de solicitar condiciones adicionales para proceder a la inscripción, confiriéndole al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y de las prestaciones respectivas, arrogándose también el derecho de determinar unilateralmente cambios en la prestación, sin especificar parámetro alguno dentro del cual la modificación podría tener lugar. Por otro lado, también tuvo en cuenta al imponer la mencionada multa que con relación al número de cuotas, imponía un gasto administrativo extra al segundo vencimiento, sin establecer cuáles serían los gastos administrativos que deberán abonar los alumnos en caso de mora o segundo vencimiento determinando únicamente los valores de la cuota para el primer vencimiento. Cfr. fallo "Asociación Cultural Italiana Crisóforo Colombo c/DNCI-DISP 446/10".

Es necesario ampliar ese esquema de protección frente a un sinnúmero de violaciones en que los particulares pueden incurrir y que requiere por ende, que por sobre la regulación privada, exista la tutela de la intervención estatal para evitarlas (por medio de normas, políticas y el control administrativo o judicial). Desde esta perspectiva, *sostendremos que más allá de la normativa infra constitucional hoy existente en la materia, resulta plenamente vigente y aplicable a dicho ámbito, la totalidad de los contenidos constitucionales del bloque de constitucionalidad federal, el que impone limitaciones al principio de libertad de contratación* en el sentido que enunciaremos seguidamente.

- El ejercicio del “derecho de admisión” de las escuelas privadas no puede ser ejercido en violación al principio de no discriminación ni ninguna norma constitucional o del derecho internacional de los derechos humanos.
- Los establecimientos educativos privados deben garantizar el derecho de permanencia a sus alumnos y la continuidad del contrato educativo. El Estado debe intervenir para garantizar que el establecimiento educativo no interrumpa arbitrariamente la continuidad de dicho contrato.
- Los establecimientos educativos privados deben ajustar sus costos de matrícula y cuotas escolares a la reglamentación que fije el Estado en tal sentido.
- Los establecimientos educativos privados deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones administrativas, técnicas y pedagógicas de funcionamiento, de diseño y ejecución de los programas de enseñanza, contenidos y fines de la educación conforme las normas dispuestas por el Estado para la regulación y control de dicho sistema educativo.

El sistema público admite la participación de la actividad privada pues el derecho de enseñar se reconoce a todos los habitantes. Este derecho incluye el de crear asociaciones educativas, de darles fines y objetivos propios, de elegir docentes cuya idoneidad sea compatible con los fines y objetivos que se propongan conseguir y su proyecto educativo,⁴⁹¹ el de admitir o no a estudiantes (sujeto a un control estricto de su ejercicio a

⁴⁹¹. Naturalmente, el ejercicio de esas atribuciones por parte del establecimiento privado es objeto de limitaciones razonables. Así por ejemplo, en un caso donde dicho establecimiento dispuso de la inhabilitación de una docente sin sumario previo, la Corte señaló que “las leyes que reglamentan el sistema de prescindibilidad no pueden ser invocadas como sustento normativo idóneo para fundar una medida disciplinaria de cesantía, omitiendo el sumario en que se acrediten los cargos respectivos y en el que medie oportunidad de ejercer el derecho de defensa ; lo contrario importaría convalidar decisiones administrativas que proyectan sombras sobre la reputación de los funcionarios o empleados a quienes se les imputan hechos que no han sido demostrados en legal forma, vulnerándose por esa vía, garantías consagradas por la Constitución Nacional”. (CSJN, “Loza, Rina M. c. Gobierno nacional” (1993), LA

las prohibiciones previstas con carácter de reglas – como no discriminación –ya citadas), su libertad de cátedra así como el de elegir los métodos pedagógicos, y complementar los contenidos mínimos que imponga el Estado para otorgar reconocimiento oficial a los títulos que expidan. Por último también tienen los establecimientos el derecho de ser oídos cuando se establecen las políticas públicas en materia educativa, de asociarse a través de instituciones que estén destinadas a proteger sus intereses, entre otras prerrogativas (Gelli, 2005: 149).

La acción educativa asumida por los establecimientos privados queda de este modo sujeta a la fiscalización del Estado. Esta competencia también se traduce, como dijimos, en la atribución del Estado de darle efecto jurídico a los estudios cursados mediante certificados o diplomas y en los supuestos de la educación superior, habilitar al ejercicio de las distintas profesiones. Otra área sensible de los establecimientos privados también lo constituye la publicidad que efectúan, razón por la cual en el ejercicio del mentado poder de policía debe el Estado reglamentar la actividad a fin de evitar que con una eventual publicidad engañosa se perjudique a terceros, “usuarios y consumidores del servicio educativo” (Gelli, ob. cit.: 149), aspecto que también toca la educación como “consumo”.

6.1 El Estado debe asegurar que los establecimientos educativos privados cumplan con las garantías del bloque constitucional vinculadas con el derecho a la educación como derecho fundamental

El Estado debe controlar y garantizar que el contrato de enseñanza privada (o contrato educativo) y las prestaciones educativas involucradas en el servicio se ajusten a una interpretación y aplicación conforme al derecho constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos.

La labor doctrinaria en este punto se encuentra en pleno desarrollo. No existe aún una cantidad suficiente de trabajos que hayan tratado la naturaleza de este tipo de contrato y sus problemas vinculados con una pretensión hacia un reconocimiento excesivo de la libertad de contratación en desmedro de los derechos de los niños a la educación.⁴⁹² En

LEY 1983-C, 435).

⁴⁹². Algunos artículos en el tema lo conforman los trabajos de Hernández, C. A. (2005): "Régimen Jurídico de los servicios educativos privados. Consideraciones desde la perspectiva del derecho contractual", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Vol. 1; Navarro Floria, Juan G., "El derecho de admisión de los colegios privados", en *El Derecho*, 138-88; De Estrada, Juan R., "Colegios Privados y Libertad de Enseñanza", en *El Derecho*, 123-40, Taraborrelli, José N. (2003): "¿El contrato de enseñanza

verdad, como adelantáramos en nuestra introducción, estos trabajos no avanzan más allá del tema de la responsabilidad por daños sujeta, casi con exclusividad, a las disposiciones del Código Civil.⁴⁹³ Algunos de los mayores problemas en este sentido se vinculan en particular con el incumplimiento de las siguientes obligaciones que a continuación desarrollamos.

6.1.1 Derecho de admisión

El ejercicio del “derecho de admisión” de las escuelas privadas no puede ser ejercido en violación al principio de no discriminación y, en los casos que proceda, deberá quedar sujeto a un examen de razonabilidad de escrutinio estricto.

El derecho de admisión propiamente dicho refiere a aquellas situaciones en las cuales se verifica el ingreso de un alumno a un determinado establecimiento escolar por primera vez, ya sea que provenga de otro establecimiento o de ninguno. Sobre la base de lo dispuesto en una antigua resolución del Ministerio de Educación Nacional y su doctrina,⁴⁹⁴ los establecimientos han tradicionalmente argumentado que el ejercicio del derecho que podía ejercerse en referencia con la matriculación de un alumno, era discrecional y su negativa no requería de justificación o examen de razonabilidad alguna. Es claro que la validez jerárquica de las normas constitucionales estudiadas y que resultan aplicables a la relación reglamentaria que vincula al Estado con la institución privada en todos los aspectos de la supervisión y control de dichas entidades, les impone a éstas el respeto estricto al principio de trato no discriminatorio por ninguno de los tipos prohibidos así

educativa privada constituye una estipulación a favor de terceros?”, en JA 2003-I-832. Así se lo ha definido como un “contrato de prestación de servicios educativos privados” o “contrato de enseñanza” que se configura cuando una parte denominada “establecimiento o institución no estatal” se obliga a desarrollar en un contexto de organización empresarial, procesos de enseñanza-aprendizaje, y la otra, individualizada como “educando” u “obligado”, a colaborar en su ejecución, asumiendo o no el pago de una suma de dinero por ellos”. Asimismo, como contrato atípico se encuadraría en la categoría de “contratos de consumo” conforme lo dispuesto por la ley 24.240. Véase Hernández: ob. cit., pág. 300 y ss.

⁴⁹³. Véanse asimismo los siguientes trabajos y obras: Sagarna, F.A. (1996): “Responsabilidad civil de los directores de colegios: la eximente prevista en el art. 1117 del C.C.”, en JA 1996-IV-305; Rodríguez Ocampo, Mariel A. (2009): “Empresas de educación”, en SJA 6/5/2009; Bustamente Alsina, J. (1997): *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Lexis Nexis; Llambías, Jorge J. (Raffo Benegas, P. –actualizador) (2005): *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires: LexisNexis.

⁴⁹⁴. La Resolución 641/81, dictada durante la última dictadura establecía en su artículo 137 que “los institutos [de enseñanza privada] se reservan el derecho de admisión. Este derecho sólo podrá ejercerse al comienzo de cada período lectivo y en referencia con la posible matriculación de alumnos”. Cabe recordar que si bien el artículo 2º estipulaba que su aplicación tendría vigencia “por el término de (3) años”, luego de los cuales se procedería a su “ajuste y aplicación definitiva”, esta norma nunca fue expresamente derogada o reemplazada a nivel nacional.

como del principio de no exclusión arbitrario. Conforme la doctrina, el único derecho de admisión es aquel justificado en condiciones como las características del plan de estudios, el desarrollo adecuado de las clases teóricas y prácticas, el ámbito edilicio, el personal y material disponible, la supervisión y asistencia de los menores y la operatividad de los métodos pedagógicos y didácticos (Martínez Vega, M.L. 2003: 1461). Sin embargo, esta definición aún continúa siendo amplia y puede dejar un margen amplio de discreción.

La interpretación del esquema expuesto determina la regla de la prohibición de la discriminación por cualquiera de los tipos (o motivos) vedados o sin un fundamento objetivo debidamente justificado. Un ejemplo de tal fundamento podría ser la imposibilidad de admitir a un alumno ante el hecho de que el cupo hubiera quedado cubierto para dicho grado en función de la capacidad del aula. Aún así, la variedad y complejidad de los casos, a fin de corroborar el cumplimiento de estos principios, requiere ser atendida en particular, y siempre motivada de modo tal de poder ejercer, eventualmente, el adecuado control de constitucionalidad.

6.1.2 Los establecimientos educativos privados deben garantizar el derecho de permanencia de sus alumnos

Las mismas garantías arriba señaladas alcanzan al “derecho de admisión impropio” para referirnos a los casos en que el alumno ya ha cursado años anteriores en el establecimiento y lo que se cuestiona es la posibilidad de continuar en él. En estas situaciones de rematriculación (o de renovación anual) por ejemplo, el tema es incluso más delicado, y hasta puede cuestionarse severamente la existencia de un derecho de admisión en sí, pues el estudiante *ya fue admitido* en su momento. A su vez, tratándose de un contrato de ejecución continuada, no puede desconocerse la lógica de que los padres que eligen un establecimiento escolar lo hacen con el convencimiento de que (salvo situaciones excepcionales) su hijo transitará allí todas las etapas de los ciclos educativos. Una interpretación contraria desnaturalizaría el propio contrato educativo habilitando a una de las partes a interrumpir arbitrariamente un proceso educativo en marcha. En este sentido, corresponde renovar la rematriculación de aquellos alumnos en tanto no existan circunstancias objetivamente comprobables que así lo impidan. En esta dirección, se orienta la normativa dictada por la Ciudad de Buenos Aires que dispone “las causas que aleguen las instituciones educativas para negar la matriculación o rematriculación, deberán fundarse en condiciones objetivas de admisión, que no deben ser contrarias a los

derechos reconocidos en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (ley 2681, art. 2°).

Esto no significa negar al establecimiento la facultad de extinguir el contrato. En su caso, deberá resolverlo justificadamente, con criterio restrictivo y de conformidad con la interpretación y aplicación de las normas constitucionales y legales dictadas en consecuencia.⁴⁹⁵ Esto último es particularmente importante en los supuestos donde se exige, como dijimos, la protección del derecho a la educación por sobre cualquier interés económico o finalidad comercial del establecimiento educativo privado. Así, por ejemplo, queda prohibida la expulsión de un niño durante el ciclo escolar de ese año, o de retener o negarle la entrega de un certificado, o impedir rendir exámenes, o someterlo a cualquier tipo de estigmatizaciones o de sanciones (es decir económicas o de otra índole) por retrasos o incumplimientos voluntarios o involuntarios en el pago de la matrícula u otra contraprestación monetaria por parte de los padres o tutores del niño.

6.1.3 Los establecimientos educativos privados deben ajustar sus costos de matrícula y cuotas escolares a la reglamentación que fije el Estado en tal sentido

Uno de los problemas más comunes que se presentan con el sector educativo privado ocurre frecuentemente con la fijación o el aumento de cuotas - más allá de que se trate de colegios que cuenten o no con subsidio estatal - sin el cumplimiento de las condiciones previas requeridas (plazo previo de notificación o aviso, autorización previa de la autoridad de aplicación, etc.) y/o por encima de lo legalmente previsto. Para evitar esto, se requiere del Estado no sólo de la sanción de normas de prevención de estas conductas sino de un hacer de la Administración que lleve a cabo las diversas tareas conexas como: a) de información, como por ejemplo que publique y lleve actualizada la nómina de los colegios que reciben subsidio o no, y en qué monto. Dicha información es fundamental pues existen límites a los importes que el establecimiento puede cobrar conforme el porcentaje en que es subsidiado. Este dato asimismo debería ser de fácil acceso para todos los interesados (padres, ONGs que lleven controles, etc.); b) de supervisión, de modo que lleve a cabo

⁴⁹⁵. Sin embargo, existe lamentablemente jurisprudencia anacrónica que reniega de esta interpretación, considerando incluso que la decisión del establecimiento no es objeto de control judicial. Véase: CNCiv., Sala G, "Fidel, Luis Samuel y otro c. Instituto Sara Chamberlain de Eccleston", (1989), *El Derecho*, 156-255; C3°CC Córdoba, "Echegaray Ferrer, Carlos J", (1983), *El Derecho*, 109- 498. A su vez, existe otro problema que se aprecia en general de los fallos de las instancias civiles inferiores que - aún cuando garantizan el derecho a la educación - no acuden en sus fundamentaciones más allá de las propias disposiciones previstas en el Código Civil.

controles y requiera de informes frecuentes a fin de evitar aumentos injustificados, c) de sanción, frente a los incumplimientos que se registren.⁴⁹⁶

6.1.4 Los establecimientos educativos privados deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones administrativas, técnicas y pedagógicas de funcionamiento, de diseño y ejecución de los programas de enseñanza, contenidos y fines de la educación conforme las normas dispuestas por el Estado para la regulación y control de dicho sistema educativo.

El contenido de lo aquí comprendido es extenso si se atiende a que las obligaciones que deben cumplir los establecimientos privados en términos de *calidad educativa, accesibilidad y adaptabilidad* también le son enteramente aplicables, salvo en aquellas de cumplimiento exclusivo para la escuela pública (como el carácter no confesional) que específicamente hemos advertido.

En todos estos casos debe quedar garantizado el acceso a la jurisdicción en la instancia del reclamo administrativo así como de la tutela judicial efectiva frente a violaciones de los particulares que amenacen o desconozcan el derecho a la educación y las posiciones aquí reconocidas.

7. Derecho a la educación como derecho fundamental: ¿derechos colectivos o derechos de incidencia colectiva?

Hasta este momento, nos hemos ocupado de un análisis minucioso del *contenido u objeto* del derecho a la educación desde sus múltiples funciones como derecho fundamental. Sin embargo, en oportunidad de comenzar con el análisis sobre la estructura del derecho a la educación como derecho fundamental,⁴⁹⁷ hicimos una llamada de atención acerca de la necesidad también de indagar sobre una clasificación que aborde distintos tipos de sujetos que pueden aparecer como “titulares” del derecho.

⁴⁹⁶. Una lectura de las resoluciones que ha debido dictar el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires en educación en relación con este tema, señala el fuerte grado de incumplimiento total o defectuoso de las administraciones estatales en la materia, en este caso a cargo del Gobierno de la Ciudad. V. la Resolución 2190/05 donde se denunció que un alto número de colegios privados (cercano al 40%) había dispuesto un aumento retroactivo de sus cuotas arbitrario y sin someterse a las pautas objetivas previstas taxativamente por el decreto 2417/93. V. asimismo, la situación planteada en su Resolución 3102/07 donde se denunciaba un aumento de numerosos colegios privados al margen de la normativa legal preexistente bajo el concepto de “cuotas recupero por mayores costos laborales”.

⁴⁹⁷. Véase en este capítulo numeral 2.

Así podemos comenzar afirmando que el contenido del derecho a la educación como derecho de defensa y como derecho prestacional habilita a explorar su estructura no sólo como un *derecho individual* sino como *derecho de incidencia colectiva*. Nuestra hipótesis sostiene que la totalidad de las clasificaciones (con sus correspondientes contenidos obligacionales) son susceptibles de tener como sujetos activos del derecho no sólo a un individuo sino a una pluralidad de ellos. Sin embargo, previo a este desarrollo es necesario nuevamente traer a colación las distinciones en torno a las nociones de “derechos colectivos”, “bienes colectivos” e “incidencia colectiva”. Un primer debate surge en torno a la posibilidad de concebir la existencia de derechos cuya titularidad repose en una multiplicidad de sujetos o un grupo, sea éste determinado o determinable.

Frente a ello han existido una serie de reparos provenientes en parte, de una concepción anacrónica de Estado liberal⁴⁹⁸ así como por el otro lado, de objeciones morales, jurídicas y de orden procesal.⁴⁹⁹

⁴⁹⁸. El reconocimiento y exigibilidad de los derechos de incidencia colectiva no queda exento de numerosas críticas, algunas de las cuales esperamos puedan ser superadas en los siguientes párrafos de este trabajo. Una buena parte de la creencia acerca de que las posiciones colectivas amenazan por sí mismo o son incompatibles con el derecho individual está fundada en una visión errónea de una sociedad liberal, que como afirma Buchanan, olvida el hecho de que muchas de nuestras más fundamentales preferencias son socialmente moldeadas, que la mayor parte de los seres humanos toman un interés intrínseco en el interés de los otros, que muchos tienen intereses genuinamente comunes en lugar de puros intereses privados y que consideran los bienes de la comunidad como bienes intrínsecos, no meramente con un valor instrumental para la persecución de los bienes privados de un individuo. El liberalismo puede y debe reconocer y tener en cuenta el hecho de que para la mayor parte, sino todos, la participación de las personas en una comunidad de alguna especie - y la búsqueda cooperativa de los fines genuinamente compartidos que ello supone - es de importancia vital, tanto en su concepción de sí mismos y como en su concepción de la buena vida” (Buchanan, ob. cit.: 6). Si bien la colectividad no es reducible a cada individuo, nuestra propuesta es consistente con los derechos individuales, pues para el caso de los desajustes estructurales, hablamos de bienes igualmente divisibles y que afectan asimismo en suma a los derechos individuales de igual modo. El punto clave a considerar reiteramos en nuestro planteo radica en reconocer que la incidencia colectiva de la afectación y su posible solución es algo más que la mera sumatoria agregada de los derechos individuales afectados debido a la dimensión profunda y colectiva de la reparación que se exige para superar la situación de indefensión estructural a la que se encuentra el grupo. No puede no obstante, descartarse la posibilidad de algún tipo de colisión entre, eventualmente, un derecho colectivo y otro derecho individual (Puede pensarse por ejemplo en el reclamo de un barrio por que el municipio construya una escuela primaria en el único terreno baldío disponible en la zona y su propietario se niegue a la expropiación con tales fines). En este sentido, es válido recurrir a los principios de la ponderación tradicionales, para poder comprender si la restricción en el derecho individual tiene el peso suficiente como para impedir la viabilidad de la razón colectiva que reclama la solución del problema. Puede verse un análisis del principio de proporcionalidad en el capítulo III, numeral 5. Esto es también compatible con el marco de las restricciones a los derechos colectivos frente a los derechos individuales elaborada por Will Kymlicka, donde se definen las “*internal restrictions*” (restricciones internas) para evitar que se amenacen los derechos individuales del miembro del grupo a favor del grupo, y las “*external restrictions*” (restricciones externas) que apuntan a proteger al grupo del impacto de las decisiones externas o leyes generales impuestas por el resto de la sociedad. V. Kymlicka, W. (1996): “The good, the Bad, and the Intolerable: Minority Group Rights”, reproducido en Jones, P. (Ed.) (2009): *Group Rights*, Surrey: Ashgate. Pág. 470.

Tradicionalmente se han identificado a los *derechos colectivos* como aquellos que tienen por finalidad el aseguramiento de posiciones que sólo pueden ser disfrutadas de manera común (no individual). Ello se deduce a partir de la idea de que el ámbito de protección en el caso de los derechos colectivos no refiere a un bien divisible sino un *bien público de carácter indivisible*. Ya hemos revisado las características del término y las adecuaciones que en relación con la educación básica cabrían hacer para su inclusión dentro de esta concepción.⁵⁰⁰

Para quienes los derechos colectivos se tratan únicamente de un derecho a un bien público indivisible, sólo pueden ser ejercidos en beneficio de la comunidad, no de forma individual, pues no sería reducible a los derechos individuales. En este sentido se ha sostenido que el interés de ninguno de los miembros individualmente considerado es suficiente para, en sí mismo, justificar el derecho que eventualmente se posee en virtud de su calidad de miembro. En este sentido restringido participa la postura de Raz (1986: 208) quien se apoya exclusivamente en los beneficios colectivos que justifican el derecho. Este autor sostiene que “un derecho colectivo existe cuando se cumplen las siguientes tres condiciones: primero, éste existe porque un aspecto del interés de los seres humanos justifica tener a alguna persona o personas sujetas a un deber. Segundo, los intereses en cuestión son los intereses de individuos miembros del grupo y se entienden como intereses en beneficio público; el derecho colectivo es un derecho a ese bien público porque le sirve a los intereses de los seres humanos como miembros del grupo. Tercero, el interés de ninguno de los miembros individualmente considerado es suficiente en sí mismo para justificar el tener a otra persona sujeta a un deber.”

Ahora bien, restringir el ámbito de legitimación de las personas a la protección de sus derechos individuales o bien a los derechos colectivos, pero limitados a bienes colectivos indivisibles, parece dejar un vacío de contenidos susceptibles de ser garantizados, lo que justifica darle una menor dimensión a los problemas morales y pensar seriamente en la mejor realización del derecho.

⁴⁹⁹. Éstas comprenden desde aquellas posturas que los consideran “superfluos” (dado que suponen que el ejercicio o goce de esos derechos puede ser igualmente de modo individual ejercido), posiciones que los estiman inconciliables con principios filosóficos-morales (entre ellos quienes auguran el peligro de sacrificar el individuo por el bien de otros, en contra del imperativo kantiano), hasta quienes no reconocen su justiciabilidad puesto que aseguran que las prestaciones contenidas en ellos son tan generales que no es posible deducir una pretensión jurídica concreta, que aumentan considerablemente tanto los riesgos de operación asociados con la dependencia de otros para exigir el derecho en beneficio de uno cuanto el costo de procedimientos mayoritarios para exigir el derecho.

⁵⁰⁰. V. capítulo III, numeral 2.

Por esta razón, parece más conveniente inclinarse por la definición acercada por Allen Buchanan (1994: 3). Dicho autor presenta una definición de derechos colectivos sosteniendo que “para que un derecho sea un derecho de grupo, es necesario que pueda ser ejercido [...] en una de las siguientes alternativas. Primero, el derecho sólo puede ser ejercido en forma no individual. En este caso, los individuos, como tales, no tienen la titularidad del derecho. El derecho sólo puede ser ejercido (a) por el grupo a través de algún procedimiento colectivo (v.g. toma de decisiones por mayoría) o (b) por algún agente (o agentes) que lo ejerce por el grupo”. Pero existe una segunda alternativa en donde señala que “algunos derechos grupales tienen lo que puede llamarse una *posición dual*: cualquier individuo que es miembro del grupo puede ejercerlos en su propio nombre o en nombre de otros miembros del grupo, o el derecho debe ser ejercido no individualmente sino mediante un mecanismo colectivo por algún agente o agentes en nombre del grupo. [...] Aún cuando lo pueda ejercer por sí mismo el derecho, los intereses a los que sirve dicho derecho [reconocido a la pluralidad del colectivo] y la justificación última de éste, no son sólo suyos como individuo.”

Una cosa es que los individuos sean titulares de derechos fundamentales, y otra es que exclusivamente puedan ser los únicos titulares de derechos. El reconocimiento del derecho individual, conforme veremos seguidamente, puede no ser suficiente para garantizar eficazmente a toda la población el aseguramiento de las posiciones jurídicas comprendidas en el derecho a la educación. Con esto atenderemos a la principal crítica que niega la posibilidad de una pluralidad de sujetos titulares de un mismo objeto de protección sosteniendo que siempre es posible traducir la demanda en el idioma y contenido de los derechos individuales.

Ahora bien, afirmar que el derecho a la educación también tiene una faceta colectiva, contribuye a darle impacto en pro de un mejor aseguramiento de las posiciones jurídicas comprometidas *para todos*, pero en particular frente a supuestos de desigualdad estructural de ciertos individuos y ante graves situaciones que requieren de una amplia protección especial.⁵⁰¹

⁵⁰¹. Esta afirmación puede encontrarse a tono con la reflexión de Alexy quien sostiene que un derecho puede ser justificado en general o en una determinada situación exclusivamente a través de bienes individuales, exclusivamente a través de bienes colectivos o bien a través tanto de bienes individuales cuanto colectivos (Alexy, 2008b: 181). A pesar de que existen posibilidades de reducciones parciales en algunos casos (en el sentido de concebir el derecho individual como exclusivamente un medio para el bien colectivo o viceversa), no es posible una reducción completa de los derechos individuales a bienes colectivos o de bienes colectivos a derechos individuales. De ello se deriva de que existen

Nuestra posición consiste en sostener una faceta del derecho a la educación, en calidad de bien público, pero donde la nota distintiva va más allá de su calidad divisible o indivisible, sino de su carácter y relevancia social, que permita en consecuencia, justificar un plus en el reconocimiento y exigibilidad del derecho a partir de su *incidencia colectiva*. Esta concepción pone el eje de la educación en la democracia y la promoción de la justicia redistributiva, remarcando la necesidad de abandonar las tendencias privatistas y de ver a los sujetos más como ciudadanos que consumidores (Sandel: 2009), pertenecientes a una misma comunidad. Se verifica de este modo la necesidad de armar para la educación una categoría que de ser necesario, trascienda su mero carácter de derecho individual, amplíe sus contornos de manera que comprenda a la sociedad en su conjunto y enfrente los embates de la retórica economicista (e individualista) de mercado. La educación reconoce así como beneficiarios por igual tanto al individuo como a la sociedad, en tanto el derecho involucrado se encuentra indisolublemente ligado al derecho al desarrollo y constituye una poderosa herramienta en la lucha por la reducción de la pobreza (UNESCO: 2008).

La construcción de un esquema de análisis que permita la evaluación y control de la calidad y eficacia de las medidas en educación desde esta perspectiva es particularmente relevante en el caso latinoamericano signado por un contexto de pobreza, desigualdad y polarización entre su población así como por la necesidad prioritaria de adoptar políticas públicas importantes y urgentes en tales áreas (Nun, 2000: 98). En este sentido, por ejemplo, constituyen categorías discriminadas por la posición social o económica aquellos grupos que tienen una imposibilidad de representación política o de participación simbólica en la sociedad. Ello transforma en una obligación de cumplimiento inmediato del Estado el deber de tomar medidas para contribuir a superar esa situación así como evitar que ella sea causa de exclusión del acceso o ejercicio de las posiciones garantizadas en el derecho en igualdad de condiciones que el resto de la población.

El reconocimiento de la incidencia colectiva para quienes se ubican en estos sectores de la población resulta así necesario para garantizar un status igualitario de éstos *como grupo afectado* y para reivindicar *una posición más equitativa* frente al resto de la sociedad de cara a la cual se encuentran más vulnerables y necesitados de una protección especial (en el sentido dispuesto por la Constitución en el art. 75 inc. 23). La habilitación de la naturaleza colectiva del reclamo traduce a éste en una demanda fundada en *reclamos como*

independientemente tanto derechos individuales cuanto bienes colectivos con fuerza propia (Alexy, ob. cit. 199, 203).

ciudadanos que son particularmente afectados por una desigualdad fáctica presente en dicha comunidad. Aquí el derecho individual no puede reflejar adecuadamente por sí solo la dimensión de la afectación ni el tamaño de la solución que el Estado debe procurar, máxime cuando paralelamente esa visión individual del derecho se ha asentado gran parte sobre una faceta de derecho de defensa o no intervención. Por eso aún la “tutela colectiva” de derechos (individuales) puede incluso ser insuficiente y quitar del foco la afectación *estructural* del grupo identificable como merecedor de un tratamiento especial.

Este punto nos habla pues de que existen buenas razones para dotar al individuo con derechos, de forma que pueda no sólo para sí, sino como abogado de la comunidad imponer y exigir bienes sociales frente a estas situaciones. En este sentido, y conforme el desarrollo jurisprudencial dado por la propia Corte, es posible reconocer que la *legitimación* no sólo se le puede reconocer a aquellas *instituciones* que tienen por fin velar por la defensa de los derechos en general (por caso el defensor del pueblo) o por derechos de grupos en particular (asociaciones sin fines de lucro, ONGs). También puede reconocerse a *individuos* a quienes, dada la situación de afectación homogénea y estructural respecto de un grupo de personas en su comunidad, comprenden en su reclamo la necesidad de que la solución tenga una incidencia colectiva que abarque a dicho grupo. Junto a este individuo están afectados otros y se requiere de una solución de política integral que va más allá de la garantía de posiciones jurídicas individuales.

Se trataría del reconocimiento de posiciones de incidencia colectiva reconocidas a una pluralidad de personas que se ubiquen en una situación definible por el carácter de la afectación y como medio para alcanzar el postulado de igualdad de ejercicio y goce de posiciones jurídicas entre los miembros de tal sociedad.

En resumen, lo antedicho aparece vinculado con la identificación de posiciones en cabeza de una multiplicidad de sujetos, o en un sujeto colectivo unificado, o en ambos supuestos.

En este sentido se juegan las posturas que:

a) proponen una equiparación de los *derechos de incidencia colectiva* a los derechos colectivos o difusos. El “colectivo” entra como dijimos por su carácter “no distribucional” (la imposibilidad legal o real de dividir el bien en partes y asignar porciones a los individuos);

b) o proponen que, además de incluir a los derechos colectivos e indivisibles, engloban a los derechos individuales y divisibles que, sin recaer sobre bienes colectivos, presentan: b1) condiciones de ejercicio homogéneas en relación con una pluralidad de titulares, b2) junto con déficits estructurales serios frente a la exigibilidad del derecho por parte de los propios afectados (Sigal: 2006). Involucramos en esos problemas de exigibilidad, problemas de reconocimiento del grupo para participar en la sociedad o hacer llegar su reclamo o sus necesidades, imposibilidad o dificultad en la mera petición del derecho a las autoridades, en el acceso y exigibilidad judicial por marginación o exclusión social o económica.

Un mayor reconocimiento del derecho a la educación y su exigibilidad judicial aboga por una tesis amplia como la postura b). Esta concepción propone “comprender en los derechos de incidencia colectiva no solamente a aquellos cuyo objeto o situación de desventaja merecedora de protección resulta común a un grupo indeterminado de personas, e indivisible en su materialidad sino también a los derechos divisibles y mensurables, en relación con el objeto materia de su prestación, cuando resultan equivalentes entre sí y la afectación que han sufrido ha sido producida por un acto administrativo único aplicable a un sector o grupo indeterminado de personas [...]. [El colectivo se configuraría] “tanto por el objeto único e indivisible materia de la prestación, o del bien objeto del goce, como por el acto único, administrativo o no generador de perjuicios individualizables y divisibles sufridos por sus respectivos titulares” (Quiroga Lavié, 1998. 131). Es decir que resultaría posible admitir el supuesto de derechos de incidencia colectiva sobre la base de derechos individuales homogéneos. “Su configuración opera cuando existe una causa fáctica común (entendida como un hecho único o continuado) que se proyecta de manera jurídicamente homogénea en la lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales y divisibles. Esta homogeneidad “fáctica” y “jurídica” constituye el elemento conceptual determinante de la caracterización de estos derechos” (Maurino y Sigal, 2009: 3). Veremos algunos ejemplos seguidamente.

Pese a ciertas reticencias teóricas generales⁵⁰², en la Argentina ya ha habido intentos exitosos de fallos que han abierto el camino a este reconocimiento de posiciones. Sin duda,

⁵⁰². De acuerdo con distintas versiones de las objeciones, la mayor parte de ellas se vinculan con la discusión acerca de la legitimidad de la intervención judicial en cuestiones de política pública, afirmando su carácter “antidemocrática o poco democrática” desde que afectaría el principio de división de poderes al involucrarse en competencias propias del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo en todo lo referido al diseño y ejecución de tales políticas y cuestiones de presupuesto. Ernst-Wolfgang Böckenförde, ex juez del Tribunal Constitucional Alemán, ha sido una de las personas que más firmemente ha formulado este

el caso "Halabi" representa un avance importante en la materia.⁵⁰³ La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado con criterio amplio sobre la legitimación del "afectado" en el marco del amparo colectivo. Varios juristas interpretaron de que se trataría de un reconocimiento de las llamadas "acciones de clase" norteamericana incluidas ahora en nuestro derecho.⁵⁰⁴ La Corte formuló una clasificación de tres categorías de derechos que nos autoriza a rediseñar el derecho a la educación como:

reproche. Según Böckenförde, la expansión (en el sentido de su reconocimiento y exigibilidad) de los derechos constitucionales altera el carácter de la Constitución de forma fundamental y dramática. La Constitución deja de ser un mero marco (*Rahmenordnung*) para el proceso democrático de formación de voluntades y se convierte en el fundamento (*Grundordnung*) de la comunidad. Así, una Constitución como fundamento de la comunidad ya contiene todo el ordenamiento jurídico y el cometido del proceso democrático se ve reducido a la mera puesta en práctica de lo que ha sido decidido por la Constitución. El cumplimiento de este cometido es supervisado por el tribunal constitucional, que adquiere de esta forma, todo el poder real. El "paso del estado legislativo parlamentario a un estado constitucional de jurisdicción" sería según él irresistible. De allí finalmente que la única forma de evitar todo ello es regresando a la "concepción de los derechos constitucionales como derechos subjetivos de libertad dirigidos defensivamente contra el estado". Véase E.-W. Böckenförde (1992): *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt: Suhrkamp. Págs. 189 y ss. Citado en español en Alexy, Robert (2007): *Derechos sociales y ponderación*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pág. 48 y ss. También se suele afirmar una serie de objeciones vinculadas con el hecho de que las intervenciones judiciales producen un perjuicio institucional a la política. Así "algunos aluden al efecto desmovilizador que el litigio estratégico puede tener sobre los movimientos sociales. Esta desmovilización puede implicar un fuerte desincentivo para la participación política. Otros consideran además que estas intervenciones de los tribunales sobrecargan al sistema judicial, desvirtuando lo que es su función primordial: la resolución de conflictos en ese modelo tradicional de situaciones bipolares que son las que el Poder Judicial sabe y debe resolver primero". Véase Bergallo Paola (2008) "La función del Poder Judicial en el litigio estratégico" en ADC: *El litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación. Posibilidades y obstáculos*. Su trabajo también comprende posibles respuestas para superarlos (vinculadas con la garantía del control de constitucionalidad y del proceso democrático a cargo del poder judicial, así como la idoneidad técnica suficiente de dicho poder judicial, entre otros puntos). Para un análisis clave de la posición de la Corte Suprema de la Nación en el tema en un caso concreto puede analizarse el fallo "Badaro" (Fallos 329: 3089). Allí reconoció que en relación con la movilidad de los haberes jubilatorios se trata de una previsión de contenido social y un precepto constitucional - art. 14 bis - que se dirige al legislador quien tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad, mediante una reglamentación sin que altere el derecho. Sin embargo, frente al cambio de las circunstancias la solución legal existente, correcta en su comienzo, se tornó irrazonable, y "el cumplimiento de la garantía en juego atañe también a los restantes poderes públicos que deberán, dentro de la órbita de su competencia, hacer prevalecer el espíritu protector que anima al precepto contenido en dicho artículo constitucional, dentro del marco que exigen las formas de justicia". En consecuencia en un principio, instó al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso para que un plazo razonable adopten las medidas pertinentes, hecho que frente a su omisión, dio lugar a un segundo fallo de la Corte donde procedió a declarar la inconstitucionalidad del régimen legal previsto (art. 7º, inc. 2 de la ley 24463) y dispuso por sí misma un mecanismo de ajuste específico de la jubilación del actor.

⁵⁰³. Sin olvidar sus antecedentes que lo cimentaron; en este sentido pueden citarse los casos de "Asociación Benghalensis" (Fallos: 323: 1339), "Hospital de Salta" (sentencia CSJN, del 31/10/06, Diario La Ley del 10/11/2006), entre otros.

⁵⁰⁴. CSJN "Halabi, Ernesto c. P.E.N. s/amparo" (2009), Fallos: 332:111. En el caso, se planteó la inconstitucionalidad de la ley 25873 y su decreto reglamentario 1563/2004, en cuanto autorizaron la intervención de todas las comunicaciones telefónicas y de red, y unido a ello, la registración de los datos filiatorios y domiciliarios de los usuarios, con el propósito de eventuales requerimientos que pudiesen efectuar el Poder Judicial y el Ministerio Público, aunque sin especificación de los casos y circunstancias de tal intromisión. Más allá del fondo del caso, cuyo extremo no interesa abordar en este trabajo, lo

- a. posiciones de derechos subjetivos individuales,
- b. posiciones de derechos colectivos sobre bienes colectivos indivisibles,
- c. posiciones de derecho de incidencia colectiva sobre bienes sociales homogéneos (y divisibles).

Los que a su vez, pueden tratarse de:

- posiciones de derecho de defensa,
- posiciones de derecho de prestación,

En primer lugar, la Corte se refirió a los derechos individuales, a las posiciones incluidas en a), es decir, los protegidos en el primer párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, por medio del amparo clásico. Son los derechos sobre *bienes jurídicos individuales, divisibles y no homogéneos*, ejercidos por sus titulares, situación que no se modifica por la existencia de una pluralidad de personas involucradas como sujetos activos o pasivos. En esta hipótesis, el titular del derecho debe "probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable.⁵⁰⁵ En estos casos debe probarse la lesión al derecho constitucional a la educación invocado para que se configure una causa en los términos del art. 116 de la Constitución. Por ejemplo, si traducimos esto en materia educativa, encontramos aquí casos tales como "Hidalgo de Feltan", "Santa Cruz, Hilario y otro", vinculados con la afectación del derecho a la educación de niños relacionados con la libertad de culto y objeción de conciencia. En ellos, frente a la expulsión del establecimiento educativo con motivo de la negativa de éstos, fundada en razones religiosas, de cumplir con determinadas ceremonias de veneración y respeto hacia símbolos patrios por ejemplo, se buscaba la reparación del perjuicio esencialmente *individual y propio del afectado*, en este caso, a través de su reincorporación al centro educativo.

En segundo lugar, señaló los *derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos*. Los legitimados para accionar, según el texto del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución, son: a) el Defensor del Pueblo, b) las asociaciones que concentran el interés colectivo, y c) el particular afectado. La petición debe tener por objeto un bien colectivo, perteneciente a toda la comunidad; a su vez el objeto debe ser indivisible y universal, es decir, sin que admita exclusión alguna. La legitimación es extraordinaria y no

relevante del fallo en su aspecto procesal ha sido que la Corte confirmó la decisión de la Cámara que atribuyó a la decisión de primera instancia su carácter de *erga omnes*.

⁵⁰⁵. CSJN, Fallos: 332:111, consid. 10 del voto mayoritario.

existe derecho de apropiación individual sobre el bien colectivo. En consecuencia, estos bienes no pertenecen a la esfera individual, sino que corresponden a la esfera social, y por tal carácter, son indivisibles.⁵⁰⁶ La acción procesal debe enfocarse en la incidencia colectiva del derecho; la decisión que se adopte incidirá sobre el objeto colectivo, por lo que no habrá beneficio directo para quien resulta procesalmente legitimado para accionar. Bajo este supuesto, por ejemplo, se encuentra el fallo “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado nacional y otra” (vinculado con la acción de amparo a fin de que se adopten medidas para modificar la situación de gravedad de una comunidad aborigen). Cierto es que la mayor relevancia del derecho de incidencia colectiva aparece como derecho de prestación (aquí entran aquellos reclamos como los vinculados con la construcción de escuelas, dotación de una infraestructura adecuada, por caso el fallo “escuelas containers”⁵⁰⁷). Sin embargo, su faz negativa, es decir, como derecho de defensa-no intervención puede tener gran implicancia, si por ejemplo, se pensara en los reclamos iniciados, por un grupo de padres de alumnos, hacia la administración salteña como consecuencia de la instauración de la enseñanza católica en los establecimientos escolares públicos dentro del horario escolar.⁵⁰⁸ Dichos reclamos se orientan a solicitar del Estado que no se inmiscuya arbitrariamente por exceso regulando sobre algo prohibido atento el carácter laico constitucional y legal de la enseñanza pública.

Finalmente, la Corte hizo mención a los *derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos*. En sus características aparecen: a) la existencia de un hecho único o complejo que causa lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. Aquí no hay *bien colectivo*, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo hay un hecho, único o continuado, que provoca lesión a todos ellos; como señala el tribunal la causa generadora “fáctica o normativa” es una, lo que “lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”.⁵⁰⁹ b) la pretensión debe estar enfocada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar y; c) el interés individual considerado aisladamente no debe justificar la promoción de una demanda o, (y esto cobra especial relevancia para nuestro análisis), señala la Corte que “*la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el*

⁵⁰⁶. CSJN, Fallos: 332:111, consid. 11 del voto mayoritario.

⁵⁰⁷. Véase capítulo I, numeral 7.1.5.

⁵⁰⁸. Véase más adelante sobre este caso, en el capítulo V, numeral 7.2.

⁵⁰⁹. CSJN, Fallos: 332:111, consid. 12 del voto mayoritario.

consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta [...]. Se debe tratar de supuestos que aún cuando dañen a un sujeto pongan en evidencia un gran interés estatal para su protección”.⁵¹⁰ La enumeración de la Corte permite incluir en ese grupo de derechos también al derecho a la educación. Como ejemplo de este supuesto, podemos imaginar un caso de incumplimiento en la asignación de becas de apoyo escolar a niños cuyos padres se encuentren desempleados por parte de una autoridad provincial. Frente al reconocimiento constitucional de este tipo de medidas (conforme vimos el art. 75 inc. 19, 22 y 23 de la CN y otras normas de los DIDH), y respaldadas eventualmente en una norma legal, existe un derecho de incidencia colectiva sobre bienes divisibles (el derecho a percibir cada estudiante su beca en la medida en que cumpla con las condiciones para su asignación). En el supuesto de que el Estado suspenda arbitrariamente dicha asignación, una vez iniciada la demanda y reconocido el derecho frente a un perjudicado en particular, bastaría que la sentencia tuviera un efecto a todo el colectivo de niños que fueron igualmente afectados por esta suspensión, siendo suficiente la sola agregación de su reclamo en la causa principal pero sin necesidad de llevar la carga de iniciar cada uno un proceso administrativo o judicial por separado tendiente a asegurar la misma posición jurídica constitucionalmente reconocida a todo el grupo que es identificable en función de su denominador común en la causa de origen y grado de afectación del derecho.⁵¹¹

En este caso de los intereses individuales homogéneos, la legitimación corresponde (además del individuo afectado) también al Defensor del Pueblo, a las asociaciones que defiendan esos intereses y al afectado. Así ocurrió en “Asociación Civil por la Igualdad y la

⁵¹⁰. CSJN, Fallos: 332:111, consid. 13 del voto mayoritario. La bastardilla es nuestra.

⁵¹¹. CSJN, Fallos: 332:111. Pero en esta regla de la mayoría de la Corte, existe una disidencia parcial de la Ministra Highton de Nolasco, quien dejó a salvo su opinión en contrario, respecto a la legitimación del Defensor del Pueblo, en materia de derechos patrimoniales. En el consid. 28, deja a salvo su opinión “respecto de la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación para la defensa de intereses individuales homogéneos puramente patrimoniales”. En su argumentación sólo constituirían derechos de incidencia colectiva los derechos colectivos indivisibles. Quedaron expresamente excluidos así los “bienes de carácter patrimonial, puramente individual, cuyo ejercicio corresponde exclusivamente a cada uno de los afectados”. Estas consideraciones fueron el sustento para rechazar la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación.

Justicia c. GCBA s/ amparo” (referida a la demanda de esta ONG por mayores vacantes en el nivel inicial en la Ciudad de Buenos Aires).⁵¹²

De este modo, la sentencia de la Corte sirve de manera contundente para convalidar la concepción más amplia que incluye el derecho a la educación como derecho de incidencia colectiva. Además no deja de constituir un logro importante, la decisión de hacer “operables” normas procesales constitucionales, aún en ausencia de reglamentación.

7.1 Derechos de incidencia colectiva y justiciabilidad de los derechos

El caso “Halabi” nos enseña que *la exigibilidad del derecho a la educación puede ser concebida como parte de una estrategia de cambio*. Esta línea de exigibilidad se enmarca en el llamado *litigio de derecho público*. Se trata de planteos tendientes a solucionar problemas y buscar transformaciones - en las instituciones del Estado - de índole estructural.⁵¹³ Este tipo de reclamos busca la modificación de las políticas públicas propiciando un rol activo de parte de los tribunales. Si bien pueden tener un sujeto en particular, son los litigios complejos colectivos donde se observa en toda su dimensión su fuerza como estrategia política para lograr un cambio en el rumbo de una determinada política que restrinja fuertemente los derechos. El problema aquí suele responder a un trabajo en conjunto en el “armado del caso”, en tanto no se trata de un planteo abstracto sino que afecta en forma más o menos determinada a un colectivo de personas. Se observa un mayor trabajo de recolección e interpretación de los hechos a través de datos de la propia burocracia estatal, de investigaciones o informes que producen organismos internacionales o de los que producen las propias ONGs, que son quienes por lo general presentan estos casos a la justicia (Bergallo, 2009).

Otra nota característica que debe estar presente para la factibilidad de este tipo de planteos es el diálogo que, impulsado por el tribunal debe existir entre las partes para arbitrar entre los intereses en conflicto y permitir la flexibilidad en la negociación que, sin

⁵¹². Véase capítulo I, numeral 7.1.5.

⁵¹³. Resulta llamativo destacar que este tipo de acciones tuvo como origen justamente un tema educativo, la experiencia de los conflictos por discriminación en las escuelas en las décadas del 50’ y 60’ que promovieron una reforma estructural en los Estados Unidos. Las órdenes estructurales a que este tipo de planteos judiciales daba lugar constaban de dos partes: una prohibición amplia (“no discriminar por raza”, “no mantener un sistema educativo dual/segregado”) y un requerimiento a las autoridades educativas para que presentaran un plan para la transformación del sistema educativo dual hacia un sistema racialmente unificado. V. Fiss, O. (1978): *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press, Bloomington & London, pág. 14, citado en Bergallo, Paola (2006): “Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de derecho público,” *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires.

desconocer las obligaciones del Estado o sus agentes en el tema, habilite el margen necesario para el diseño y ejecución de la práctica institucional o de la política pública. En dicho diálogo también podrán participar terceros a través por ejemplo de presentaciones *amicus curiae*, que contribuyan a fundamentar el reclamo y puedan aportar propuestas de soluciones.

De este modo, como se afirma, en la solución de estos casos, no se esperaría sólo una tradicional compensación del daño o la realización de una efectiva prestación con efectos acotados a las partes. La expectativa no se traduce fácilmente en el lenguaje de ganador-perdedor, pues el proceso es un medio para la formulación de un cambio de política que requiere para su factibilidad de la cooperación de la otra parte, es decir la administración (Clérico: 2007) y a su vez tiene múltiples partes intervinientes (en el supuesto educativo además de los niños y el Estado, los padres, los docentes, etc.). Es decir se persigue la transformación *hacia futuro* de prácticas institucionales a través del diseño de soluciones cuyas consecuencias excederían el impacto de las partes presentes ante el juez, sino que intenta incidir en las políticas públicas de todo el sector involucrado.⁵¹⁴ Por todo ello, incluso más allá del legítimo interés del particular afectado, en el litigio estratégico la sentencia no es la culminación del proceso. Es más bien el inicio, permitiendo a la sociedad estar atenta respecto del cumplimiento y ejecución de la sentencia. El Poder Judicial garantiza de este modo cierta vía de participación política y el llamado de atención sobre el incumplimiento generalizado de una obligación relevante en la materia.⁵¹⁵

Sin embargo, para asegurar la eficacia de sus sentencias y no sólo un valor simbólico debe buscarse por distintos canales de información, participación y control el compromiso de todos los otros actores involucrados (las propias ONGs, las instituciones estatales, y la ciudadanía en general), a fin de que dicha sentencia efectivamente importe la adopción o

⁵¹⁴. Con este sentido señala Chillier que la posibilidad de recurrir al litigio estratégico contribuiría a: a) permitir distintas cuestiones, develar y exponer patrones de conductas ilegales y estructurales desde las que sistemáticamente se violan derechos, b) promover derechos no garantizados, ya sea por deficiencia en el Estado (porque no están activadas las instituciones del Estado que tienen que garantizarlo) o porque la protección sólo se activa a través de un litigio, c) controvertir políticas públicas que contradicen estándares internacionales, ya sea por el diseño, por el contenido o por su implementación y d) como dijimos, someter a la agenda del Poder Judicial temas ausentes de la agenda pública y también del Poder Judicial. Véase Chillier, G. (2008): “El litigio estratégico como herramienta de incidencia en políticas públicas: la reflexión sobre algunas experiencias” en ADC: *El litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación. Posibilidades y obstáculos*, pág. 25.

⁵¹⁵. También se hace notar que a menudo los propios tribunales “parecen autopercebirse como cauces de esas estrategias de cambio, por lo menos, cuando los reclamos se refieren a violaciones a derechos humanos que afectan su contenido mínimo. En términos similares se dirige la Corte a los tribunales inferiores exhortándoles a ‘adoptar las medidas conducentes que tiendan a garantizar la eficacia de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados’”. Cfr. Clérico: 2007.

cambio de las medidas pertinentes para la protección y garantía de los derechos en juego. La ejecución de la sentencia supone un proceso de largo plazo que continúa interrelacionando a todos los actores hasta la satisfacción efectiva de los derechos reconocidos en la sentencia.⁵¹⁶ Paralelamente, esto fomenta mecanismos de “accountability” o de rendición de cuentas al público, al menos potencialmente (Bergallo, ob. cit.).

Lo ocurrido en relación con el caso de la falta de vacantes en los jardines maternales en la Ciudad de Buenos Aires es quizás una aproximación bastante cercana al funcionamiento de este modelo remedial.⁵¹⁷ El fallo fue tan solo el interruptor que encendió la luz para que pudiera verse el problema educativo en la Ciudad en su verdadera dimensión en números y lo que esos números significaban. Pero la repercusión fue aún mayor. El tema dejó al descubierto paralelamente otras deficiencias accesorias vinculadas con las desigualdades palmarias en la distribución de la oferta pública educativa en la ciudad, en desmedro de los sectores más desaventajados socioeconómicamente, y los problemas de falta de transparencia en la distribución de los subsidios a los establecimientos educativos privados. La noticia fue levantada por los principales medios de difusión periodísticos locales y nacionales y motivó al desarrollo de jornadas de debate (entre los especialistas, la ciudadanía y las autoridades) así como llamó al compromiso renuente de la administración porteña para comenzar a resolver el problema. El reclamo fue plural y contó con la participación de una variedad de representaciones de fin público e instituciones e involucró una intervención judicial positiva en una cuestión de la administración pública a la que condicionó a plazos y a la adopción de medidas que serían supervisadas para el aseguramiento de las posiciones de derecho garantizadas constitucionalmente. Pero el caso también plasmó las dificultades aún persistentes que pueden trabar el progreso de dichas acciones. Estos están vinculados con fallas en la argumentación sobre la legitimación colectiva y el armado del caso por parte de los actores, la falta de información y escasa colaboración de la administración pública, entre otras.⁵¹⁸

⁵¹⁶. V. para un mayor desarrollo Abramovich, V. (2009): “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política” en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Homenaje argentino a H. Fix-Zamudio*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni-UNAM, v. II, pág. 449, citado en Berizonce R.O.: “Activismo Judicial y Participación en la construcción de las políticas públicas”, pág. 67. Disponible en línea: www.civilprocedurereview.com, (fecha de consulta: junio 2011).

⁵¹⁷. Para el análisis del fallo, nos remitimos al capítulo I, numeral 7.1.5.

⁵¹⁸. Así se señala que estas acciones no son ajenas a ciertas dificultades tanto del orden procesal (vinculadas con la conformación del litigio, la demanda, la prueba, el objeto de la pretensión claro y

Naturalmente, aún hay mucho camino por recorrer, pero el reconocimiento de este tipo de experiencias es un paso importante. Es necesario ir superando algunos problemas de este tipo de litigio en la Argentina, tanto del orden de la legitimación judicial en el tratamiento del tema cuanto de aquellos vinculados con la ausencia de una reglamentación legal y procesal al respecto. En relación con los primeros, ya hemos citado ciertos inconvenientes derivados de las defensas formales de los otros poderes sobre reserva de la administración o de la legislatura. En relación con los segundos, aún es necesario una mayor concientización de los actores comprometidos en llevar este tipo de acciones en la preparación y elaboración de los casos, testear la forma de producir la prueba, de especificar lo que se demanda, de la petición con vistas a qué se desea solucionar (y no la mera denuncia de la violación de la norma), de buscar el modo de promover y ayudar a la justicia en el diseño del remedio judicial adecuado (el plan sugerido, los caminos de acción, que allanen el camino al cumplimiento cabal de la sentencia por parte del Estado). Para aprender y rectificar errores, puede sumarse todo el desarrollo existente en la doctrina y jurisprudencia comparada, como el desarrollo del litigio público en materia de igualdad de oportunidades asociada con el financiamiento educativo en el caso norteamericano. En dicho país, el poder judicial (básicamente en el nivel local, de los estados federados) viene interviniendo de diversas formas desde hace más de treinta años, incluyendo decisiones que ordenan desde la realización de estudios de costos,⁵¹⁹ la concertación a diálogos con los otros poderes a través de acuerdos homologados, la imposición de fechas de vencimientos a las legislaturas para revisar la situación que vulnera el derecho (y adoptar ellas las medidas) hasta el dictado de una reforma integral y específica del sistema de financiamiento educativo a cargo y supervisada por el propio tribunal.⁵²⁰

preciso) así como en todo a lo vinculado con los efectos de la sentencia y la implementación de las medidas que los jueces ordenan. Véase Sigal, M (2009): “Halabi”: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva, SJA 22/4/09.

⁵¹⁹. Aquí los tribunales ordenan este diagnóstico en un intento de vincular el financiamiento educativo con el monto real que se necesita para brindar a cada uno de los niños una educación desde el punto de vista constitucional y así luego determinar el costo real para proporcionar ese paquete de medidas que resulten necesarias.

⁵²⁰. Sobre este punto véase William S. Koski and Jeannie Oakes (2009): “Equal Educational Opportunity, School Reform, and the Courts: A Study of the Desegregation Litigation in San José”, en *From the Courtroom to the Classroom: The Shifting Landscape of School Desegregation*, Claire E. Smrekar and Ellen B. Goldring, (eds.), Cambridge, MA: Harvard Education Press; Helen F. Ladd y Edward B. Fiske Routledge (2008): *Manual de Investigación sobre financiación y políticas educativas*, Nueva York y Londres: Taylor & Francis Group, entre otros trabajos sobre el tema. En el primer trabajo, puede verse en detalle un caso paradigmático donde la justicia tomó verdaderamente acción y supervisó la reforma educativa en el distrito unificado de San José a fin de evitar el segregamiento racial en sus escuelas pese a la reticencia inicial de la legislatura y el propio consejo escolar local. El trabajo cuenta en detalle el diagnóstico y las decisiones judiciales tomadas— donde primero existía una desigual distribución de los

8. Conclusiones intermedias: el marco no negociable de la educación como derecho fundamental

La importancia de la educación como derecho fundamental queda revelada por el alcance multifacético de los contenidos que es posible trazar a partir de las distintas funciones del derecho a la educación desde un enfoque basado en derechos humanos. Cada una de estas funciones, permite ampliar el desarrollo de contenidos que, como vimos, se pueden explicar en términos de obligaciones concretas a cargo de los Estados.

Este análisis revela asimismo la insuficiencia de las posturas que restringen a la educación al mero derecho de defensa o no intervención, demostrando que es justamente en su función de prestación donde éste despliega su mayor contenido y donde se requiere el mayor compromiso en su cumplimiento y realización por parte del Estado.

El catálogo de obligaciones del Estado para con la educación básica se presta particularmente a su análisis a través del modelo de reglas y principios sostenido en la teoría de los derechos humanos propuesta. Este modelo aplicado a la interpretación de los contenidos traducibles a posiciones jurídicas concretas permite dimensionar con mayor exactitud el alcance de tales obligaciones estatales y ofrecer mejores argumentos en la discusión racional en torno a la exigibilidad del derecho - los fundamentos y alcance de los reclamos al Estado dirigidos- así como en la evaluación de sus restricciones - en la resolución de los conflictos que se susciten con otros derechos del sistema jurídico.

Por un lado, los contenidos reconstruidos en este capítulo asumen el carácter de *contenidos no restringibles y definitivos* conforme vimos en el *capítulo III* y como tales se constituyen en *reglas* que fijan un piso obligacional hacia el Estado nacional, en términos de exigibilidad inmediata e impostergable.

Por el otro lado, el esquema propuesto, también incluye por sobre ese piso, un conjunto de *principios* que derivan de las siguientes circunstancias:

recursos y luego, superado ello, había que solucionar mediante políticas de integración un desigual rendimiento académico en función con exclusividad de la ubicación del colegio, es decir, según la población étnica mayoritaria de la zona donde se encontraba la escuela. También esa investigación da cuenta, de la enorme importancia del trabajo de relevamiento de datos empíricos y recolección de información para el éxito de este tipo de acciones, de las tareas de monitorio por parte de los actores involucrados (ONGs, ciudadanía, entre otros) al igual que de la adopción de la estrategia legal y recursiva correcta que permita a los tribunales dictar decisiones sin correr riesgos de que se declaren incompetentes o que sus decisiones no resulten total o parcialmente acatadas por las autoridades a quienes están destinadas. Existen organizaciones sin fines de lucro que actualmente están comenzando a trabajar sobre esta línea en Argentina. Véase por ejemplo: ADC (2009): *Jornada de debate litigio y reforma educativa*, Buenos Aires. Disponible en internet: www.adc.org.ar, (fecha de consulta: abril de 2011).

- de la necesidad de dejar un espacio para la resolución de casos de alta complejidad jurídica por la tensión de los derechos en juego, a través del *examen de proporcionalidad*. Ello implica afirmar la existencia de un supuesto amplio del derecho a la educación que, integrado por un nivel de principios, admite ciertas restricciones para la búsqueda del mejor equilibrio frente a supuestos de conflictos particulares de difícil resolución entre el derecho a la educación y otros derechos de raigambre constitucional. De la solución de estos conflictos pueden derivarse no obstante la aparición de reglas resultados definitivas.
- de todo aquello que deriva de la aplicación del *principio de progresividad*,⁵²¹ conforme el desarrollo expuesto en el *capítulo III*.

Así, podremos sostener que la interpretación de la educación como derecho fundamental (de defensa y de prestación) *gana positivamente en una mayor cantidad de contenidos y en la extensión de los sujetos beneficiados*. El derecho a la educación como derecho fundamental no es ya un reconocimiento al acceso, no se trata de una libertad de enseñanza simplemente, ni de prestaciones que sólo implican para el Estado el deber objetivo de prestación de un servicio público. Como vimos hasta este capítulo, *es mucho más y todo ello es exigible*. La determinación precisa de las obligaciones y de los sujetos involucrados en la posición jurídica– tanto activos cuanto pasivos – a través del esquema propuesto facilita el diseño del qué, a quién/es reclamar, y el cómo formularlo.

⁵²¹. A lo que se agregaría la plena aplicación del principio *pro niño*, como una derivación del principio *pro hómine*, que determina que deberá atenderse en la interpretación y aplicación de la norma a aquella norma o interpretación que haga prevalecer con su mayor alcance el interés superior del niño.

CAPÍTULO V. El impacto de la educación básica como derecho fundamental para la determinación de las obligaciones del Estado nacional y los Estados provinciales. Los desafíos al “federalismo educativo”

1. Introducción

El art. 1° de la Constitución Nacional señala que nuestro país adopta un régimen de Estado federal. Puesto que hemos partido del supuesto que la materia educativa en la Argentina se ve alcanzada, regulada y condicionada por dicha estructura federal, nos resulta indispensable detenernos a señalar algunos principios básicos de este régimen, de modo que nos permita comprender los rasgos elementales que lo definen y sustentan. Desde esta propuesta, se analizarán las características principales del federalismo en la Argentina, el impacto del derecho internacional de los derechos humanos, así como el modo en que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha contribuido a delinear el esquema de interpretación del reparto de competencias entre provincias y Nación. *Este material constituirá la base de experimentación necesaria para la estructuración de nuestra tesis que propone aquí convertir el lenguaje de las competencias de los estados (en todos sus niveles federales) en términos de, a la luz del carácter de derecho fundamental de la educación, obligaciones iusfundamentales operativas y exigibles de cara a los titulares de las posiciones jurídicas comprometidas en el derecho.*

A tales fines recurriremos a la construcción de un modelo que apele nuevamente a la teoría de las reglas y principios ya esquematizada en los capítulos anteriores, en esta oportunidad para la precisión y determinación de los sujetos destinatarios (y en qué medida y con qué alcance) de las obligaciones que surgen del derecho a la educación en un sistema federal como en el caso de Argentina.

No se procura en este capítulo la realización de un estudio exhaustivo de la compleja estructura del federalismo *per se*. Por el contrario, la investigación sólo se detiene en los elementos, tensiones y relaciones que se generan en esta forma de Estado, en tanto estas cuestiones resulten de interés para el estudio de la dinámica que en materia de educación existe.

El tema así comprendido supone tres dimensiones de análisis que han constituido el marco de referencia sobre el que hemos trabajado:

- la concepción política y jurídica del federalismo (Hamilton, Jay y Madison, 1788; Bobbio, 1983; entre varios otros),
- la historia del federalismo argentino: se asienta sobre los trabajos y líneas de investigación desarrolladas ampliamente, tanto en el marco nacional cuanto internacional, entre los que se han tomado las obras de autores tales como Botana (1985, 1997), Halperin Donghi (1982), Romero (1994), Bidart Campos (1976, 1985), Oszlack (1997), Zorraquín Becú (1958), entre otros,
- los procesos de descentralización en general y en la educación como “servicio público” en particular en el marco del federalismo argentino.⁵²² Respecto de este último aspecto también se cuenta con una copiosa bibliografía detallada, tanto de producción nacional cuanto internacional dentro del que cabe citar los informes de la CEPAL (1998), y trabajos de autores como Bravo (1994), Paviglianiti (1995), Puiggrós (1993), Falleti (2001), entre otros.

La reconstrucción exhaustiva de todas estas dimensiones excedería el marco de la presente investigación. Sin perjuicio de ello, algunas hipótesis de estas obras atraviesan tangencialmente nuestro análisis y contribuyen a delinear sus principales conclusiones, conforme iremos citando y exponiendo más adelante.

2. Los argumentos del federalismo

Aunque pretendiéramos circunscribir el análisis del término, no hay dudas acerca de que existen tantos federalismos como autores tratan el asunto y países autodenominados federales.⁵²³ Para los efectos de esta tesis, alcanza con la idea de que el federalismo es una

⁵²². Un detalle de una completa lista bibliográfica sobre descentralización en este sentido, puede consultarse en el trabajo de Falleti, T. G. (2004). “Descentralización educativa en Argentina. Condicionantes institucionales y consecuencias políticas”. En A. Clemente & C. Smulovitz (Eds.), *Descentralización, políticas sociales y participación democrática en Argentina* (p. 93–122). Buenos Aires: Instituto Internacional de Medio Ambiente y Desarrollo - Woodrow Wilson International Center for Scholars.

⁵²³. Así comenta Levi (en Bobbio: 1983, 475) que el federalismo se entiende de dos maneras. La primera como una *técnica de organización constitucional* y la segunda como una *ideología comparable a otros ismos*, como el socialismo y el liberalismo. En el segundo sentido, el federalismo en esencia significa libertad y al mismo tiempo orden y gobierno. En ambos conceptos subyace la idea de asociación voluntaria de varias entidades (estados, provincias, cantones) para formar un gobierno nacional u organizar un Estado que se encargue de las funciones comunes: emisión de moneda, defensa nacional, representar al Estado ante el exterior, arbitrar conflictos entre dos o más estados y otras más de carácter general, pero sin que las instancias asociadas pierdan autonomía ni el gobierno local se considere subordinado al nacional. V. asimismo Ornelas, C. (2003): “Las bases del federalismo y la descentralización en educación”, *REDIE*, 5(1). Finalmente comenta sucintamente González Bertomeu que la noción de federalismo dista de ser unívoca. Señala que “a veces se lo emplea como un concepto de tipo

de las tantas maneras en que se puede organizar territorialmente el poder dentro de un Estado. Supone una relación entre el poder y el territorio, en cuanto el poder se descentraliza políticamente con base física, geográfica o territorial. El federalismo aparece como la forma opuesta a la unitaria, que centraliza territorialmente al poder del Estado. Así, en principio, se sostiene que un estado es federal cuando en un mismo territorio coexisten como mínimo dos tipos de estructuras de gobierno, una central y una local. El federalismo significa de esta forma una combinación de dos fuerzas: la centrípeta y la centrífuga, en cuanto compensa en la unidad de un solo estado la pluralidad y la autonomía de varios. El estado federal se compone de muchos estados miembros (que en nuestro caso se llaman “provincias”), organizando una dualidad de poderes: el del estado federal, y tantos locales cuantas unidades políticas lo forman (Bidart Campos, 1997: 173).

El federalismo puede ser comprendido por algunas de las siguientes razones que hablan a su favor.

- *Argumento por la libertad.* Este argumento responde a un criterio histórico y tradicional. A partir de una mirada que piense al federalismo desde su estructura, siguiendo los escritos de “El Federalista”, desde que en todo gobierno existe un peligro potencial para la libertad individual a causa del poder, la multiplicación de instancias gubernamentales que supone el federalismo, sumado a la división de poderes con los debidos contrapesos, favorecería esta libertad así como una mayor transparencia.

- *Argumento por el doble nivel de protección de los derechos.* En sintonía con el primero, el federalismo ofrece la posibilidad teórica de un doble nivel de protección y control de los derechos a través de los mecanismos legislativos, administrativos y judiciales de las provincias y el gobierno federal.

- *Argumento por la diversidad.* Desde que el federalismo conjuga elementos de gobierno común y de gobierno regional, a la par que procura mantener cierta unidad, promueve la diversidad aceptando, preservando y fomentando las diferentes identidades

normativo, para defender en general el diseño de arreglos de poder menos centralizados, y se reserva el término “federación” para la descripción del tipo de estructura que solemos denominar “federal”. Sin embargo, en ocasiones tanto “federalismo” como “federación” son empleados de un modo descriptivo, entendiéndose al primer término como el género de los sistemas de organización política descentralizados, y al segundo como una de sus especies (junto a otras: “confederación”, “Estados asociados”, etc.). Finalmente, una última alternativa es volver a concebir el “federalismo” como un ideal normativo, y reservar los conceptos “sistemas políticos federales” y “federación” para emplearlos respectivamente como género y la especie descriptivos. Véase para mayor análisis: González Bertomeu, Juan F. (2008): “Notas sobre el federalismo”, en Gargarella, Roberto (Coord.): *Teoría y crítica del derecho constitucional*, ob. cit.

dentro de una unión política más amplia (King, 1982). En efecto, el federalismo aparece como el modelo político en principio más permeable a las necesidades que plantean la diversidad y complejidad de las diversas realidades regionales o locales, posibilitando que dicha diversidad se traduzca en diversificación y experimentación de políticas locales. Esto se entrecruza de todos modos en el contexto latinoamericano con una historia del federalismo que se ha caracterizado principalmente por el desarrollo de modelos simétricos, que han estado relacionados básicamente con entidades “mononacionales” y sus procesos de construcción de la nación (Requejo y Ferran, 2001: 43). A fin de contrarrestar este efecto, la posibilidad de formar entidades políticas más pequeñas y con cierto grado de autonomía se aviene con la propuesta de tener gobiernos más sensibles a los ciudadanos y sus intereses locales, y de dar expresión y mayor respeto a los vínculos básicos de un grupo (sean estos lazos lingüísticos, culturales, religiosos, geográficos o tradiciones históricas y prácticas sociales) (Requejo y Ferran, ob. cit.).

- *Argumento por la flexibilidad.* La fuerza del federalismo radica en gran medida en su flexibilidad o adaptabilidad. Ello permite que una misma política o medida adoptada desde el nivel central, pueda ser rediseñada, reglamentada y aplicada (así como sus funciones de control y las formas de resolución de conflictos) de diverso modo y en una multiplicidad de circunstancias que atiendan a los particularismos locales, sin que el objetivo principal de aquella política se vea menoscabado. Esto habilita una mayor capacidad de respuesta a las preferencias locales, procurando mayor sensibilidad a los problemas regionales. Dicha flexibilidad, aunque presente problemas de ambigüedad por las diversas maneras en que es adoptada en cada nivel, queda compensada por las ventajas operacionales que ofrece también desde el aspecto de su descentralización, como veremos seguidamente.

- *Argumento por la democracia.* La existencia de niveles de gobierno con poder de decisión, con un número menor de ciudadanos, multiplica las oportunidades de los ciudadanos de expresarse democráticamente por medio del voto (y otros medios de participación), aumentando el peso de cada uno de sus votos. Atendiendo al federalismo más como proceso, Fleiner señala que los objetivos principales del método democrático no son sólo obtener una mayoría eficaz, sino también alcanzar el más amplio consenso posible. Si, como consecuencia de la interdependencia social, los individuos no pueden aspirar a lograr su bienestar a través de la libertad individual, sino sólo como parte integrante de un grupo, tendrán la autonomía más amplia si pueden decidir democráticamente en el seno del grupo más pequeño posible. A partir de esta reflexión, la

democracia estará mejor garantizada cuando los procesos decisorios se descentralizan al máximo hacia el nivel local. La libre determinación óptima se consigue si puede lograrse el consenso, habilitando espacios de participación, y aquél se obtiene con mayor facilidad en grupos más bien pequeños (Fleiner, 2001: 31).

- *Argumento por las minorías.* Paralelamente, el federalismo como regla de distribución de competencias puede favorecer la protección de los derechos de las minorías, ofreciendo mejores condiciones para minimizar la posibilidad de dominación de un grupo sobre otros. En este sentido, al tiempo que coloca un freno más o menos directo a las pasiones mayoritarias, permitiendo filtrar o impedir la influencia a nivel local de ciertas decisiones adoptadas desde el centro, refuerza la autonomía, seguridad y el reconocimiento de grupos minoritarios, que de convertirse en subunidades locales en el proceso de toma de decisiones nacionales, podrían contar con un potencial poder de veto a las decisiones mayoritarias adoptadas a nivel federal. (González Bertomeu, 2008: 446).

Estos argumentos hablarían también a favor del federalismo en materia educativa. Sin embargo, en la práctica, el federalismo en la Argentina no siempre fue garantía del goce efectivo del derecho a la educación.⁵²⁴

2.1 La plausibilidad del modelo sobre la base de casos concretos y los condicionantes en el marco de las prácticas del federalismo argentino

Ahora bien, cuando vemos el contexto del federalismo argentino en su funcionamiento cotidiano, se hace necesario reconocer algunos condicionantes que limitan en la práctica el marco de las ventajas y *argumentos* del federalismo. Esto podría requerir aún ciertas adaptaciones concretas que deben ser repensadas con mayor profundidad a la luz de algunas realidades claves en materia educativa.

El problema de la descentralización Como vimos en el capítulo II, el modo en que se llevó a cabo el proceso de descentralización en el sistema educativo (además de la falta de provisión a las jurisdicciones con los recursos económicos y humanos), lejos de favorecer al fortalecimiento del sistema federal, es señalado en varias investigaciones como el responsable del fuerte nivel de descoordinación por parte de algunas provincias, municipios, docentes y padres acostumbrados a esquemas de trabajo piramidales y

⁵²⁴. En relación con el proceso de descentralización educativo ocurrido en el país nos remitimos al capítulo II, numeral 3.1.

centralizados, que se encontraban profundamente internalizados (con independencia de si estos funcionaran bien o regular). La consecuencia fue que en muchos casos dichos actores no supieron establecer un nuevo orden de organización y trabajo y hasta volvieron a replicar a su interior el mismo esquema anterior centralizado de gestión, aunque ese centro, en los hechos, había quedado desplazado desde el ministerio nacional a las provincias (Perazza: 2008).

En este sentido, “la praxis de las autarquías provinciales, lejos de su modernización, quedó limitada por el desarrollo experto disponible, y no consiguió estructurar una burocracia educativa eficiente. [...] Mas bien también aquí se verifica una suerte de sometimiento al modelo burocrático previo, caracterizado por lo clientelar y por el reclutamiento partidario más que técnico, sin que puedan plasmarse en la práctica cuestiones de distribución de poder, [...] de participación de la comunidad” (Garcés y Mateos: 2011). Las burocracias educativas locales (salvo casos particulares como la provincia de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe y la Ciudad de Buenos Aires) sufren a consecuencia de ello un alto nivel de transitoriedad y rotación, lo que dificulta la continuidad y seguimiento tanto de las medidas políticas locales cuanto de aquellas que provienen de las autoridades nacionales.

A esta conclusión cabría agregar, como señala Acuña (2008: 146), que no necesariamente en el caso argentino las implicancias de una menor “distancia” política entre representantes y representados actuó positivamente acentuando la capacidad de los representados de controlar al representante. A su vez, la falta de incumplimiento provincial en materia educativa no se tradujo en exigibilidad judicial. Señala este autor que “de la mano de la descentralización se fortalecieron oligarquías regionales que, en el viejo esquema, encontraban en el gobierno central/nacional el único límite democrático a las arbitrariedades de su poder local. [...] En gran medida la descentralización derivó en casos provinciales y municipales en los que el resultado fue una mayor concentración autoritaria del poder y una menor capacidad de la sociedad civil de controlar el poder gubernamental” (Acuña, ob. cit.).

Esta incapacidad llevaría más tarde a un proceso de recentralización normativa determinado por estructuras y contenidos fijados y competencias asignadas al gobierno nacional. En efecto, el Ministerio de Educación de la Nación recuperó las capacidades técnicas, y a la hora de gestionar proyectos educativos, se instaló en las provincias, de

manera visible y observable.⁵²⁵ Avanzó sin pausa en las provincias a través de la presentación de documentos, de la presencia de técnicos “capitalinos” y ante la ausencia de profesionales locales relevantes que se “fueron a la Nación” (Perazza, 2008: 106). En paralelo a ello, la descentralización en muchas provincias continuó con la mediocridad y el mantenimiento de las pobres prácticas institucionales y pedagógicas aprendidas en las décadas previas y sin capacidad para reinventar sus propias aproximaciones según las características del lugar (Braslavsky, 1999).

Al mismo tiempo también fracasó la participación estratégica requerida en las políticas de descentralización, ya que fallaron las condiciones para lograr una participación real y no meramente simbólica. Se trataba de una comunidad que al tiempo que carece de hábitos autogestivos, sufría crecientes procesos de desigualación social, de marginación y exclusión (Delgado, 2003: 110). Así dicha participación se la convocó “en momentos de un alto grado de recesión, desmovilización, polarización social, desarticulación de las organizaciones populares, desvinculación de la gente entre sí [...]” (Delgado, ob. cit.: 108).

El problema de la desarticulación. El sistema educativo en los últimos años se vio afectado doblemente en una desarticulación vertical (vinculada con la insuficiente articulación entre ciclos y niveles) y desarticulación horizontal (respecto de las desigualdades educativas entre los mismos niveles y ciclos en distintas regiones).⁵²⁶ A todas ellas, se le ha sumado tradicionalmente aquella desarticulación entre las políticas educativas y las políticas sociales.⁵²⁷ La descentralización sin reglas claras y diagnósticos precisos, contribuyó especialmente a la disparidad de escenarios provinciales, en varios casos a cargo de gobiernos sin capacidades o un interés genuino por la educación. La Nación desde su rol de coordinador, no supo enfrentar, compensar eficientemente, ni corregir estas situaciones desde una sólida coordinación a través del Consejo Federal, sino

⁵²⁵ Como sostiene Perazza (2008:106) y en coincidencia con lo expuesto, esta idea de fuerte intervención del Ministerio de Educación Nacional en las provincias a menudo se ve reforzada por una percepción de la comunidad en general (padres, estudiantes y alumnos) que conserva valores simbólicos donde dicho ministerio es respetado y hasta idealizado como emisor creíble. Las fallas en sus intervenciones (envío de materiales, demoras en los depósitos de los aportes financieros, entre otras) son generalmente minimizadas y atribuidas al desorden y a la baja predisposición de los organismos provinciales. La distancia lo torna inalcanzable, y su condición de “nacional” lo parece ubicar por encima de los ministerios locales, englobando al conjunto.

⁵²⁶ El trabajo de Axel Rivas (*Gobernar la educación*, ob. cit.) y demás informes efectuados en el marco del proyecto “Nexos” de la asociación CIPPEC ha sido por demás elocuente de la diversidad de perfiles, estructuras y relaciones que se desarrollan en cada gobierno de la educación en las 24 provincias. Fuente: <http://nexos.cippec.org>, (fecha de consulta: diciembre 2011).

⁵²⁷ Esto se pone en evidencia a través de la implementación de las asignaciones universales por hijo que exigen como condición la escolaridad del niño pero, paralelamente, existen problemas de falta de vacantes en algunas jurisdicciones. V. CELS, 2011.

que las asimiló y comenzó a resolver con resultados paradójicos. Así, ocurre con el tema de las paritarias nacionales que han generado que convivan cerca de 17 salarios docentes diferentes según las capacidades financieras que cada jurisdicción tiene para hacer frente al piso mínimo que se prevea en las negociaciones nacionales (Perazza, ob. cit.). O bien puede encontrarse otro ejemplo en la última norma 26206, que prevé dos opciones de estructuras académicas distintas, para las cuales no especifica de forma taxativa períodos de implementación, formas de equiparación, entre otros puntos.

El problema principal – agente. Este se encuentra indisolublemente vinculado con el carácter dual de un federalismo político que recepta gran parte de los problemas que plantea la relación principal – agente. Esta relación se ve agravada en el caso argentino por el tradicional centralismo del gobierno nacional y la dependencia provincial en la gestión y administración de servicios públicos otrora con fuerte injerencia y control del Estado nacional.⁵²⁸ Mientras que el gobierno nacional es el mayormente responsable en la fijación y planificación de las políticas estratégicas y en la evaluación del rendimiento general del sistema, siendo paralelamente responsable internacionalmente frente a las afectaciones al derecho a la educación que en dicho marco ocurran, son las provincias las encargadas de la gestión diaria de los heterogéneos y fragmentados subsistemas educativos locales y principales responsables en los hechos – más allá del aspecto legal – de la multiplicidad de conflictos que se originen en sus territorios. Aunque esto último en modo alguno se constituya en una causal de eximición de la responsabilidad que le cabe al Estado nacional frente al incumplimiento de las posiciones del derecho, lo cierto es que ello puede contribuir a explicar el comportamiento y actitudes (justificadas o no) de ambos actores. El *pseudo argumento federal* es utilizado indistintamente por ambos niveles para eludir el cumplimiento o justificar su incumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales. La tesis ya sostenida por Nino acerca de que nuestra práctica constitucional contrastada con la realidad es en este aspecto deficiente es verdadera y conviven *factores institucionales y políticos* que pueden explicarla.

⁵²⁸. Esta afirmación no desconoce el rol de los gobernadores e intendentes, quienes junto con el Presidente de la Nación han constituido en los hechos “la cuarta rama o la rama oculta del gobierno” (Wright, 1978: 5, citado en Falleti, 2004). En este sentido, los gobernadores han capitalizado un fuerte poder político (particularmente con el retorno de la democracia a partir de 1983) y se han presentado como las figuras claves que han tenido la capacidad para preservar o atentar contra la gobernabilidad a nivel nacional así como para hacer funcionar o viabilizar cualquier política que desde dicho nivel se adopte. Como vimos, la negociación de muchas cuestiones claves de gobierno pasan entre sus manos únicamente y son acordadas con el gobierno nacional directamente, con poca incidencia o hasta incluso cierta prescindencia de las legislaturas (provinciales y nacional) y de las opiniones o recomendaciones de las respectivas carteras de su gobierno.

La ausencia de responsabilidad en el servicio educativo, como en varios otros, a menudo también aparece en muchas provincias en el discurso de los gobernadores exigiendo contrapartidas monetarias al gobierno nacional, y se desatienden completamente las políticas en torno a la calidad educativa y el correspondiente control de cuanto ocurre en el sistema educativo jurisdiccional. Esta racionalidad política, a menudo da cuenta que más allá de su uso para la construcción y acumulación de poder político,⁵²⁹ el sistema educativo es visto como una de las carteras “más problemáticas” de gobierno. La racionalidad política dominante de la educación provincial es aquella concepción que ve a la educación como una carga presupuestaria constante, una fuente de problemas y conflictos sindicales; y un sector políticamente improductivo por sus efectos de largo plazo (Rivas, 2004).

El problema de la distribución del ingreso y las condiciones de “educabilidad”. Existen aún serios déficits en las condiciones externas a la educación, en principio, pero que la condicionan severamente como lo son la pobreza y la falta de acceso a servicios públicos esenciales por parte de la población y que aún requieren de la atención de políticas sociales de base universal (sumadas en algunos casos particulares de políticas aún más selectivas dada la especial situación estructural de algunos grupos como el supuesto de los pueblos originarios, poblaciones en situaciones de indigencia) y que traspasan el marco estrictamente educativo. Como señala Kliksberg (2012) es necesario analizar el tema educativo contextualizándolo y a partir de allí concluir que hay que enfrentar a fondo las causas últimas de las desigualdades en el contexto, y por ende revisar todo el modelo económico-social.

En la resolución de este punto, el federalismo argentino se encuentra en deuda respecto de la dispar distribución de los recursos financieros coparticipables entre las propias provincias según bases que atiendan tanto a su esfuerzo contributivo cuanto a sus situaciones de desarrollo y problemas de equidad en sus poblaciones. Sin embargo, no debe contarse al menos en el corto plazo con cambios en este último punto.

Los problemas de exigibilidad y control de las normas y políticas educativas. Ciertos déficits en el control y evaluación del funcionamiento del sistema educativo y en la actuación de los organismos de control, (como vimos en el capítulo IV), y de la coordinación federal (según explicáramos en el capítulo II,) dejan inalterables normas,

⁵²⁹. Esto permite comprender mejor porqué el sistema educativo aparece fuertemente condicionado al aprovechamiento de sus “cajas” financiadas en gran medida con fondos federales de la coparticipación, y a la construcción y acumulación del poder político por parte del gobierno de turno (Rivas: 2004).

costumbres y actitudes de las autoridades que conspiran contra el buen funcionamiento de los mecanismos que asegurarían la correcta interpretación y aplicación del derecho a la educación en todo el territorio federal.

Este panorama institucionalizado de la realidad de los problemas en educación desanima la confianza en las provincias por que sean éstas quienes procuren la garantía de los contenidos básicos del derecho a la educación. En ese nivel parecen existir varios obstáculos para ver, entender y cumplir con la educación como derecho. La política educativa de muchas provincias parece caminar en estos casos no sólo al margen de las disposiciones constitucionales o federales, sino al de las propias normativas locales más descentralizadas.

La consecuencia de ello hace derivar en el gobierno nacional la tarea de ejecutar y controlar todas las medidas y acciones necesarias para el ejercicio de las posiciones jurídicas garantizadas. La gravedad del asunto se registra cuando dicho nivel de gobierno por sí mismo o incluso en el marco de los organismos de concertación federal, no puede, no quiere o simplemente omite, atender al desarrollo de las garantías necesarias para la vigencia del contenido básico y definitivo del derecho, aquello que conforma el citado piso federal. Así entonces, frente a un gobierno subnacional que omite o incumple y un nivel nacional que no atiende a la omisión o el incumplimiento, los espacios de control y reclamo se tornan insuficientes y las instancias judiciales pueden no ser eficaces en su conjunto, dado los problemas en su acceso para determinados grupos sociales, los problemas de alcance e implementación de sus decisiones, y en otros aspectos, los condicionantes políticos existentes en la jurisdicción en particular.

Para comprender mejor algunas de estas reflexiones, veamos primero la distribución de competencias entre Nación y provincias. Luego, trabajaremos el caso especial de la educación como competencia concurrente para mostrar los déficits de este enfoque a la luz del impacto del derecho internacional de los derechos humanos que consagra a la educación como derecho fundamental. Finalmente proponemos revisar las competencias en clave de obligaciones que surgen de la educación como derecho fundamental.

3. La distribución de competencias en el federalismo argentino conforme la Constitución y su clasificación tradicional

Como punto de partida para la explicación de la distribución de competencias en nuestro país, debemos considerar la regla del artículo 121 de la Constitución. Así, las provincias conservan todo el poder no delegado en el Estado federal. Aunque desde la perspectiva histórica y política los entes locales o provincias preexistieron al Estado Federal, desde el punto de vista jurídico, como estados locales, nacen al momento de constituirse todos ellos en un estado federado, como parte integrante de éste. En ese acto constitutivo, las provincias renunciaron al derecho de secesión y de impugnación del ejercicio por parte del estado central, de las facultades delegadas en la Constitución (Gelli, ob. cit.: 1013). La delegación es hecha por las provincias “a través” de la norma fundamental como instrumento originario de formación y estructura de la federación. Son las provincias las que mediante la Constitución han hecho la delegación al gobierno federal (Bidart Campos, 1997: 177).

Sobre esta base, a partir de la coexistencia de los dos centros de poder, el gobierno federal por un lado, y las provincias por el otro, la norma fundamental procede a la asignación de competencias en términos de las tres relaciones vertebrales típicas de un estado federal: a) de subordinación, b) de participación o colaboración y c) de coordinación.

- *Relación de subordinación*, de los estados locales (las provincias) al estado federal. Es aquella que está destinada a asegurar la unidad del Estado como requisito de su personalidad. En efecto, en esta relación se expresa la llamada supremacía federal.⁵³⁰ El equilibrio del principio de unidad con el de pluralidad tiende a proporcionar cohesión y armonía mediante la subordinación de los ordenamientos jurídico-políticos locales al ordenamiento federal, para que las “partes” sean congruentes con el “todo”. Ello quiere decir que la Constitución federal impone ciertas pautas en las estructuras de lineamientos que deben ser acatadas y reproducidas por las constituciones de los estados miembros, lo que se subordina así es el “orden jurídico” provincial al “orden jurídico” federal. (Bidart Campos, ob. cit.: 175). El principio de subordinación se define a partir de lo dispuesto en

⁵³⁰. Cabe recordar que el derecho federal que se impone al derecho público provincial, refiere al derecho emanado del Estado federal a través del gobierno federal, incluyendo al “derecho común”, con la salvedad de que en este último supuesto su aplicación e interpretación corresponde con exclusividad a las autoridades provinciales. Así pues la supremacía del derecho federal a la que refiere el art. 31 de la Constitución engloba la constitución federal, las leyes (federales y de derecho común de fondo) y a los tratados internacionales.

los artículos 5° y 31, en particular, pero también surgen manifestaciones de ello en los arts. 75 incisos 22 y 24, 123 y 128.

- *Relación de participación*, frecuentemente se afirma aquí que las relaciones de este tipo comprenden los actos de participación de las provincias en la creación de la voluntad federal. Como señala Bidart Campos (ob. cit.: 176) la relación de participación implica reconocer en alguna medida la colaboración de las provincias en la formación de decisiones del gobierno federal. Esta colaboración se institucionaliza a través del Congreso de la Nación, con una cámara de senadores, cuyos miembros representan a las provincias. Cabe también incluir, en el marco de estas relaciones, lo que el llamado federalismo concertado presupone en materia de negociación, cooperación, conformación de regiones, entre otras (los artículos 124 y 125 son un ejemplo de ello) y en instituciones como consejos federales.

- *Relación de coordinación*, la que delimita las competencias propias del estado federal y de las provincias. En el derecho constitucional comparado se siguen sistemas diversos: a) todo lo que la Constitución federal no atribuye al Estado federal, se considera reservado a los Estados miembros; la capacidad es la regla para éstos, y la incapacidad es la excepción, en tanto para el estado federal ocurre lo contrario: la incapacidad es la regla, y la capacidad es la excepción; b) o inversamente, todo lo que la Constitución federal no atribuye a los Estados miembros, se considera reservado al Estado federal, para quien, entonces, la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción; c) enumeración de las competencias que incumben al Estado federal y a los Estados miembros. La Constitución nacional ha optado por el primer sistema, al disponer en su artículo 121, que “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

Paralelamente, atendiendo a este esquema de relaciones, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha clasificado el reparto de competencias de los gobiernos federal y provinciales entre:

- *competencias exclusivas del estado federal*; que se refieren a los poderes delegados por el gobierno provincial, no ejercitables por las provincias. Están en este grupo los expresamente cedidos según la Constitución y los poderes consecuentes o implícitamente delegados, esto es, aquellos “cuyo ejercicio de los poderes provinciales obstaría o haría

ineficaz el ejercicio de los que corresponden a los poderes nacionales”.⁵³¹ En consecuencia, por tratarse de poderes delegados, el Congreso no puede, tampoco, delegarlos en las provincias. Podemos citar la intervención federal, la declaración del estado de sitio; el manejo de las relaciones internacionales; dictar los códigos de fondo o de derecho común y las leyes federales o especiales, entre otros. En general, y como principio, la casi totalidad de competencias asignadas a los órganos de gobierno federal por la Constitución pueden considerarse exclusivas del estado federal. En materia educativa, dicha competencia ocupa un rol importante por parte del Congreso de la Nación en la sanción de las normas de organización y base del sistema educativo;⁵³²

- *competencias exclusivas de las provincias*; estas competencias exclusivas de las provincias se desdoblán a su vez en: a) *las no delegadas al gobierno federal*, es decir, los poderes residuales, lo que queda luego de la delegación; b) *las expresamente reservadas* por estar así indicados en la propia Constitución o por pactos especiales. Entre estas competencias se encuentran las de darse su propia Constitución provincial, establecer impuestos directos, dictar sus leyes procesales, asegurar su régimen municipal y su educación primaria, entre otras. Toda esta masa de competencias se encuentra latente en la reserva del art. 121 (con lo que retienen residualmente todas las competencias no transferidas a la federación) y en la autonomía consagrada por los arts. 5º, 122 y 123, con el añadido del nuevo art. 124. Como principio, las competencias exclusivas de las provincias se reputan prohibido de ejercicio por el Estado federal;

- *competencias concurrentes*; refieren a las que pertenecen en común y en forma paralela al Estado federal y a las provincias, es decir, que pueden ser realizables tanto por la Nación como por las provincias. La Corte desde mucho tiempo atrás ha reconocido que la coexistencia de jurisdicciones es frecuente, y el ejercicio de tales poderes es simultáneo entre la Nación y cada provincia.⁵³³ Se hallan entre otras aquí involucradas las facultades vinculadas con los impuestos indirectos internos, y las que surgen del art. 125 concordado con el 75 inc. 18 y 19 (cláusulas de la prosperidad), más las del art. 41 (medio ambiente) y el art. 75 inc. 17 (comunidades aborígenes). Como podrá observarse de este articulado, la materia educativa es un eje clave también en el ejercicio de facultades concurrentes.⁵³⁴

⁵³¹. CSJN, “F.C. del Sud”, Fallos 183: 190 (1939).

⁵³². Nos remitimos para el desarrollo de las competencias de los órganos del gobierno nacional en materia educativa al capítulo I y II de este trabajo.

⁵³³. CSJN, “Ferrocaril del Oeste”, Fallos 105: 80.

⁵³⁴. La clasificación de la Corte prevé otros dos supuestos más:

Con base a esta clasificación, a lo largo de su jurisprudencia la Corte ha reinterpretado la distribución y delimitación de competencias. Existe una gran cantidad y variedad de fallos que contribuyeron a demarcar este primer punto central en el federalismo argentino. Su análisis excedería el marco de este trabajo, si bien no obstante debemos citar como caso emblemático, para el supuesto de concurrencia, la interpretación que la Corte desde el caso “Boto”,⁵³⁵ mantiene en relación con la regla de la no interferencia de las provincias con los propósitos de la legislación federal. En el análisis concreto que efectuó en aquel caso, dispuso que las provincias pueden ejercer las atribuciones concurrentes en materia de poder de policía de bienestar, salvo que: a) el Congreso Federal prohibiese de modo inequívoco y con base en la cláusula para el progreso el ejercicio, por parte de las provincias, de la misma atribución o, b) que, en el caso de no existir tal veda inequívoca, se demuestre que la puesta en ejercicio de la atribución local, dificulta o impide el cumplimiento de los propósitos contenidos en la normativa federal. (sancionada con fundamento en la citada cláusula).⁵³⁶

A continuación analizaremos en primer lugar, los artículos de la Constitución a fin de ofrecer un panorama más claro sobre los límites de las competencias de la esfera nacional y provincial de gobierno en materia educativa y su posible concurrencia. Seguidamente, nos detendremos en los alcances y las consecuencias de la *segunda tesis* de nuestro trabajo

- las *competencias excepcionales* del estado federal, es decir, las que en principio y habitualmente son provinciales, pero alguna vez y con determinados recaudos entran en la órbita federal. Así, la Constitución histórica refería al establecimiento de impuestos directos por el congreso, cuando la defensa, seguridad común y bien general lo exigen, y por tiempo determinado (art. 75 inc. 2º). Y paralelamente, hay competencias excepcionales de las provincias en iguales condiciones. Así, dictar los códigos de fondo o de derecho común hasta tanto los dicte el congreso (art. 126), y armar buques de guerra o levantar ejércitos en caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación, dando luego cuenta al gobierno federal (art. 126).

- las *competencias compartidas* por el estado federal y las provincias, que no deben confundirse con las “concurrentes”, porque las “compartidas” reclaman para su ejercicio una doble decisión integradora: del estado federal y de cada provincia participante (una o varias), es decir, en este caso, la decisión debe ser adoptada con la voluntad integrada de ambos niveles de gobierno, tales como el caso de la fijación de la capital federal, la creación de nuevas provincias (arts. 3º y 13), entre otras.

⁵³⁵. CSJN, “Boto, Armando c/ Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros s/diferencias salariales”, Fallos: 320:786 (1997).

⁵³⁶. En otros fallos la Corte ha tendido a subrayar esta delimitación con similares términos. Así refirió que para el caso de conflicto, debe ceder la provincia ante la Nación, cuando exista “la presencia de una real finalidad de bienestar general en el desempeño de la autoridad nacional” (CSJN, “Griet”, Fallos 137: 212; 1922), o en función de los fines queridos por la Constitución: “cuando lo que se encuentra comprometido es el bienestar general, conlleva la posibilidad y hasta la necesidad de que la Nación elabore planes y políticas tendientes a afianzar la salubridad, la moral y la conveniencia colectiva de la comunidad por encima de los límites provinciales y en la medida que sea necesario para el logro de tales fines, los que se hallan en consonancia con uno de los elevados propósitos contenidos en el Preámbulo de la Constitución Nacional, el de promover el bienestar general” (CSJN, “Leiva”, Fallos 315: 1013, 1993).

en tanto *procura leer dichas competencias en términos de obligaciones que emanan del derecho a la educación.*

4. La concurrencia en educación en la Constitución Nacional

Los incisos 18 y 19 del artículo 75 de la Constitución Nacional atribuyeron, como hemos dicho ya, al Estado nacional la instrumentación del bienestar general a través de políticas diversas entre las que se incluyeron aquellas que versen sobre la educación. De este modo, se atribuyó al poder legislativo federal que elija, seleccione y planifique la consecución de objetivos de bienestar, y adopte los medios necesarios, convenientes y oportunos en tal sentido. Así, dicho artículo vinculó, entre otros, los objetivos del bienestar con el desarrollo de las políticas y la organización educativa y encomendó, con los alcances ya vistos, el diseño de “los planes de instrucción general y universitaria”, idea que fue luego precisada en la reforma de 1994 al estipular lo concerniente a la legislación de base y de organización del conjunto del sistema educativo. Allí paralelamente se dispuso una serie de parámetros que debían regir la ley marco, entre los que se destacan, además del cúmulo de derechos, principios y valores, el deber de respetar las particularidades provinciales y locales.

Sin embargo, lo dispuesto en los incisos citados del artículo 75 también marca una *competencia concurrente*. Concurrencia que se reafirma, a lo largo de la Constitución, en la distribución de competencias que en la materia se le asignan a los distintos niveles de gobierno en los demás artículos ya estudiados en el *capítulo I* (fundamentalmente en los artículos 5 y 14 de la CN). A ello se le suma, que conforme el artículo 121, las provincias conservan el ejercicio de su poder de policía en sus ámbitos locales, por lo que a la reglamentación federal, puede acompañarle una reglamentación provincial. Parecía entonces también claro, que en educación las regulaciones locales concurren y coexisten con las regulaciones nacionales y federales en la materia. En las siguientes páginas justificaremos y profundizaremos dicho análisis para continuar indagando sobre y en qué medida se lleva a cabo dicha concurrencia.

4.1 Las deficiencias de la visión de la concurrencia en términos de competencia

La educación tradicionalmente entendida como política pública y servicio ha abarcado transversalmente varios tipos de legislaciones. Comprende normas de derecho público

federal (Constitución Nacional, instrumentos internacionales, leyes federales, derecho administrativo federal, entre otras), derecho público de fondo o legislación nacional (cuestiones pautadas en el Código Civil, Laboral, por ejemplo) y derecho provincial (constituciones provinciales, leyes de educación provincial, legislación procesal, derecho administrativo local, entre otros).

Este enorme tejido legislativo produce en consecuencia, que las pautas de la concurrencia basadas en competencias, más allá de las divisiones generales establecidas por la propia Constitución y la jurisprudencia, no sean muchas veces suficientemente claras. En esa clasificación se suele querer determinar el hasta dónde la regulación educativa es competencia exclusiva del Congreso Nacional, y en qué medida y con qué alcance, se permite algún tipo de participación de las voluntades provinciales.

Aquí entonces se juegan distintos subniveles de acciones propios de la ejecución de cualquier acción política entre las que cabe separar aquellas tendientes a la deliberación/diseño, reglamentación, implementación o ejecución y finalmente control de la política pública dispuesta. La materia educativa, en particular a partir de los procesos de descentralización-recentralización y de coordinación federal que ya vimos, se presta a todo este espectro de acciones, y donde no siempre es posible llegar a una determinación precisa del o los sujetos obligados. En este enjambre, puede descuidarse lo más importante: la educación como derecho fundamental y lo dispuesto por los instrumentos internacionales de derechos humanos, que exigen que las posiciones jurídicas de los individuos queden siempre protegidas y garantizadas por el Estado, sin perjuicio de su organización federal.

Tomemos nuevamente por caso la Ley de Educación Nacional actualmente vigente. El primer desafío consiste ya en determinar su naturaleza federal. La norma debería encuadrar en el marco de las leyes convenio.⁵³⁷ La ley 26206 no alude específicamente a

⁵³⁷. Las leyes convenio o leyes-contrato constituyen en nuestro derecho constitucional una suerte de instrumento legal tendiente a promover la implementación de formas de participación entre la Nación y las provincias, y así evitar el doble ejercicio de poderes y simplificar, en parte, la atención de los problemas. Constituye en nuestro ordenamiento el derecho intrafederal y la existencia del convenio impide su derogación por ley del Congreso o por ley provincial, lo que le confiere supremacía sobre ellas. Así la Corte (Fallos 322: 1781) ha señalado que “ese pacto, como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, se incorpora una vez ratificado por la legislatura al derecho público interno de cada estado provincial aunque con la diversa jerarquía que le otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización institucional: nación y provincias. Esa gestión institucional ubica a los tratados o leyes convenio celebrados entre las provincias y el gobierno nacional con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes [...]”

ningún convenio previo anterior o posterior a ella. En oportunidad de fundamentar la competencia del Congreso Nacional para dictar la norma, de manera similar a lo que disponía la ley previa,⁵³⁸ establece que aquella regula el ejercicio del derecho a la educación sobre la base de lo dispuesto en el artículo 14 y 75 incs. 17, 18 y 19 de la Constitución.

A diferencia de la norma educativa federal que la precedió, comenzaron a surgir distintos debates en su tratamiento parlamentario, en torno al alcance de dicha norma sobre las provincias. La discusión parecía basarse no en su carácter federal sino que, dado su detalle, excedía ampliamente el carácter de “base” de la ley. El senador G. Morales señalaba que por las disposiciones que se establecen en los artículos de la ley 26206 (principalmente lo referido al artículo 80 sobre el financiamiento) se debía contar con el consenso de los sectores sociales, del Congreso de la Nación y de las provincias, por lo que concluía que “esta ley tendría que ser ratificada, porque es una ley convenio igual que la ley de coparticipación federal [...] Si en el texto decimos que las provincias están obligadas a garantizar todas estas situaciones que tienen que ver con decisiones políticas de inversión educativa y de aplicación de recursos de coparticipación, esta ley nacional debe establecerlo con acuerdo de los gobiernos provinciales”.⁵³⁹ Por su parte, el senador M. López Arias, señaló como propuesta que se siguiera para la aprobación de la norma el mecanismo que tuvo el Pacto Federal Educativo, por el cual “en las discusiones de las adhesiones se establecieron incluso políticas compensatorias para permitir una adecuada inserción de todos los distritos en la política nacional educativa”. Así solicitó que se agregara un artículo que previera una invitación a las provincias a adherir al régimen de la ley.⁵⁴⁰ Durante el tratamiento en la Cámara de Diputados, el diputado J. Vanossi expresó que mientras la Constitución autorizaba al Congreso a dictar los grandes lineamientos, el proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo Nacional no era una norma de organización y de base sino un “código”. Señaló asimismo que la norma era “reglamentaria en extremo” y que el proyecto adolecía de cláusulas imperativas puesto que faltaban sanciones frente a

⁵³⁸. La ley 24195 elevaba la pretensión de regular “en todo el territorio de la República, el ejercicio del derecho de enseñar y aprender” e instituyó las normas referentes a la organización y unidad de todo el sistema educativo. Previó directamente en su artículo 69 que “las provincias se abocarán a adecuar su legislación en consonancia con la presente ley, y a adoptar los sistemas administrativos, de control y de evaluación, a efectos de facilitar su óptima implementación”. No existió un espacio de análisis para este tema en su debate parlamentario.

⁵³⁹. Diario de Debate parlamentario, Cámara de Senadores de la Nación, 30 Reunión, 27 Sesión Ordinaria, 6 de diciembre de 2006, pág. 15.

⁵⁴⁰. Diario de Debate parlamentario, Cámara de Senadores de la Nación, 30 Reunión, 27 Sesión Ordinaria, 6 de diciembre de 2006, pág. 21.

su incumplimiento. El bloque mayoritario, que en ninguna de las cámaras aceptó modificaciones al texto legal, señaló expresamente que se trataba de una “ley referencial en el marco de la Constitución Nacional para todo el país” y que por lo tanto no hacía falta “una ley de adhesión de las provincias”.⁵⁴¹

La ley 26206 no fue objeto de una regulación posterior por parte del Poder Ejecutivo Nacional, sino que éste directamente o a través del ministerio nacional del ramo, reguló sobre sólo algunos aspectos que han sido tradicionalmente asignados a dicho nivel como el reconocimiento oficial de títulos, certificados, equivalencias, regulación de programas nacionales, entre otros. Por su parte, una gran cantidad de aspectos principales de los temas abarcados en dicha ley, los remite a consideración del Consejo Federal de Educación, por lo que se supone una responsabilidad conjunta de la Nación – provincias para la realización de los objetivos previstos en ella.

En relación con las otras normas básicas en educación ya analizadas, tenemos:

- la ley 25864 – “de garantía del salario docente y 180 días de clase” – que se apoya sobre la base de un acuerdo celebrado entre la Nación y las provincias expresamente;
- la ley de educación técnico profesional 26058 prevé expresamente también en su artículo 65, una invitación a las provincias “a adecuar su legislación educativa en consonancia con la ley”;
- la ley 26061 – “protección integral de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes” – establece que las responsabilidades se comparten en los tres niveles (federal, nacional, provincial) previendo instituciones a nivel nacional específicas de control como la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y la figura del Defensor de los derechos de los niños, y un ámbito de concertación federal (el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia);
- la ley 26075 – sobre financiamiento educativo - compromete en sus objetivos a los tres niveles federales y prevé su aplicación a través de convenios bilaterales entre Nación y provincias;
- la ley 26150 – sobre educación sexual integral –prevé su diseño y aplicación a partir del Programa Nacional de Educación Sexual Integral, con la participación del Consejo Federal de Educación y la responsabilidad del Ministerio de Educación

⁵⁴¹. Diario de Debate parlamentario, Cámara de Senadores de la Nación, 30 Reunión, 27 Sesión Ordinaria, 6 de diciembre de 2006, pág. 16.

Nacional de integrar a las provincias a que implementen planes similares y se ajusten a la ley.

Consideramos que toda esta normativa constituye derecho federal. Como tal, forma parte del bloque federal que se impone al derecho público provincial y que debe mantener su primacía en los términos del art. 31 de la Constitución.

Superadas las etapas de deliberación y de adopción de la política a seguir, se sigue la implementación de estas. Y nuevamente la delimitación de competencias puede no ser sencilla. Como principio, el centro de gravedad de las decisiones y su interpretación se apoya en las provincias, que son las ejecutoras y responsables principales del control de cumplimiento de dicha normativa. Sin embargo, como vimos en el *capítulo II*, en este esquema se entrecruzan acciones a nivel del gobierno nacional y del Consejo Federal que suponen distintos mecanismos de actuación y evaluación y supervisión del gobierno central en los territorios provinciales, por lo que se vuelve a complejizar el panorama.

Este primer esfuerzo por deslindar competencias y responsabilidades en relación con la legislación vigente, pretende demostrar que dicho enfoque adolece de los siguientes problemas:

- bajo el esquema de competencias la educación tiende a ser interpretada como una rama más en que se divide la gestión de gobierno de un Estado, enfatizando su carácter burocrático y su sentido de prestación como servicio público que se brinda hacia una comunidad pasiva;
- ello supone que frente a las “fallas o deficiencias en la prestación” o en el desarrollo de las políticas públicas, sea puesto en debate en primer lugar, un tema *previo de competencias* antes que determinarse directamente la existencia de una violación en el cumplimiento de una obligación estatal y acelerar la determinación del sujeto responsable;
- todo ello no resulta propicio para *lograr una mayor exigibilidad del derecho a la educación*, en tanto no es claro quiénes y con qué alcance están obligados de cara a las múltiples obligaciones que resultan de las posiciones jurídicas garantizadas en tal derecho.

Paralelamente, el análisis efectuado hasta aquí no puede remitirse sólo al ámbito interno olvidándose *el impacto del derecho internacional de los derechos humanos*, aspecto este último que analizaremos seguidamente. Por cuanto las obligaciones que emergen de

dichos instrumentos internacionales de derechos humanos, obligan a rediseñar y repensar el rudimentario esquema expuesto y a sostener con mayor argumento la tesis propuesta en este capítulo.

5. El federalismo y el derecho internacional de los derechos humanos. Los cambios en el diseño histórico constitucional

En particular, en el cumplimiento de lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos ocurre un típico problema de agencia, ya que mientras el único responsable a nivel internacional de pagar el costo del incumplimiento de un tratado es el Estado federal, al ser esta un área altamente descentralizada, muchas de las violaciones pueden provenir de las provincias, que carecen de personalidad jurídica internacional y por lo tanto, no son técnicamente parte del tratado. Así *prima facie*, parecería ocurrir que el “principal” (el Estado nacional) no tiene una forma directa de controlar al “agente” (las provincias) en el cumplimiento del tratado.⁵⁴²

El derecho internacional reconoce la existencia de países con estructura federal. Sin embargo, claramente prevé que ello no debe hacer mella en el reconocimiento de los derechos en todo el territorio de aquel. Los dos grandes pactos de la ONU, de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales (en sus artículos 50 y 28 respectivamente), contienen la denominada “cláusula territorial” que establece directamente que el tratado es aplicable en todo el territorio del Estado, sin ningún tipo de limitación relativa a la forma de organización federal. Una expresión más compleja de esto está atravesada por lo dispuesto en el art. 28 de la Convención Americana que contiene una “cláusula federal”.⁵⁴³ Dulitzky (2006) expresa que a fin de analizar las obligaciones

⁵⁴². Por esta razón, algunos países han intentado ampararse en su estructura federal para limitar los efectos internos de la ratificación del tratado internacional o para restringir el alcance de su responsabilidad principal. El ejemplo más claro parece la declaración que el gobierno de los Estados Unidos de América acompañó al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos donde interpretó que el Estado Federal está obligado sólo respecto de las materias sobre las que tenga competencia, teniendo sólo una obligación de medios respecto a las competencias de los estados federados, donde tendría una mera obligación de hacer lo necesario para que se cumplan. Véase Clérico Laura y Treacy Guillermo (2007): “Notas para volver a pensar...”, ob. cit.

⁵⁴³. El art. 28 de la Convención Americana expresa lo siguiente:

“1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

que emergen de dicho tratado para los Estados federales es indispensable leer conjunta e integralmente todo el texto convencional, en especial deben considerarse los arts. 1° y 2° de aquel texto. En efecto, los Estados partes tienen, como vimos, el deber de respeto y garantía de los derechos humanos contenidos en la convención (art. 1°.1.). Adicionalmente, el art. 2° complementa lo arriba dispuesto estableciendo la obligación del Estado parte de la adopción de las medidas de derecho interno que resulten necesarias para dar efectividad a las normas convencionales de protección, supliendo eventuales lagunas o insuficiencias del derecho interno, *incluidas las originadas en la estructura federal* a fin de armonizarlas con las normas convencionales. Ya hemos analizado el contenido de estas obligaciones,⁵⁴⁴ por lo que directamente nos ocuparemos de los aspectos vinculados al federalismo.

Ahora bien, debe enfatizarse dos puntos principales en esta interpretación. Por un lado, de acuerdo con el derecho internacional es el Estado nacional o federal el responsable (internacional) por el cumplimiento de las obligaciones citadas de los tratados de derechos humanos *en todo su territorio*. Queda así superada la “excusa” federal en el sentido que el Estado nacional no puede oponer *nunca* como eximente de su responsabilidad internacional el diseño constitucional interno de distribución de competencias entre Nación y provincias (Dulitzky, 2006).⁵⁴⁵

Por el otro lado la cláusula federal no limita los efectos de lo recientemente expuesto, sino que más bien lo precisa. En otras palabras, la cláusula federal podrá servir para

3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención”.

⁵⁴⁴. Véase capítulo IV de este trabajo.

⁵⁴⁵. Agrega Dulitzky, a partir de un estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación sobre el punto, que el tribunal ha entendido que cuando el país ratifica un tratado se obliga internacionalmente a que sus órganos lo apliquen. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino. *Resulta indiferente a los efectos de la eventual responsabilidad internacional aludida, el hecho de que los preceptos del tratado cuya violación se invocare funcionen como disposiciones de derecho común y no federal*. En efecto, de la jurisprudencia tomada por dicho autor, éste asegura que para la Corte la naturaleza federal del tratado, alcanza también a su contenido. Es irrelevante que la materia del tratado sea de las calificadas como de derecho común, aún cuando se incorporen las normas del tratado a una ley nacional común. Nada de ello puede enervar la sustancia federal que las disposiciones de los tratados poseen en virtud de su fuente internacional. Por ende, el Estado federal al ratificar tratados asume ciertas obligaciones que normalmente estarían en el marco de las competencias de las provincias (Dulitzky, ob. cit.: 225). Así concluye el autor que la principal preocupación de la Corte tanto al asumir su jurisdicción como al resolver sustantivamente los casos es la eventual generación de responsabilidad internacional del Estado. Y en este sentido, puede incluso el tribunal ordenar a las autoridades provinciales la adopción de medidas específicas para adecuarse al marco internacional incluso en materias que les están tradicionalmente reservadas (Dulitzky, ob. cit.: 236).

deslindar responsabilidades al interior del Estado federal, pero en modo alguno, crear un vacío de responsabilidad internacional. La cláusula del art. 28 remite al derecho interno de las federaciones para atribuir, según el reparto de competencia federal y local, el deber del gobierno federal de cumplir con el tratado en el orden interno dentro de las obligaciones que le son propias. Así, mientras la primera parte de dicha norma determina que es el gobierno federal (además de sus obligaciones de respeto y garantía) el que esté obligado a cumplir por sí mismo con “todas las disposiciones de la presente convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial (art. 28.1), la segunda *lo hace también responsable* respecto de sus gobiernos locales; el estado federal debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que sean las autoridades competentes de las entidades las que adopten las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención” (art. 28.2) (Pinto, 1997: 74).

6. El esquema funcional equivalente: del enfoque de las competencias a un enfoque basado en obligaciones

El impacto del derecho internacional de los derechos humanos nos lleva a reexaminar la tradicional clasificación dispuesta en la Constitución Nacional y junto con ello, elevar la pretensión de ofrecer un esquema de análisis funcional equivalente al de las competencias que permita hacer mayor pie en los sujetos y las obligaciones que emanan del derecho a la educación.⁵⁴⁶

En efecto, el marco internacional refiere al establecimiento de obligaciones en cabeza de los Estados antes que reconocimientos y delimitaciones de facultades o competencias en los sujetos destinatarios de la obligación, especificando en detalle el modo de cumplimiento de tales obligaciones. Muchos de estos tratados prevén incluso un marco de control y sanción de las violaciones cometidas.

Así pues, se impone la pregunta sobre la posibilidad de interpretar el viejo lenguaje de competencias en términos exclusivos de obligaciones, el que resulta de este modo más acorde con el carácter de la educación, no como una mera política pública o de servicio público, sino como derecho humano fundamental, con un cuerpo de posiciones jurídicas de diverso tipo reconocidas a las personas y que el Estado debe respetar, proteger, promover y facilitar.

⁵⁴⁶. Dicho esquema ya ha sido desarrollado en materia de derecho a la salud por L. Clérico. V. Clérico, 2009b.

Esto produce enorme consecuencias en términos de interpretación de problemas tales como:

- al cambiar la perspectiva de análisis de las competencias estatales hacia las obligaciones, se deriva más clara y fácilmente la interpretación sobre *el carácter exigible administrativa o judicialmente de las posiciones jurídicas* garantizadas en el derecho. A la par que otorga un apoyo más preciso (en términos de esta misma exigibilidad del derecho) a partir de dónde buscar “*quién*” es el responsable;
- se enfatiza la idea que la violación es producto de una *falta o un cumplimiento excesivo o insuficiente de los deberes* que se imponen al Estado (cualquiera sea su nivel federal) por *el desarrollo del contenido de un derecho*;
- vuelve el análisis de las responsabilidades más compatible con un esquema de doble entrada sobre la interpretación de las obligaciones en materia de derecho a la educación: a) una basada en las obligaciones del Estado en el orden interno, atendiendo a su forma de gobierno, federal o no; b) otra basada en las obligaciones de los Estados en el orden internacional. Sin embargo, lo determinante de todas maneras será precisar si el derecho en cuestión fue respetado y garantizado tal como lo exige el art. 1° de la Convención Americana y si el Estado adoptó las disposiciones de derecho interno (sea éste federal o provincial) para hacer efectivos los derechos y las posiciones jurídicas reconocidas en la Convención y demás instrumentos internacionales de derechos humanos;
- permite la construcción de un marco teórico de las obligaciones compatible con el modelo de reglas y principios utilizado para la configuración de los contenidos de la educación como derecho fundamental, conforme lo desarrollado en los *capítulos III y IV*.

Esta base nos resulta útil para contribuir a delinear ahora *la distribución de los deberes u obligaciones de los distintos niveles del gobierno federal*. Así, pueden trazarse los mentados deberes en los siguientes términos.

a) Deber elemental del derecho (contenido básico del derecho). Las normas federales y nacionales fijan el piso de garantía del derecho a la educación. La Constitución en este punto es clara, del juego de la interpretación de las normas de los artículos 5°, 14, 31, 75 inc. 18, 19, 22, 23 y del artículo 128 de la Constitución Nacional el gobierno federal asume la obligación de fijar y hacer respetar el piso del contenido definitivo del derecho a la educación. Este se apoya a su vez como vimos, de la interpretación de las cláusulas 28 y

29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, este deber elemental constituye una competencia exclusiva del gobierno federal. Comprende esto sin duda un piso robusto, que involucra el contenido *en un sentido restringido (no ponderable) del derecho a la educación, definitivo y exigible* en los términos expuestos en los capítulos III y IV. Ello abarca un contenido básico en todo el territorio nacional, compuesto por las obligaciones de cumplimiento inmediato (reglas) y aquellas otras de carácter progresivo (principios) que debe cumplir el Estado federal a través de las medidas de cualquier orden por mandato de la prohibición de regresión y el principio de progresividad.

Tanto las constituciones, la legislación infraconstitucional cuanto las actuaciones por parte de las provincias no pueden ser incompatibles con los requerimientos que emergen de la normativa internacional. Por ende, los contenidos básicos definitivos (incluyendo naturalmente los mínimos) *escapan* en principio a la competencia provincial, porque son propios del Estado federal; desplazan a cualquier norma local en materia de educación que quede *por debajo* de este piso federal. Se trata pues de deberes positivos del Estado nacional con validez en todo el territorio del país (Clérico, 2009b: 6), incorporando el contenido del derecho internacional de los derechos humanos.

A tales fines, el Congreso Nacional está autorizado para crear leyes nacionales o bien federales, aún si en virtud de la materia se refieren a aspectos tradicionalmente reservados al derecho público provincial (por ejemplo cuestiones procesales de garantía de los derechos para el caso del amparo de incidencia colectiva), en tanto frente a la omisión provincial, dichas normas comprenden estándares mínimos sobre interpretación y aplicación de los derechos contemplados en los tratados, sin que esto necesariamente implique una transferencia de poder de las provincias hacia el Estado nacional.

Así, la tarea de reglamentación a cargo del Congreso Federal a la que aludíamos en páginas anteriores no sólo debe llevarse a cabo respecto de la *legislación interna* que se sancione, sino también en todo lo relacionado con las *leyes reglamentarias de los instrumentos internacionales* para hacer efectivas las obligaciones de proteger, respetar y garantizar los derechos humanos. En muchos casos, las normas de éstos últimos serán susceptibles de desarrollo y reglamentación por ley del Congreso Nacional y tendrán vigencia para todo el territorio cuando requieren de tal reglamentación para funcionar en el derecho interno⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷. El problema que se nos presenta aquí en relación con el respeto de las autonomías provinciales no es internacional, sino interno y puede ser resuelto recurriendo a los mecanismos constitucionales ya

Sobre este deber de mínima pesa también el “*deber reparador*”,⁵⁴⁸ en el sentido de que el Estado federal debe siempre responder y actuar para evitar incurrir en responsabilidad (interna e internacional) para remediar la violación al derecho, cuando la provincia no se ajuste al deber elemental aludido. Tal deber no libera al gobierno provincial del cumplimiento de sus obligaciones ni de la responsabilidad legal que les cabe en este tema. Esta idea ha sido claramente esquematizada y trabajada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyos pronunciamientos en particular en materia de salud,⁵⁴⁹ a través del ejercicio de su control de constitucionalidad, también han constituido otra alternativa a fin de que los derechos sean correctamente garantizados e implementados por las provincias y la Nación.⁵⁵⁰

existentes y sin alterar o afectar la distribución de competencias en materia federal. Así, la responsabilidad primordial del Estado nacional es cumplir con los tratados, y en el cumplimiento de tales objetivos, si la provincia no cumpliera o ejerciera acabadamente sus competencias a fin de garantizar la vigencia del tratado internacional, ello habilitaría (más bien exigiría) al gobierno federal el poder tomar cualquier tipo de “medidas pertinentes”, por lo que no sólo quedaría legitimada la posibilidad de que el Congreso adoptara las normas federales de protección mínimas necesarias frente al incumplimiento u omisión, insuficiencia, o demora de los gobiernos provinciales sino que incluso podría autorizar, al menos teóricamente, la intervención federal. (desde luego, también existen otras alternativas entre las que se cuentan distintos tipos de negociaciones y presiones políticas, de retención de fondos, negociaciones de distinto tipo, entre otras, que el Estado nacional pueda ejercer sobre las autoridades provinciales. En este sentido, la exigencia de la cláusula federal de los tratados sobre derechos humanos de que las provincias cumplan con los tratados aunado a los principios de supremacía constitucional y de los tratados internacionales constituirían asidero suficiente para que el Estado federal pueda intervenir en el territorio de una provincia en el caso grave y sistemático de normas internacionales (Dulitzky, 2006: 221).

⁵⁴⁸. Corresponde a Clérico la idea de distinción entre deber reparador y deber constructivo en materia de acceso al derecho a la salud de personas con discapacidad. Según la autora, el primero lo describe como el “cumplimiento de la obligación puntual para remediar una violación al derecho a la salud grave o urgente para evitar que se perpetúe una violación al derecho una vez acontecida, o para evitar la violación concreta frente a una amenaza inminente”. El deber constructivo, por su parte, lo define como aquel referido “al dictado, ejecución e implementación de normas de carácter general tendentes a cumplir con las obligaciones que surgen del derecho a la salud de las personas con discapacidad”. Véase Clérico, María Laura (2009): “El derecho a la salud de las personas con discapacidad: ¿el argumento del federalismo como acelerador o como freno?”, en Suplemento La Ley de Derecho Constitucional, Buenos Aires.

⁵⁴⁹. Véase por ejemplo los casos “Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Ministerio de Salud y Acción Social, Secretaría de Programas de salud y Banco de Drogas Neoplásticas”. CSJN, del 24/10/00. Fallos: 323: 3229. JA 2001-I-464; “Monteserín, Marcelino O. c. Estado nacional”, Fallos 324: 3527, 16/10/2001, entre otros.

⁵⁵⁰. El control jurisdiccional del derecho a la educación por parte de tribunales federales es bastante menor que por ejemplo en otros derechos básicos como en salud. En otro trabajo hemos dicho que, en materia de educación al ser los ejecutores y el control del servicio básicamente provincial, la falta de cumplimiento de las obligaciones a su cargo, habilitaría en principio, la jurisdicción provincial. Esto implica una dispersión de la litigiosidad en las veinticuatro jurisdicciones locales, dificultando la “visibilidad” y la fuerza de los precedentes que podrían llegar a ser sentados en clave de exigibilidad de los derechos. Por lo demás, es probable que las jurisdicciones locales sean más reacias a marcar la falta del cumplimiento directo de las obligaciones por los ejecutores provinciales debido a la cercanía con el gobierno local. Cfr. Clérico L. y Scioscioli, S. (2009b), ob. cit.

b) ***Deber de progresividad o deber de máxima del derecho.*** Sostiene Clérico (2009b: 2) que una de las funciones del argumento del federalismo es “constructiva”. Así afirma que el federalismo “requiere ser interpretado como facilitador del cumplimiento de los derechos para mejorar el piso que fijan las normas de derecho federal y nacional”. Sobre esta base se establece la concurrencia de la Nación junto con las provincias para ampliar y mejorar los alcances de ese piso federal.

Por un lado, cada una de las provincias, “puede elegir los medios, formas, políticas, planes, programas que estime pertinente y que reflejen sus particularidades” (Dulitzky, op.cit: 237). Las jurisdicciones locales pueden disponer de todas las medidas y adoptar las modalidades que estimen convenientes para acompañar al derecho federal en el reconocimiento básico y definitivo del derecho, sus posiciones y garantías. Pero por el otro lado, se espera asimismo, que la estructura federal les otorgue el marco de actuación necesario para avanzar a los efectos de complementar la interpretación y aplicación de las normas federales o incluso ampliar o elevar sus alcances, siendo más generosas en el reconocimiento del derecho, pues las provincias pueden ampliar en su derecho local el sistema de derechos y garantías de la Constitución federal, que *es un piso y no un techo*.

Las normas complementarias de competencia provincial constituirían la añadidura para maximizar el contenido básico de un derecho y dar sentido a la progresividad, colaborando con la actuación del gobierno federal. Esta *complementariedad* de los contenidos elementales no impide que la legislación provincial recaiga en problemas educativos jurisdiccionalmente divisibles que se circunscriben al ámbito territorial de una provincia, *a condición de no alterar la protección surgida de las normas federales de presupuestos mínimos*. Esto último es particularmente relevante, y en la jurisprudencia de la Corte hemos señalado casos, por citar el fallo “Ferrer de Leonard”,⁵⁵¹ donde así ha funcionado esta conclusión a la que hemos arribado.

⁵⁵¹. Recordemos que en el caso, la Corte entendió que la negativa de la provincia de Tucumán a adecuar su sistema educativo a los niveles de la ley federal de base sancionada por el Congreso Nacional constituía una vulneración del derecho a la educación; así como un desconocimiento del modelo institucional que es competencia del Estado federal garantizar y que la provincia no podía desconocer so pretexto de su autonomía. V. capítulo I, numeral 7.1.5.

7. El modelo de reglas y principios. Segunda parte: el principio de proporcionalidad aplicado en materia de concurrencia educativa

Dijimos que reconocer la educación como derecho fundamental implica pararse desde otro ángulo al momento de dirigirse al o los sujetos obligados con vistas a reclamar su cumplimiento. Este ángulo se concentra en las obligaciones que derivan de la estructura y contenido del derecho y su exigibilidad. Veamos ahora cómo este esquema fundado en las obligaciones deriva en la aplicación del modelo de reglas y principios (en parte ya explicado en el *capítulo III*) propuesto en la interpretación de la educación como derecho fundamental.

La pregunta que nos formulamos es si es posible hacer encajar el esquema normativo de aplicación de normas en materias de competencia concurrente entre Nación y provincias a través del modelo de reglas y principios. En lo que sigue ensayaremos esta respuesta.

Ya hemos explicado con anterioridad la definición de reglas y principios.⁵⁵² También hemos referido, que en la dogmática y la práctica jurisprudencial, mientras el mecanismo de aplicación de las reglas está dado por la subsunción, en el caso de los principios, corresponde su aplicación a través de la ponderación.

Ahora bien, frente a una omisión o un incumplimiento total o defectuoso, pueden ocasionarse rispideces y dudas sobre el sujeto obligado o el alcance de las obligaciones poniéndose en tensión el esquema de las competencias asignadas por la Constitución a los distintos niveles de ejercicio del poder. *El modelo de reglas y principios puede ser una buena herramienta para superar estos conflictos, definir responsabilidades y precisar tales competencias en términos de obligaciones.*

Si vemos a las normas de competencias⁵⁵³ desde el prisma de las obligaciones y al igual que a las normas que consagran los derechos le otorgamos un doble carácter, entonces es posible construir una pauta de forma tal que en ella los dos niveles, regla y principio, estén ensamblados (Alexy: 2008: 114).

⁵⁵². Véase capítulo III, numeral 4.3. en adelante.

⁵⁵³. Alexy señala que es posible referirse a las normas de competencia como aquellas normas constitutivas conforme a las cuales la acción de un órgano del Estado puede crear o modificar normas individuales generales (que no sería válido sin esta acción) o modificar posiciones jurídicas de los sujetos de derecho que están en el ámbito de estas normas (Alexy, 2008: 203). Agrega Borowski que las normas de competencia confieren el poder de crear, cambiar y derogar normas legales y que constituyen el ejercicio de actos institucionales (actos que presuponen reglas que atribuyen el sentido de un acto de creación jurídica de un acto natural. Véase Borowski, M. (2010): “The Structure of Formal Principles –Robert Alexy’s ‘Law of Combination’”, en *On the Nature of Legal Principles*, Stuttgart, Nomos – Franz Steiner Verlag, pág. 29.

Regla (RF1): en el sistema federal argentino, cuando el contenido de la obligación estatal del derecho a la educación refiere a un contenido de deber elemental, básico en educación (incluyendo el piso del derecho), la obligación recae en el sujeto Estado nacional y la competencia federal para legislar sobre estos contenidos y controlar su cumplimiento en todo el territorio es regla.

Las normas que forman parte de esta regla se aplican pues libres de ponderación. La solución es congruente con la exigencia del derecho internacional, para quien es en definitiva el Estado nacional el responsable en la garantía de respeto y protección del derecho, siéndole indiferente la organización territorial del poder que dicho Estado disponga.

En este sentido, el Estado nacional es responsable directo e inmediato por estas obligaciones, lo que no es incompatible con el hecho de que las provincias también se alcen en sus normas de derecho local con el mismo contenido (de las normas que forman parte de este deber elemental), las reglamenten (en tanto dicha reglamentación no altere su contenido ni sea irrazonable) así como con el deber que pesa sobre ellas de controlar su cumplimiento en sus respectivos territorios.

Regla (RF2): en el sistema federal argentino, cuando el contenido de la obligación estatal del derecho a la educación refiere a un contenido de deber de progresividad en educación, la obligación puede recaer tanto en el Estado nacional cuanto en los Estados provinciales, debiendo determinarse como sujeto obligado, en principio, aquél que en mejor y mayor medida reconozca y proteja el contenido de la posición jurídica en cuestión.

Nuestra posición en este caso parte de considerar el ejercicio de las facultades concurrentes tanto de la Nación cuanto de las provincias (e incluso municipios) como principios formales. Se trata aquí del ejercicio de competencias en materias que no hacen ni afectan al piso básico o contenido restringido (no ponderable) y definitivo del derecho a la educación encuadrado en el marco de las obligaciones impostergables, sino que contribuyen a ampliar el *supuesto de hecho* del derecho, y por esa razón, conforman mayormente el marco de las obligaciones de cumplimiento progresivo.

Puesto que hablar de un contenido definitivo mínimo no significa en absoluto negar la existencia de mayores alcances del derecho, la determinación del sujeto obligado (y por consiguiente la preferencia de vigencia de una u otra competencia dada su concurrencia) dependerá de que, una vez realizado el *examen de proporcionalidad*, se demuestre cuál de

ellos se encuentra en mejores condiciones para el mejor fomento del fin deseado, esto es, la mayor vigencia y realización del derecho. Una decisión en este sentido, también resulta acorde con el principio o pauta de interpretación de los derechos humanos *pro homine* que afirma, entre otras cosas como vimos, que cuando es posible realizar más de una interpretación de la norma bajo estudio, o cuando para la solución de un caso concurren dos normas, se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, para asegurar un mejor reconocimiento de los derechos protegidos.⁵⁵⁴

Como vemos, el modelo reconstruido no desconoce el aporte de los argumentos que pueden darse desde una lógica exclusiva del análisis sobre el nivel de las competencias, sino que por el contrario lo complementa. Veámoslo más en detalle a través del siguiente ejemplo.

Frente a un supuesto de concurrencia, pueden ocurrir diferentes escenarios. Puede la Nación desarrollar la competencia y traducir ese ejercicio en acciones concretas sin interferencia alguna a la competencia que en forma paralela ejerce la provincia sobre el mismo tema. O puede la provincia ejercer su competencia sobre la materia concurrente sin que la Nación por su parte tome medida alguna en el ejercicio de su propia facultad igualmente reconocida en el tema. En principio ninguno de estos escenarios presenta conflicto alguno en términos de competencia. Sin embargo, puede ser insuficiente quedarse con este resultado a los fines de dar adecuado cumplimiento a la regla (RF2) propuesta más arriba y que atiende a una maximización del reconocimiento del derecho, buscando a tal efecto, el accionar y la responsabilidad del sujeto obligado que ofrezca mejores condiciones para la garantía del derecho.

Si coincidimos en este razonamiento, podemos ver que eventualmente, el modo de alcanzar la mejor solución en estos casos, es similar a aquella que se presentara si en ambos niveles, por ejemplo la Nación y la provincia, se ejercieran las respectivas competencias concurrentes y éstas por algún motivo entraran en cierta tensión o conflicto.

Ya hemos dicho que mientras la competencia federal se comporte como regla, no existe ninguna otra opción. Frente al conflicto siempre habrá de prevalecer la competencia federal sobre la provincial. Pero, en el caso de concurrencia, pasando ambas competencias al carácter de principios, la competencia federal pierde en principio su validez incondicional y sólo podrá prevalecer cuando:

⁵⁵⁴. Para un estudio más exhaustivo de esta cláusula en general, véase Pinto, Mónica (1997): *Temas de derechos humanos*, Bs. As.: Ed. del Puerto, pág. 81.

- I) la provincia interfiera “arbitrariamente” en los fines y metas constitucionales (en el sentido que le asigna la jurisprudencia de la Corte arriba señalada), o bien
- II) se desconozca el piso federal sobre el que se traza la obligación del Estado nacional que puede acarrear responsabilidad internacional ante el incumplimiento del derecho a la educación en su territorio.

No dándose ninguno de estos supuestos, la asignación de responsabilidad al sujeto obligado (y la respectiva competencia que prevalezca) requerirá frente al caso concreto recurrir a la ponderación. En el desarrollo de los argumentos a través de los distintos submandatos que conforman el examen de proporcionalidad, será necesario identificar quién protege y garantiza de mejor modo y con un mayor alcance el derecho a la educación.

Este análisis puede ser finalmente enunciado en una regla de la siguiente forma:

Regla (RF3)- ley de la colisión-: en el sistema federal argentino, cuando la concurrencia en materia educativa no interfiera arbitrariamente ni afecte el piso normativo federal del derecho a la educación, prevalece la competencia (y la correlativa obligación) de aquel gobierno que, conforme al resultado del examen de proporcionalidad, se determine que en mayor medida reconozca y proteja el contenido de la posición jurídica del derecho en cuestión.

Ahora bien, supongamos que la Nación lanzara un programa nacional de educación sobre los derechos del consumidor y usuarios en las escuelas secundarias. Supongamos asimismo que una provincia, en oportunidad de aprobar su propia legislación en la materia, había previsto específicamente un programa sobre tales contenidos en la escuela, incluyendo no sólo el nivel secundario, sino que se impartiera desde el nivel primario, previendo asimismo una serie de actividades extracurriculares y de preparación de materiales específicos que serían financiados por un fondo especial creado a tal efecto. La pregunta sería entonces, ¿cuál de los dos programas debería aplicarse en el supuesto que su aplicación simultánea no fuera posible?

Tenemos dos principios en conflicto o en tensión: por un lado, el principio de protección de las competencias provinciales (P1), y por el otro lado, el de protección de las competencias federales (P2). Ambos tienen igual importancia en abstracto por lo que ninguno tiene preferencia absoluta. De lo que se trata es ver cuál de estos principios, en un caso particular (pese a tener igual valor abstracto) gana en peso concreto frente al otro

principio. P1 y P2 tratan sobre principios formales. Podemos traer también al esquema a P3, que como principio sustancial, toma su posición como “fin” de la medida y refiere al mejor fomento y al más amplio reconocimiento del derecho a la educación (en este caso concreto vinculado con el cumplimiento de la obligación del Estado de garantizar ciertos conocimientos – art. 42 CN). Así pues bajo una materia de competencia concurrente, frente a la colisión de principios, se pueden formular dos relaciones de primacía condicionadas:

- a) (P1 **P** P2) C
- b) (P2 **P** P1) C⁵⁵⁵

En el caso a) P1 está sobre P2 y en b) P2 está sobre P1, ambos bajo la condición C (que contextualiza una situación determinada).

El examen de idoneidad no reviste mayores inconvenientes, tanto P1 cuanto P2 son técnicamente adecuados, en el sentido que se encuentran en relación con la realización del fin P3, lo que justifica continuar con las demás reglas del examen de proporcionalidad.

Es en el examen de medio alternativo menos lesivo donde pasamos a contrastar P1 respecto de P2 en el caso particular, dada la condición de no estar en juego una afectación al piso mínimo federal ni una interferencia arbitraria de la provincia en el bienestar o interés general perseguido por P2. Se sostiene que la competencia federal puede no fomentar P3 tan bien como el medio establecido por P1, pues éste último avanza y amplía un poco más el desarrollo del contenido específico que se trabaja (mayor alcance en el nivel primario y secundario de la difusión de los derechos del consumidor por ejemplo).

Es necesario pasar entonces al mandato de proporcionalidad en sentido estricto. Aquí, puede reiterarse que la restricción que en este sentido aparece por el lado de la competencia federal es, respecto de la autonomía provincial, muy limitada. Además resulta dicha restricción acorde con la formulación del principio federal argentino, donde la competencia federal debe reputarse residual. Fuera de los alcances otorgados por el bloque de constitucionalidad, es necesario dejar el mayor alcance posible al desarrollo de la autonomía local. De este modo, la opción de la competencia se traduce en un argumento más a favor del supuesto amplio de hecho del derecho, ya que permite continuar extendiendo el contenido mucho más allá de los contornos elaborados por las normas federales. ¿Qué ocurriría si fuese el programa nacional más extenso en su reconocimiento que el programa provincial? Entonces, sería la restricción de la autonomía provincial la

⁵⁵⁵. Conf. Clérico, 2009, pág. 177.

que quedaría justificada en vista a que dicha restricción sería menor a la que sufriría el derecho a la educación en caso de no reconocerse la posibilidad de un mayor reconocimiento del derecho a través del accionar nacional.

Así, “cuando la condición C se cumple, entonces vale la consecuencia jurídica del principio que logró primacía” (Alexy, 2008, 71, Clérico, 2009: 180). En este caso, la consecuencia jurídica (condicionada) de P1 es el reconocimiento de ejercicio de la competencia provincial. El ejercicio respectivo de esa competencia concurrente por la provincia está permitido, justificado y debe prevalecer.

Ahora nuevamente, ¿qué ocurre si la provincia no acciona por sí misma su programa, mientras que sí lo hace la Nación? En un análisis que se detenga sólo en el nivel de las competencias, no habría ninguna solución en particular. La respuesta sería que, dada la concurrencia, si una de las administraciones la toma y acciona esa facultad, en la medida en que se cubran los deberes básicos de contenido del derecho, la provincia puede no asumir para sí ninguna obligación adicional.

Sin embargo, esta respuesta es insatisfactoria para nuestro planteo que se basa en las obligaciones que derivan de la educación como derecho. En tanto exista un sujeto obligado capaz de ofrecer una mayor garantía del derecho, la asunción de competencia por parte de la Nación, no libera en absoluto la responsabilidad de la provincia, en este caso, por hacerse cargo de su deber de progresividad y en consecuencia, quedar obligada a ejecutar su propio programa antes que aquel previsto por la norma nacional que reconoce menores contenidos (o por lo menos complementar el dispuesto por la norma nacional). Aquí también, pese a no haber una tensión explícita de competencias, podremos recurrir al examen de proporcionalidad a fin de justificar la conclusión expuesta.

En los siguientes apartados procederemos a comprobar si este modelo propuesto tiene o bien podría tener un correlato en su aplicación real en el sistema federal argentino.

7.1 La plausibilidad del modelo de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte

En la jurisprudencia actual de la Corte no constan fallos a partir de los cuáles pueda realizarse una comprobación empírica del esquema propuesto en el punto anterior analizado en materia de educación. Sin embargo, el esquema argumentativo propuesto puede ser puesto a prueba en casos de reconocimiento de la competencia concurrente

acontecida en la reforma constitucional de 1994 en cuestiones de medio ambiente y defensa del consumidor. Ello es relevante por varios aspectos para nuestra tesis.

Primero, la educación y los derechos de los usuarios y consumidores, por ejemplo, se incorporan a la Constitución con una indudable calidad de derechos, en el marco del derecho constitucional internacionalizado. Esto ha contribuido que al momento de su legislación, contralor y participación ciudadana, las medidas y acciones adoptadas se aparten de un mero tratamiento como un deber objetivo del Estado, o una política pública deseable pero de discrecional manejo por las autoridades estatales.

Segundo, ambos derechos se insertan en el plexo constitucional de manera novedosa procurando impactar positivamente en la estructura clásica tradicional de separación de competencias en la Constitución histórica, al reafirmar una vocación más cooperativa entre Nación y provincias. El propósito sería el de otorgar una mayor protección de los derechos constitucionales, en un marco que a su vez, resulte más respetuoso del federalismo y procure dejar siempre con significado y contenido las atribuciones reconocidas en todos los niveles federales, asignándoles paralelamente responsabilidades concretas y exigibles.

En tercer lugar, tanto en materia de consumidores cuanto también en medio ambiente, es posible encontrar un tronco legal indisponible y elemental configurado por la legislación del Congreso Nacional (la ley 26206, ley 24240, Ley de Defensa del Consumidor y Usuario y la ley 25675, Ley General de Medio Ambiente – que en rigor esta última fija “presupuestos mínimos” de protección, entre otras).

Finalmente, la Corte Suprema (al igual que otras instancias judiciales inferiores) sí ha tenido la oportunidad de pronunciarse en estos temas, lo que permitiría poner a prueba el esquema argumentativo.

Así por ejemplo, en el fallo “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y otro”⁵⁵⁶ la Corte Suprema dispuso el cese provisional de los desmontes y talas de bosques nativos en localidades de la provincia de Salta, que habían sido autorizadas por esta provincia sin atender a lo dispuesto por la ley de presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos, norma de carácter federal. La procedencia de la medida cautelar constituyó un ejercicio efectivo de la asunción de la responsabilidad del gobierno federal frente al incumplimiento provincial de los deberes elementales (en relación con los

⁵⁵⁶. CSJN, Fallos 331:2925: “Salas, Dino y otros, c. Provincia de Salta y otro”, de 29/12/2008.

estudios ambientales requeridos, la reglamentación de la ley en su jurisdicción, la confección de la cartografía requerida sobre la determinación de las zonas de diverso valor de conservación, entre otros) previstos en la citada norma federal.⁵⁵⁷

En este caso, si bien la primera decisión se dio en el marco de un proceso cautelar, la medida fue luego cuestionada por la provincia de Salta y la Corte volvió a tener la posibilidad de reafirmar su posición (respecto del cese de la tala y desmonte sin los estudios previos correspondientes debido al notorio daño ambiental probable) y debilitar los argumentos de la provincia que solicitaron el cese de tal medida.⁵⁵⁸ La disposición de una serie de medidas preliminares a fin de proteger los derechos afectados y que se atenga a los presupuestos mínimos previstos en la norma federal, no implicó de todos modos, un avasallamiento de la competencia provincial, puesto que posteriormente, habiéndose reglamentado la ley por parte de la provincia y designado la autoridad de aplicación local (el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable provincial), la Corte señaló que la prohibición provincial que se denunciaba violada debía ser presentada primeramente en el ámbito provincial y no de manera originaria ante ella.⁵⁵⁹

Recientemente la Corte ha declarado su competencia en un conflicto surgido a partir de la sanción de la ley del Congreso Nacional 26639 mediante la cual se fijaron los presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares.⁵⁶⁰ Entre otros puntos, la ley señala las actividades que puedan afectarlos y determina que se lleve a cabo una auditoría ambiental sobre las actualmente en ejecución para eventualmente, de caer tales actividades dentro de las prohibidas, se proceda al cese, traslado u adopción de medidas correspondientes.

⁵⁵⁷. En tal sentido, sostuvo en sus considerandos que “los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el art. 117 CN. [...] Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando están en juego garantías constitucionales de la índole de las invocadas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados (conf. causas citadas precedentemente; Fallos 328:1146)”. V. CSJN: “Salas, Dino y otros, c. Provincia de Salta y otro”, de 29/12/2008, considerando 2.

⁵⁵⁸. CSJN: “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y otro”, del 26/3/09.

⁵⁵⁹. CSJN: “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y otro”, del 14/9/2010.

⁵⁶⁰. CSJN: “Barrick Exploraciones Argentinas S.A y otro v. Estado nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (expte. B.140.XLVII), Fallos: 334:715 (2011).

Frente a esta situación, varias empresas titulares de concesiones para la exploración y explotación de actividades en el lugar, iniciaron una acción declarativa de inconstitucionalidad frente a la justicia federal a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la norma. La provincia solicitó ser parte litisconsorte activa en el proceso y el caso fue elevado directamente a la Corte.

Lo interesante de este caso, es que pese a no ser resuelto aún por la Corte, su encuadre parece encajar en el análisis del alcance y extensión de los deberes básicos de protección a cargo del nivel nacional y de los derivados de la concurrencia. Ante una omisión o un incumplimiento insuficiente por parte de la provincia del piso mínimo exigible en materia de protección ambiental, debe ser el gobierno federal quien exija el respeto a tal piso desconociendo las facultades provinciales que dispongan lo contrario o lo menoscaben.

En otra causa vinculada sobre la contaminación de la cuenca del Riachuelo,⁵⁶¹ la Corte admitió la procedencia de las demandas sobre la recomposición del medio ambiente y la prevención de nuevos daños en el futuro y mandó a que se llevara a cabo un programa de saneamiento a tales efectos.⁵⁶² Debido a las características territoriales y la composición de la autoridad de su administración, la Corte reconoció la jurisdicción federal del asunto, manteniendo una responsabilidad conjunta por parte de la Ciudad de Buenos Aires, la provincia y el Estado nacional, habilitando al Juzgado Federal de Quilmes donde la causa fue radicada a ejecutar la sentencia y a imponer las sanciones que fueren necesarias frente al incumplimiento del programa que se fije.

Este caso abre un nuevo esquema de trabajo a nivel federal sobre la base, no ya formalmente de una concurrencia, sino más bien de una responsabilidad compartida (en función de los territorios involucrados) pero que de algún modo, reivindica nuestro modelo pensado en términos de obligaciones, en tanto éste parece resultar más funcional a la búsqueda y precisión de sujetos obligados y una solución más amplia y de mayor alcance en el reconocimiento y protección del derecho, en el marco de un federalismo de cooperación. En efecto, este esquema habilita así al tribunal a que, según las distintas obligaciones que se establezcan a los fines del proceso, éste pueda precisar una asignación

⁵⁶¹. CSJN, "Mendoza, B. S. y otros c. Estado nacional y otros". Fallos 329:2317 (2008).

⁵⁶². El "programa" se imponía como una necesidad para garantizar la eficacia en la implementación del decisorio, y tiene por contenido "...un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control". V. consid. 7 del fallo arriba citado.

y un reparto más preciso de las responsabilidades entre los sujetos obligados, pudiendo apelarse a los principios expuestos en nuestro modelo.

Bajo la composición actual de la Corte, se ha dado un caso que también permite abrir y ver más de cerca el debate sobre la plausibilidad o no de dicho tribunal a reinterpretar el tema de las competencias a la luz del cumplimiento de las obligaciones que surgen del derecho a la educación. En el caso “Telefónica de Argentina S.A.”,⁵⁶³ la empresa prestataria del servicio telefónico promovió una demanda de inconstitucionalidad contra una ley dictada por la provincia de Río Negro (ley 3674) que disponía que las empresas concesionarias de servicios telefónicos que prestasen servicios en dicha jurisdicción, debían ofrecer adicionalmente una facturación detallada de los consumos realizados por el usuario, a pedido de los abonados y sin costo alguno. El argumento de la empresa se fundaba en que la reglamentación provincial invadía una materia de competencia de la Nación y en forma exclusiva (la reglamentación de las telecomunicaciones). La demanda iniciada por la compañía privada fue rechazada por el superior tribunal local sobre la base de que la cuestión regulada era parte de la legislación en materia de defensa del consumidor (de competencia concurrente) y no se trataba de una competencia exclusiva del Congreso Nacional conforme la Constitución. La Corte Suprema admitió no obstante el recurso en queja de la actora y con una decisión mayoritaria ajustada a cuatro votos, sobre la base de un precedente que consideraba al servicio telefónico comprendido en la “cláusula comercial”, dejó sin efecto la sentencia cuestionada sin mayor pronunciamiento.

Sin embargo, es en el desarrollo del argumento de la disidencia encabezada por los ministros Zaffaroni y Lorenzetti donde se realiza un trabajo de interpretación similar al que nuestro modelo propone.⁵⁶⁴ Reconocieron que el tema involucraba materia referida a la “cláusula de comercio” (art. 75 inc. 13 de la Constitución). Sin embargo argumentaron que desde que el tema refería a la protección de los consumidores (art. 42 de la CN) podría verse el caso desde un supuesto que admitía concurrencia, y a partir de allí, priorizar la

⁵⁶³. CSJN, Fallos 330: 3098 (2007).

⁵⁶⁴. Dicha disidencia fue reiterada por el juez Lorenzetti en el caso “Camussi Gas del Sur S.A. c. Pcia de Río Negro” (2008), Fallos 331:2178. En él, la empresa había solicitado la inconstitucionalidad de la ley local 3701 que - al disponer la eliminación del cobro por reconexión y/o retiro de medidor u otro tipo de multas mientras durase la emergencia económica provincial – modificaba a su entender el reglamento de servicio, facultad reservada al Estado nacional en virtud de la cláusula constitucional del 75 inc. 13, entre otros argumentos. La mayoría compuesta por los votos de Fayt, Petracchi, Maqueda y Highton (según su voto) sostuvieron la inconstitucionalidad de la norma provincial. La ministra Argibay desestimó *in limine* la cuestión debido a considerar la ausencia de caso.

competencia en el sujeto obligado que mejor amparase los derechos en juego. La concurrencia fue sostenida a partir de los siguientes argumentos:

- la ley que declaró la necesidad de la reforma así como la propia reforma constitucional expresaron el fin de fortalecer el federalismo, a través de la inclusión de normas que ampliaran la descentralización institucional;
- según el art. 121 de la Constitución Nacional, las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, “principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes de policía [...], y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 108 (actual 126) de la Constitución Nacional [...] y la razonabilidad”;⁵⁶⁵
- “el bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización institucional, y la aplicación efectiva de los derechos [en este caso] del consumidor constituyen una estructura de principios suficiente para sustentar la competencia concurrente [...] limitada por el principio de no interferencia”.⁵⁶⁶

Sobre la base de estos argumentos concluyeron que correspondía aplicar la norma provincial en tanto otorgaba un mejor alcance del derecho. Este mismo razonamiento puede ser trasladado a la educación para permitir el desarrollo de la competencia concurrente provincial en la materia a fin de mejorar el piso federal. Su esquema de decisión puede ser reinterpretado ahora a través del examen de proporcionalidad, con el objeto de poner el énfasis no en la competencia concurrente por sí sola, sino en la determinación del sujeto obligado que en mejores condiciones se encuentre para garantizar el derecho.

Así tenemos un medio (la norma provincial) que persigue una finalidad estatal que se suma a un fin de promoción de al menos dos derechos: el principio de defensa de los consumidores y otro vinculado con el acceso a la información (P1 y P2 respectivamente). Estos derechos parecen entrar aquí en colisión con aquel otro relacionado con la libertad de comercio y ejercicio de industria lícita de la concesionaria del servicio público (P3). En el mismo esquema no sólo entran en tensión principios materiales sino también principios formales: el principio de protección de la autonomía provincial (art. 5º, 41, 125 de la CN, que llamaremos P4) y aquel otro de protección de la competencia concurrente federal (art.

⁵⁶⁵. CSJN, Fallos 330: 3098 (2007), consid. 8 del voto en disidencia de los ministros Zaffaroni y Lorenzetti.

⁵⁶⁶. Ídem, consid. 9 del voto en disidencia de los ministros Zaffaroni y Lorenzetti

41, 75 inc. 18, 19 que llamaremos P5). Está claro que no podríamos hacer este análisis si se tomara exclusivamente la competencia federal con base en la “cláusula de comercio” (art. 75 inc. 13 CN) pues ello nos ataría a una regla que impediría cualquier razonamiento como el presente.

El examen de idoneidad es superado por la norma provincial sin inconvenientes, desde que la medida provincial fomenta sin duda al menos en un sentido abstracto, el fin perseguido en P1 y P2, y encaja a primera vista sin inconvenientes en el marco de su competencia. Respecto al segundo de los mandatos del examen, esto nos ubica primero en la necesidad de indagar en relación con la existencia de otros medios alternativos que puedan lograr una igual o mejor promoción de P1 y P2, procurando además una menor restricción de los demás principios que entran en juego. En el marco de este análisis sólo sostendremos el porqué de la preeminencia de la competencia federal (como lo sostuvo la mayoría de la Corte) no puede ser considerado un medio alternativo. En este sentido, observaremos que el ejercicio de dicha competencia priva de contenido innecesariamente a la autonomía provincial que se encontraba constitucionalmente legitimada para regular en la materia, y que al hacerlo, extendía el supuesto de hecho de los derechos P1 y P2 en juego, promoviendo de un mejor modo el alcance de tales derechos. Parece no existir aquí tampoco un mejor medio que garantice tan eficazmente a P1, P2 y P4 y al mismo tiempo restrinja en menor medida a P3 y P5.

Finalmente, se impone aplicar el examen de proporcionalidad en sentido estricto, desde el cual podrá observarse que la restricción a la libertad de comercio es leve (los sistemas de emisión de factura ya están preparados para detallar los consumos y el único perjuicio derivaría de un eventual mayor consumo de tinta o papel de impresión por caso. Sin embargo no surge que eso sea una restricción excesiva para las empresas). En tanto el beneficio para P1 y P2 que se desprende de la aplicación de la norma provincial es a su vez importante para los usuarios. Ese beneficio también puede contarse a favor del federalismo (P4), tal como lo sostuvo la disidencia en su argumentación. De este modo, desde que el medio es adecuado técnicamente y el menos lesivo y la restricción a los otros principios en juego guarda una relación de proporcionalidad en sentido estricto con el fin estatal local legítimo de fomento del derecho, entonces la media estatal (la norma local

sancionada en el ejercicio de la autonomía provincial) es proporcional en sentido amplio.⁵⁶⁷

De este modo, el resultado de la ponderación permite comprender y argumentar racionalmente frente a la concurrencia, respecto del sujeto responsable más idóneo para la garantía del derecho en juego, a la par que brinda un espacio de análisis para la comprensión de la estructura federal de concertación que justifica dicha concurrencia.

7.2 La plausibilidad del modelo sobre la base de casos concretos

Hemos querido rastrear algunos casos reales y de situaciones actualmente presentes en una muestra de provincias del país de modo que permita formularnos un diagnóstico y pronóstico más acabado respecto del marco de aplicación del modelo propuesto. En ellos el acento está puesto en el modo de definir, frente al caso específico, las obligaciones que emanan del derecho a la educación, los sujetos destinatarios de éstas y los límites observables conforme hemos arriba expuesto. La conformación de la muestra para la selección de casos y de las provincias se ha hecho conforme un muestreo teórico o intencionado, basándonos en las necesidades de información requeridas para nuestra investigación.

- ***El caso Neuquén y las experiencias repetidas: la ley de los 180 días de clases mínimos y su cumplimiento por el gobierno nacional y los gobiernos provinciales***

En el año 2010 ocurrió un conflicto docente en la provincia de Neuquén, principalmente a partir de un reclamo de recomposición salarial entre otros puntos, que se extendió por cerca de doce semanas luego de los primeros días del comienzo del ciclo de clases. Estando empantanadas las negociaciones entre el gobierno provincial y el sindicato ATEN (Asociación de Trabajadores de la Educación de Neuquén), el poder ejecutivo local dictó un decreto (735/10) declarando la educación como “servicio público esencial” y conminándose a que en los establecimientos educativos se diera cumplimiento a la jornada educativa en todos los niveles y en todas las modalidades del sistema, en un 50% del dictado de las clases como mínimo, y del 100% en el caso de tratarse de establecimientos educativos especiales, escuelas-hogar, albergues y comedores escolares.

⁵⁶⁷. Véase para un análisis completo de las reglas y orientaciones argumentativas del examen de proporcionalidad en abstracto, en Clérico, 2009: 369 y ss.

Sobre esta medida, la secretaría de trabajo de la provincia dispuso la ilegalidad de la huelga, ordenando el levantamiento del paro y disponiendo las sanciones previstas en el decreto para quienes no cumplieran con dicha norma. Ante esta medida, lejos de poner fin al conflicto, los sindicatos docentes locales, regionales y nacionales reaccionaron reforzando la protesta y elevando diversas denuncias ante la justicia local y organismos internacionales como la OIT sosteniendo, entre otros argumentos, la ilegalidad de la restricción impuesta al derecho de huelga y afirmando el carácter de la educación no como un servicio público sino como un bien social y un derecho.

La crisis docente de comienzos de 2010 en la provincia de Neuquén puede ser traída como un caso para analizar la plausibilidad del modelo propuesto más arriba. Efectivamente, el esquema federal hubiera podido contribuir a resolver este tema de un mejor modo.

La ley 25864 de “garantía de salario docente y 180 días de clase” otorga un amplio margen de acciones en el nivel provincial para el cumplimiento de los fines perseguidos por la norma. En efecto, la provincia contaba con un marco de opciones para poder dar cumplimiento a la ley y otorgarle así significado a su competencia concurrente en la materia, lo que la habilitaría a administrar su propia educación, recurriendo a sus propias instituciones administrativas (en el marco de negociaciones con el Poder Ejecutivo y el sindicato local, u otras instituciones como el Consejo Educativo) y hasta judiciales (sus propios tribunales provinciales) para dar solución al problema.

Eventualmente, también estarían aquí presentes un amplio rango de competencias del gobierno nacional algunas de carácter concurrente, como administrar distintas medidas de negociación política (como el adelanto de fondos) a fin de superar problemas como este. Otras más bien de carácter exclusivo, como fijar las paritarias nacionales, o buscar alguna forma de igualar los desequilibrios injustificados en el valor de los salarios docentes entre las múltiples jurisdicciones. El problema en concreto suscitado en Neuquén, tiene estrecha vinculación con los problemas de desarrollo muy dispares entre las provincias y los de distribución de los recursos de la Nación hacia las provincias a través del sistema de coparticipación, cuya fórmula actual se constituye en el primer factor determinante de las desigualdades en el financiamiento educativo (Rivas, 2010: 47).

También existen otras modalidades de acción previstas en otras normas legales que puede la Nación en la materia ejercer, como la de brindar asistencia de carácter extraordinario a la jurisdicción por medio de la “declaración de emergencia educativa”,

conforme lo dispuesto en la Ley Nacional de Educación (art. 115, inc. f), o intimarla con incluso remedios constitucionales (como la intervención como caso extremo) a fin de presionar por o apresurar la resolución definitiva del conflicto por la provincia y contribuir a la realización del derecho. Asimismo cabría la acción del Consejo Federal; dicho ámbito hubiera sido por excelencia un espacio de trabajo propicio donde pueden articularse en particular las demandas concretas de cada provincia y sus problemas y procurar su conciliación a fin de buscar ciertos niveles de justicia entre las diferentes realidades provinciales en su conjunto.

En el conflicto ocurrido en la provincia de Neuquén ninguno de los dos niveles de gobierno pareció asumir las obligaciones derivadas de este marco legal y otros conexos a él. Mientras que la Nación alegaba que se trataba de un conflicto provincial respecto del cual no tenía competencia (por tratarse de un sindicato local), el gobierno local condujo la situación a un punto de polarización entre la administración y los gremios que llevó a declarar inútilmente a la educación como servicio público esencial y así buscar un medio ilegítimo de detener la huelga.

Al momento de decidir tales montos en la paritaria nacional, el gobierno nacional no se hizo cargo de justificar las diferencias salariales entre las distintas jurisdicciones y de buscar un entendimiento fundado en mecanismos de articulación federales y remitió el conflicto potencial a las provincias. Ocurrido éste, tampoco ninguno de los dos niveles - nacional y federal- atinaron a la búsqueda y a la aplicación de mecanismos que pudieran contribuir a destrabar la situación originada. Desde el gobierno nacional, no se asumió sus obligaciones de deber de mínima incumpliendo gravemente (más allá de si era el responsable directo o no de la situación) con el contenido básico del derecho a la educación. La Nación incurrió claramente en una omisión, desde que la ley 25864 establece claramente una obligación de hacer, que integra un contenido definitivo y exigible del derecho, conforme lo visto en el *capítulo IV* y en este apartado.

Por su parte, la provincia condujo el problema a una situación de enfrentamiento que se agravó con la calificación ilegal de la educación como servicio público esencial. La medida aludida tampoco supera el primer mandato del examen de proporcionalidad en tanto resulta inidónea tanto al fin estatal expreso (hacer cesar la huelga y restablecer el servicio educativo - por no ser legalmente posible calificar a la educación como servicio público esencial), como respecto de la finalidad de realizar el derecho a la educación, pues

ello no hizo cesar el paro y en consecuencia el servicio educativo no fue reanudado. En este caso, también el actuar insuficiente debe reputarse de inconstitucional.

Pasado el conflicto, ninguno de los niveles fue objeto de apercibimiento o sanción por el incumplimiento de la norma. El Consejo Educativo Provincial dispuso luego una serie de medidas tendientes a recuperar sólo algunos de los días de clases perdidos a través de la supresión de días del receso invernal, jornadas de capacitación docente, entre otras.⁵⁶⁸

La situación se ha vuelto a repetir a comienzos de 2011, esta vez en la provincia de Santa Cruz. El conflicto originado por idéntica causa (los sindicatos pedían un 50% mientras que la provincia ofrecía un 25% de aumento salarial) fue convocado por las asociaciones gremiales locales docentes ADOSAC (Asociación Docente de Santa Cruz) y AMET (Magisterio de la Enseñanza Técnica). El conflicto se disparó el mismo día de inicio de clases hacia el 28 de febrero con 8 días de huelga y finalmente a partir del 15 de abril con un paro indeterminado. Existió en este caso un marco mayor de reuniones entre la administración provincial y los sindicatos, pero éste resultó infructuoso y sin éxito, aún luego de la confirmación de una cámara que confirmando el fallo anterior de primera instancia intimó a acatar la conciliación obligatoria (convocada con presión del Ministerio del Trabajo de la Nación y la CTERA).

- ***El caso de la Ciudad de Buenos Aires y los jardines maternales. Reconocimiento de posiciones jurídicas locales de mayor alcance que las reconocidas en el marco normativo federal***

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires asegura en su artículo 24 la obligación constitucional indelegable de asegurar y financiar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas de la Ciudad a partir de los 45 días de vida. Dicha previsión es mucho más avanzada e integral que aquella comprendida en la actual Ley de Educación Nacional (ley 26206) que sólo refiere a una obligación progresiva de expansión de los servicios educativos iniciales (art. 21). Por su parte, ni la Constitución Nacional ni los tratados

⁵⁶⁸. La situación se ha vuelto a repetir a comienzos de 2011, esta vez en la provincia de Santa Cruz. El conflicto originado por idéntica causa (los sindicatos pedían un 50% mientras que la provincia ofrecía un 25% de aumento salarial) fue convocado por las asociaciones gremiales locales docentes ADOSAC (Asociación Docente de Santa Cruz) y AMET (Magisterio de la Enseñanza Técnica). El conflicto se disparó el mismo día de inicio de clases hacia el 28 de febrero con 8 días de huelga y finalmente a partir del 15 de abril con un paro indeterminado. Existió en este caso un marco mayor de reuniones entre la administración provincial y los sindicatos, pero éste resultó infructuoso y sin éxito, aún luego de la confirmación de una cámara que confirmando el fallo anterior de primera instancia intimó a acatar la conciliación obligatoria (convocada con presión del Ministerio del Trabajo de la Nación y la CTERA).

internacionales de derechos humanos perfilan esta obligación con igual precisión y de cumplimiento inmediato, y por ende, enteramente exigible.

En el año 2007 una ONG (ACIJ) inició una acción de amparo contra el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin que se le ordenase cumplir con la obligación prevista en la Constitución porteña, afirmando que dicha obligación había sido sistemáticamente incumplida durante los ciclos lectivos correspondientes a los años 2002 – 2006.⁵⁶⁹ Asimismo, la asociación solicitó como medida cautelar innovativa que se ordenara a la demandada para que “diseñe y ejecute urgentemente medidas que tiendan a remediar la falta de vacantes del nivel inicial para el comienzo del ciclo lectivo 2007.

El juez de primera instancia en lo contencioso administrativo de la Ciudad luego de reconocer la legitimidad de la actora y la exigibilidad inmediata del derecho a la educación incluso “en su dimensión colectiva”, hizo lugar a la acción e intimó al gobierno local a adoptar algún conjunto de medidas tendientes a afrontar el problema, debiendo presentar el detalle de las obras en ejecución, los proyectos de obras nuevas necesarias para satisfacer la demanda más un proyecto que especificare claramente las medidas que adoptaría para asegurar el acceso a la educación inicial para el ciclo 2008. El fallo fue posteriormente confirmado en la segunda instancia y el gobierno se allanó a resolver el problema mediante la firma de un acta-acuerdo cuando el caso llegó al Tribunal Superior de Justicia.

El caso plantea dos perspectivas de interés que vale la pena resumir para los propósitos de nuestra tesis. Por un lado, ejemplifica la eficacia de un federalismo cooperativo en los términos de un modelo que habilite la actuación provincial para ampliar el reconocimiento y extensión de posiciones jurídicas del derecho por encima del piso básico previsto federalmente. Por el otro, como hemos señalado,⁵⁷⁰ el fallo constituye una vía legítima por donde comenzar a debatir seriamente la dimensión colectiva de determinados reclamos que hacen a la vigencia de contenidos básicos del derecho a la educación para importantes sectores de la población y que a partir de su judicialización se visibilizan y se tornan exigibles.

⁵⁶⁹. Juzgado Contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, expte. N° 23.360/0 “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. GCBA s/ amparo (artículo 14 CCABA)”, del 13 de agosto de 2007” Véanse las referencias del caso en el capítulo I, numeral 7.1.5.

⁵⁷⁰. Véase capítulo IV, numeral 7.

- ***El caso Salta: enseñanza religiosa en las escuelas públicas. Incumplimiento de los contenidos básicos del derecho a la educación por exceso***

Durante el mes de diciembre de 2008, la legislatura local sancionó la ley de educación provincial 7546, donde dispuso la enseñanza religiosa obligatoria en los establecimientos escolares públicos. La norma contempla en primer lugar, en su título referido a principios, fines y criterios de la educación, que se debe garantizar que los padres y en su caso los tutores tengan el derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Este punto se complementa con el apartado acerca de los derechos y deberes de los padres en cuanto expresa sus derechos de “elegir para sus hijos o representados, la institución educativa cuyo ideario responda a sus convicciones filosóficas, éticas o religiosas” (art. 120). Asimismo, enuncia como “responsables de las acciones educativas, la familia, como agente natural y primario, el Estado Provincial en los términos de la Constitución Provincial y [la] Ley, la Iglesia Católica, las confesiones religiosas oficialmente reconocidas y las asociaciones y organizaciones sociales con personería jurídica y fines educativos” (art. 9). Finalmente dispone en el capítulo II que en tanto “la educación primaria tiene como finalidad proporcionar una formación integral, básica y común”, son objetivos de ella, entre otros, “brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”. Por su parte, también el Estatuto del Educador (ley 6830/95) contempla a los “profesores de religión”, quienes deberán contar con la habilitación otorgada por la persona responsable y su estabilidad “queda sujeta a las particularidades que la reglamentación fije en el caso”.

En verdad, la pluralidad de credos en la enseñanza religiosa no se cumple y la norma sólo quiso “blanquear” una situación de hecho donde la enseñanza de la religión católica desde 1978 integra los planes de estudio de la educación primaria pública. Incluso expresamente los planes de estudio de la entonces EGB (Educación General Básica) señalaban el estudio de la “religión en el ámbito nacional y la provincia y celebraciones”. La Constitución de Salta, se suma a los ordenamientos jurídicos de Catamarca y Tucumán

que aún hoy hacen de la enseñanza religiosa una de las características de su educación pública.⁵⁷¹

La medida ordenada por la ley provincial de Salta desconoce el contenido básico y que se vincula con los derechos asegurados en la Constitución Nacional y demás tratados internacionales de derechos humanos sobre libertad de conciencia y no discriminación y el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos que resulte acorde con sus propias convicciones.⁵⁷² Además, la norma mantiene una posición que choca de lleno con

⁵⁷¹. Por su parte, el art. 270 de la Constitución de Catamarca señala que “la Provincia garantizará la enseñanza religiosa en sus centros educativos de todos los niveles según el culto de los educandos, siempre que el mismo esté reconocido por la Dirección Nacional de Cultos. Para los menores de edad, queda a criterio de los padres el aceptar o no dicha enseñanza para sus hijos. La indicada enseñanza estará sujeta a normas jurídicas especiales y su dictado a cargo de personas propuestas por la autoridad de los respectivos credos.” Por su parte la ley de educación provincial (ley 4843, art. 26). expresa que la provincia debe garantizar la enseñanza religiosa en las unidades escolares de su dependencia, según el culto de los educandos, evitando toda forma de discriminación [...]”. Conforme un estudio relevado de la situación (Rivas, 2007: 116) este tema fue fuertemente debatido al aprobarse los diseños curriculares de la provincia en 1999, cuando se incluyó “Religión” como parte del currículo para las escuelas públicas y privadas. Si hasta ese momento, tanto en la Constitución provincial como en la Ley General de Educación, no se hacía referencia a la “religión católica” y, en el caso de Ley General de Educación, se explicitaba la necesidad de considerar el culto de cada educando, en cambio los nuevos diseños, elaborados por delegados del Obispado provincial, no tuvieron en cuenta otras doctrinas. Es así como comenzó un arduo debate que tuvo repercusión nacional, entre la DAIA (Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas) y otros cultos, que reclamaban la derogación de la enseñanza religiosa por considerar que era discriminatoria, y la Iglesia Católica, que solicitaba el cumplimiento de la garantía constitucional provincial. El conflicto concluyó con el acuerdo de que la enseñanza religiosa sería opcional, no obligatoria, dictada en el último horario escolar del día viernes. En los hechos, sin embargo, en las escuelas públicas catamarqueñas se sigue dictando catequesis.

Asimismo, le ley de educación de la provincia de Tucumán, señala en sus lineamientos y fines que de conformidad con lo dispuesto en la constitución local, la política educativa deberá asegurar “la participación de la familia, como agente natural y primario de la educación, garantizando el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, según sus propias convicciones, y a que se incluya, dentro de los horarios de clase, la enseñanza del credo en el que se los educa en los hogares, conforme con el orden y la moral pública, asegurando la igualdad para todas las confesiones religiosas reconocidas” (art. 6° ley 7463). Aquí también la iglesia católica tuvo un claro protagonismo en la introducción de contenidos religiosos en los diseños curriculares. V. para mayor detalle, el Anexo I.

Otros casos también se destacan por ciertas menciones específicas. En la Ley de Educación de la Provincia de Buenos Aires (11612) se establece que la educación debe formar “en los principios de la moral cristiana, respetando la libertad de conciencia” (art. 1). En los casos de Córdoba (8113), Jujuy (4331), Santa Fe (3554), San Juan (6755) y Santa Cruz (263) se establece la enseñanza religiosa optativa según convicciones en las escuelas de gestión estatal.

⁵⁷². Basta una breve reflexión para comprender como la imposición de la educación religiosa afecta y restringe intensiva e injustificadamente los otros derechos en juego, por lo que la norma también resulta por esta vía inconstitucional. La libertad de conciencia, se encuentra entre las primeras afectaciones por exponer a los niños a interferencias coactivas en materia religiosa en un marco educativo que debe reputarse laico para, como vimos, permitir al niño alcanzar su pleno desarrollo autónomo, la elección de sus propias opciones de vida (incluso en religión), el desarrollo de un pensamiento crítico, libre de dogmas, en el marco de un estado democrático y de respeto a los derechos humanos. También la medida impone severas restricciones al derecho de los padres o tutores de decidir si los niños recibirán o no educación religiosa. Quitada la opción estatal, sólo aquellos padres que puedan pagar un establecimiento privado podrán hacer uso de esta elección, lo que también claramente discrimina en función de la

la neutralidad religiosa de la educación pública laica, enfatizada actualmente tras la reforma constitucional de 1994. En efecto, como señalamos, este antiguo debate fue zanjado con la aprobación de la ley pionera en educación 1420, (sin olvidarnos del resurgimiento de los conflictos y fuertes debates en el tema ocurridos en 1958 con la aparición de la legislación que permitió la creación de universidades privadas) y que dispuso una clara separación entre la autoridad de la Iglesia y el Estado, y que sirvió de marco para todas las restantes reglamentaciones nacionales y locales en educación. Además la reforma constitucional, en una actitud claramente antidogmática, barrió en su texto varias connotaciones católicas de diverso alcance y aplicación.⁵⁷³

La justicia local advirtió en parte esto a través de un fallo reciente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala III, en el caso “Castillo, Carina Viviana y otros vs. Gobierno de la Prov. de Salta y Ministerio de Educación de la Prov. de Salta sobre amparo”, de fecha 23 de febrero del 2012. La justicia acogió parcialmente el amparo iniciado por la una ONG (ADC), reconociéndole a ésta legitimación activa junto con un grupo de padres y madres de hijos “no católicos” que asisten a la escuela pública.

Si bien rechazó la declaración de inconstitucional del art. 49 de la Constitución local así como de lo dispuesto en el tema en la ley provincial de educación, ordenó a la provincia a “disponer las medidas necesarias para que cesen las conductas que se desarrollan en las instituciones públicas de educación primaria que impongan prácticas de la religión católica, y también que se adopten las medidas necesarias para adecuar el dictado de la materia Educación Religiosa a los parámetros dados por la recomendación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General Nº 13 y en la Observación General Nº 22 del Comité de Derechos Humanos, referidos al dictado imparcial, objetivo y respetuoso de la libertad de conciencia y de expresión, y que no obligue a revelar las creencias religiosas de los alumnos y sus familias”.

posición económica y social de los sujetos. Por último, la educación confesional obligatoria en el sector público condena a múltiples situaciones de discriminación por creencia o religión (categoría sospechosa vedada tanto por la Constitución como los tratados internacionales de derechos humanos conforme ya vimos), en particular de aquellos niños que no profesan dicha religión mayoritaria, pues son expuestos a situaciones de exclusión o segregación y en el caso tampoco se contemplan otras alternativas sobre opción, calificación y eximición de cursado de la materia a niños y niñas no católicos y/o no creyentes.

⁵⁷³. La reforma constitucional de 1994 ha suprimido en los siguientes artículos: 67 inc. 15 (obligación de convertir a los indios al catolicismo), 67 inc. 19 (derecho de patronato), 67 inc. 20 (permiso para el ingreso de nuevas órdenes religiosas), 76 (pertenencia a la comunión católica, apostólica y romana del presidente y del vicepresidente), 86 inc. 8 (facultad del presidente de presentar una terna a la Santa Sede para la designación de obispos y administradores apostólicos), 86 inc. 9 (exequátur para las bulas, breves, decretos conciliares y demás documentos oficiales de la Santa Sede).

En este sentido, se identifican algunas líneas de argumentación de interés que merecen ser remarcadas. Entre ellas la reflexión sobre que “la elección personal respecto de las creencias religiosas de los ciudadanos pertenece a su esfera íntima, sin que el Estado, so pretexto del cumplimiento de un deber emergente del derecho de los padres a que sus hijos reciban educación religiosa, pueda vulnerarlo jurídicamente o en los hechos colocándolos en la situación de declarar si es que profesan alguna religión y en su caso cuál”.⁵⁷⁴ Para este planteo, basó su argumentación sobre lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional y además sobre los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular en sus cláusulas sobre la prohibición de discriminación fundadas en “categorías sospechosas”. Consideró probado que “la producción de conductas en los colegios públicos tales como el rezo diario, la conmemoración de festividades religiosas, la permanencia de los alumnos en las clases de religión aún contra la expresa decisión de los padres o tutores, el reconocimiento de una autoridad escolar de que el Padrenuestro es la oración universal, como también la omisión estatal de atender los casos de alumnos no católicos o no creyentes asignándoles actividades curriculares en los momentos en que se dictan clases de religión, resultan todas ellas actos contrarios al derecho a la igualdad que asiste a los niños fundados en motivos que impiden justificar la diferencia, tal como es la religión que profesan o la íntima decisión de no sostener ningún culto.”⁵⁷⁵ Finalmente tomó por una parte, las directrices expuestas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto a que la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al art. 13 del PIDESC, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores. A esta sumó, lo dispuesto por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 22 donde interpreta el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la que observa que de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del art. 18 del Pacto no se puede obligar a nadie a revelar sus pensamientos o su adhesión a una religión o a unas creencias, y que el inciso 4 del art. 18 del Pacto permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva y que es incompatible con el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares.

⁵⁷⁴. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala III, en el caso “Castillo, Carina Viviana y otros vs. Gobierno de la Prov. de Salta y Ministerio de Educación de la Prov. de Salta sobre amparo”, consid. 9.

⁵⁷⁵. Ídem nota anterior.

Aunque el fallo no avanzó sobre la inconstitucionalidad de la ley de educación, es un aporte importante en el reconocimiento y exigibilidad del derecho a la educación de cara a las restricciones e incumplimientos en materia de contenidos básicos. Pero las violaciones no se agotan sólo en estos puntos sino que se extiende a varios aspectos interrelacionados. Existen denuncias que aún en la provincia no se dio cumplimiento en las aulas de la ley nacional 26150 de educación sexual integral, ni se reglamentó la ley 25673 que regula el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. A ello se le suma que en los centros de salud escasea el asesoramiento en anticoncepción, faltan métodos y se ponen trabas para que las mujeres jóvenes puedan acceder a un DIU o a una ligadura de trompas. Por su parte, los maestros no reciben de las autoridades locales el material informativo y de capacitación que sobre el tema envía el Ministerio de Educación de la Nación.⁵⁷⁶

- ***El caso Tucumán: seguro escolar vs. educación gratuita. Otro incumplimiento por exceso***

Sorprende que la provincia de Tucumán, a la par que asegura en su Constitución una educación gratuita (art. 5°), con gran naturalidad prevé la obligatoriedad del pago anual de un seguro escolar como requisito ineludible para la inscripción del alumno en el establecimiento educativo público.

La provincia tiene un decreto/ley (16/1) de mayo de 1963 por el que instituye el seguro escolar contra accidentes para todos los alumnos que concurren a las escuelas dependientes, directa o indirectamente, del Ministerio de Educación Provincial.⁵⁷⁷ Una ley provincial posterior (ley 5156) facultó al Instituto de Previsión y Seguridad Social de la Provincia (IPSST), organismo jerárquicamente dependiente del Ministerio de Salud Pública de la Provincia a actualizar los beneficios y cuotas de los afiliados por los servicios sociales que administra. Así establece que “la prima del seguro no podrá ser superior a la que fije el Instituto [...] para el alumnado, por año escolar, por aplicación de la ley 5.156 o la que en el futuro la sustituya”. Anualmente, el IPSST dicta una resolución anual a través

⁵⁷⁶. Cfr. diario Página 12, “Niños, composición, tema: ‘Nacer del repollo’”, del 9/8/10.

⁵⁷⁷. El decreto ley 18/1 se encuentra a su vez reglamentado por el decreto 802 del poder ejecutivo local que dispone en su artículo 17 que “las primas serán abonadas anualmente y en una sola cuota [...] y en el subsiguiente artículo que éstas “serán pagadas por los beneficiarios en la fecha determinada por el Consejo de Educación para las matrículas y serán recaudadas en cada establecimiento por la dirección o maestros encargados de la inscripción, bajo el contralor inmediato y responsabilidad del personal directivo”. De acuerdo al decreto, el sujeto obligado al pago son los asegurados, es decir, los alumnos que asisten a establecimientos dependientes del Ministerio de Educación de la Provincia.

de la cual fija el monto de la prima del seguro escolar. Dicho valor ha ido aumentando conforme la inflación y las “subas en la cobertura de riesgo por siniestralidad”.

La obligación de pago de un seguro escolar, aunque su valor sea ínfimo, viola claramente la garantía de gratuidad en los términos más llanos y como contenido básico de la educación como derecho fundamental. Al estipular un pago para el acceso a la educación, la provincia incumple en el respeto del piso mínimo y básico federal que se asume como regla que no admite ponderación alguna. Si la regla de la gratuidad vale de manera definitiva, entonces el seguro escolar provincial es inconstitucional y debe eliminarse. Frente a la inacción provincial (y nacional), en agosto de 2010 una asociación civil (ADC) junto con un grupo de madres presentaron un amparo colectivo a fin de que se declarase la inconstitucionalidad de dicha práctica en tanto vulneraba el derecho a la gratuidad.

8. Conclusiones intermedias: federalismo, gobernabilidad del sistema y desafíos pendientes

En los casos planteados, la aplicación del modelo de reglas y principios ofrece una visión clara de por dónde se presentan las omisiones e incumplimientos y quiénes son sus responsables. Así, en los casos de Neuquén y Santa Cruz, ciertamente la duración mínima del ciclo escolar forma parte del piso que debe ser garantizado por el gobierno nacional, por lo que debería tener a éste por el primer sujeto obligado. Sin embargo, la consecución de esa meta puede ser acompañada también, a través de diversos medios, y conforme al esquema propuesto, por medio de la asignación de una responsabilidad concurrente con la provincia. De este modo ambas competencias quedan con contenido y ello podría contribuir a la resolución del problema.

Los casos de Salta y Tucumán también refieren a un contenido federal indisponible. Allí donde la provincia, desconoce por cualquier medio, dicho marco de contenido básico del derecho, no igualándolo o superándolo en el ejercicio de sus deberes de máxima, la competencia federal debiera desplazar cualquier legislación o acción provincial, declarándola inconstitucional e inválida, pues en tal caso, nos movemos al terreno de los deberes federales elementales enunciados. Es así una responsabilidad del Estado nacional arbitrar las medidas a fin de que la provincia se ajuste a la *prohibición por exceso*, y regule su educación conforme los estándares nacionales.

Finalmente, en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, es el modo en que tuvo que ser resuelto el problema para lograr la efectividad de la norma local lo que llama nuevamente a la reflexión arriba expuesta. La concurrencia permitió a la Constitución local alzarse con una garantía del derecho más amplia que la propia reconocida en el piso federal. Pero la necesidad de recurrir a la justicia revela cierta falta de voluntad política del gobierno local para la búsqueda de los medios a través de los cuales su obligación asumida pueda ser atendida, lo que patentiza la omisión u obrar defectuoso. Lo que ocurre aquí es una *acción insuficiente*, donde si bien el estado local ha reconocido en su Constitución la obligación de un hacer definitivo, no implementa los medios a través de los cuales se procure la realización del derecho en juego

El análisis deja expuesto que más allá de la asignación y determinación de las responsabilidades iusfundamentales en el marco federal, es preciso indudablemente un *compromiso político* de las principales autoridades involucradas. A ello se le debe sumar de manera prioritaria la discusión y el tratamiento de los problemas y condicionamientos del funcionamiento del federalismo argentino. A través de nuestro análisis estos problemas han podido ser rastreados pero exigen un análisis político y sociológico de la política educativa más amplio que aquel que quede conformado por este trabajo. En este orden de ideas, podemos aportar las siguientes consideraciones.

- *La situación educativa no es producto de una falla en la base educativa normativa.* Para la instauración de una lógica de derechos en materia educativa en la Argentina no es un problema la ausencia de norma en términos generales. Por el contrario, la educación ha merecido, tanto en el plano normativo nacional (y provincial) como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, un detallado y amplio tratamiento, lo que permite como vimos, poder precisar el contenido del derecho así como los niveles de obligaciones del Estado nacional y provincial y sus mecanismos de protección.

- *La situación educativa no es producto de una falla en la bases federales normativas.* Con esto queremos reafirmar que, de cumplirse con las pautas de regulación y funcionamiento del federalismo conforme al modelo de reglas y principios propuesto en esta tesis y que resulta congruente con la interpretación constitucional e internacional en el tema, el federalismo podría contribuir de manera eficiente a facilitar y mejorar las posiciones jurídicas del derecho a la educación. No es la estructura federal por sí misma en abstracto el problema, sino el “tipo de federalismo” desintegrado y desarticulado hoy existente y que se plasma en el particular modo en que se desarrollan las relaciones de

poder provinciales y entre éstas y la Nación así como los mecanismos de cumplimiento y control conforme a los cuales se articulan y llevan a cabo las obligaciones a cargo de los distintos niveles federales.

- *La situación educativa sí es producto de la aplicación de las políticas que suponen una derivación de este tronco legal y que se desarrollan sin atender a la consideración del marco federal particular preexistente.* Es aquí donde se observa que el federalismo se encuentra por detrás de esta evolución y que no funciona apropiadamente como el modelo teórico propone. Es aquí donde, se requiere aún de una serie de trabajos posteriores que excedan el marco jurídico y que acompañen al estudio del sistema federal no ya como un objeto estático de estudio sino en su particular funcionamiento a través de los períodos históricos y de las causas del curso de su propio desarrollo en nuestro país y que permitan explicar y corregir los comportamientos reales como los ejemplificados en los apartados anteriores.

Existe el marco normativo, así como los mecanismos formales e informales, instituciones y organismos encargados de la supervisión y control de las normas y salvaguarda de los procedimientos para garantizar los contenidos exigibles del derecho, lo que se requiere es una mayor *institucionalización y coherencia* en la acción de todos los órganos de los tres poderes y en los distintos niveles, en clave de derechos. Esto exigiría:

- *promover los "retos" y compromisos políticos vinculados con el reconocimiento (y las responsabilidades que ello entraña) de la definición del derecho a la educación como derecho fundamental* y con el alcance aquí explicitado; lo que supone un cambio progresivo en la percepción de la educación no como servicio, sino como derecho cuyas violaciones menoscaban severamente el desarrollo personal del individuo. A estos retos deben acompañarle aquellos otros de carácter organizacional y administrativos a fin de procurar entre todos los niveles de gobierno una mayor coordinación y gestión integral que atienda a los problemas jurisdiccionales e interjurisdiccionales de inclusión y redistribución pero desde una lógica federal solidaria y de concertación entre todas las provincias. Esto vuelve a revelar la importancia de los organismos que articulan estos niveles como lo son el Consejo Federal de Educación, los demás consejos federales y el Congreso Nacional y sus comisiones en éstas áreas, y de aquellos otros que ejercen la supervisión en todo el territorio como el Defensor del Pueblo de la Nación y ministerios locales.

- *superar el reduccionismo en materia del reconocimiento de exigibilidad del derecho a la educación*, extendiendo dicha exigibilidad a su contenido en términos de derecho de prestación y de defensa y de derecho de incidencia colectiva, conforme hemos señalado en

el capítulo anterior. Se requiere un mayor compromiso político en tal sentido y un cambio de percepción sobre la posibilidad cierta de reclamar por estas dimensiones del derecho a la educación, reclamos que deben ser apoyados por las instituciones de protección de los derechos humanos (institucionales de gobierno así como por asociaciones civiles que persigan estos fines), y respaldados en una jurisprudencia más abierta a recibir estas peticiones.

- *Reformular las investigaciones en materia educativa bajo la perspectiva de la tesis de la educación como derecho fundamental* y revalorar y mejorar la realización de indicadores que posibiliten la eficacia del control de las políticas educativas bajo un enfoque de derechos. Pues esto se trata de una condición necesaria y básica desde la cual partir para ampliar los contornos del alcance del derecho y posibilitar la profundización del debate. Tal debate debe quedar enriquecido desde otros campos disciplinares y desde otros trabajos que continúen en una línea de superación de los problemas aquí rastreados y finalmente, ofrezcan alternativas que compitan o mejoren a las aquí propuestas bajo las hipótesis y los modelos armados en esta investigación.⁵⁷⁸

⁵⁷⁸. Un buen aporte en el sentido de brindar respuestas a los problemas educativos tanto desde un nivel macro federal cuanto provincial y local, atendiendo especialmente a las actuales condiciones de fragmentación del sistema educativo y sus problemas de equidad puede verse en la propuesta realizada por las autoras Silvina Gvirtz y Gabriel Petrucci en “Propuestas para mejorar el sistema educativo. Un futuro para la Argentina del siglo XXI”. En Tedesco, J. C. (compilador). (2005): *¿Cómo superar la desigualdad y la fragmentación del sistema educativo argentino?*, Buenos Aires: Ministerio de Educación Ciencia y Tecnología. Presidencia de la Nación. También Gvirtz ha enmarcado una serie de propuestas en este sentido. En su trabajo *De la tragedia a la esperanza* (en colaboración con Abregú, 2004, Bs. As.: Academia Nacional de Educación) señala una serie de propuestas de mejoras que abarcan, entre otras, por un lado, la redefinición de las funciones y de la toma de decisiones de los organismos de gobierno del sistema. Allí propone la desburocratización de los procesos efectivos en la toma de decisiones a fin de dotarlos de mayor eficacia en la gestión y la aparición de mecanismos más confiables de asignación de recursos. Por el otro lado sostiene la igualación y mejora de las condiciones materiales, de infraestructura y pedagógicas básicas.

CAPÍTULO VI. Conclusiones finales. Las implicancias de la educación básica como derecho fundamental en la Argentina

En esta instancia, quizás en lugar de preguntarnos qué hacer con la educación sea más sencillo comenzar por su interrogante opuesto: qué *no* hacer con la educación. Como hemos comentado y analizado ya previamente, por múltiples razones el ejemplo chileno es elocuente como punto de inicio de nuestras reflexiones finales. Conforme al Programa para la Evaluación Internacional de Alumnos (PISA) el país se ha estado ubicando dentro del primer lugar en relación con el resto de sus pares latinoamericanos desde el 2010. Sin embargo, y con particular énfasis desde el año pasado, se han desarrollado importantes protestas estudiantiles que luchan contra la aún fuerte desigualdad presente en el sistema educativo desde sus niveles iniciales hasta la educación superior. Denuncias de esta dimensión y estilo, vuelven casi imposible desviar la atención por fuera de las hipótesis como las sostenidas en este trabajo y remarcan la necesidad de un análisis reflexivo que aporte argumentos para el debate y un cambio positivo hacia la realización de la *educación como derecho fundamental*. En este orden, retomamos aquí algunas de las consideraciones finales que han guiado este trabajo y algunos de sus resultados más salientes.

1. Una conceptualización de la educación como derecho fundamental

La tesis propuesta ha sido estudiada particularmente desde un ámbito del derecho a la educación: la *educación básica*. Desde la propia conceptualización del término nos hemos comprometido a trabajar con una perspectiva amplia que abarque una definición de educación que vaya mucho más allá de las concepciones fundadas en la noción de educación fundamental o educación primaria exclusivamente. Por el contrario, la educación básica que se encuadra a nuestros fines en un proceso de escolarización formal, comprende indiscutible y necesariamente desde la primera infancia hasta la finalización de los estudios secundarios.

Esta delimitación ha sido necesaria para diseñar una plataforma para el diálogo, la propuesta y la acción en educación básica desde un enfoque estrictamente de derechos humanos fundamentales, que haga hincapié en su estructura, los sujetos beneficiarios y el rol del Estado como sujeto pasivo, así como en la reconstrucción detallada del esquema de prestaciones. Este recorte no obstaculiza desde luego la posibilidad de aplicación de esta base de reflexión a las demás instancias de la educación (formales y no formales) en la

Argentina y que gozan también del debido reconocimiento constitucional y legal, por citar el caso de la educación superior.

2. La educación en la constitución histórica y el proyecto político de Estado.

En nuestro país el reconocimiento del derecho a la educación ofrece desde sus bases constitucionales y legales un derrotero histórico de sumo interés. Como destacábamos en el *capítulo I*, aún desde el modelo constitucional liberal burgués elitista (Gargarella y Courtis, 2009), la educación fue algo más que un derecho de no intervención o de “prestación negativa”. Así la concepción de servicio público desde la que tradicionalmente ha sido encarada la prestación y control de la educación se vio enfatizada a través de otras notas características como: a) la gratuidad de los estudios primarios desde el comienzo del sistema educativo, b) la organización institucional de la educación y su especial cuidado en la asignación de responsabilidades y competencias entre los distintos niveles federales, y c) la existencia e importancia de diversos planes de acción de promoción y fomento del sistema educativo en su conjunto desarrollados por los principales actores políticos de aquella época. Todo ello muestra que para llevar adelante el proyecto educativo de la Nación, había una profunda consideración hacia los medios, recursos y demás modos de atender al sostenimiento y funcionamiento del servicio educativo público.

Es en este contexto que interpretamos las alusiones en materia de educación en la Constitución histórica, siguiendo la tradicional clasificación de las normas de Bravo (1988), destacándose las normas de los artículos 5º, 14 y 67 inc. 16 (actual 75 inc. 18) de la Constitución Nacional. Desde una concepción individualista, el artículo 14 (al igual que el artículo 20 en referencia a los extranjeros) propuso a la educación como una “*libertad*” de enseñar y aprender antes bien que un “derecho”, puesto que este reconocimiento constitucional constituía ante todo la liberación de las trabas impuestas a su ejercicio por parte del Estado o el poder político. En este sentido, el artículo autoriza a cualquiera a transmitir y divulgar doctrinas y conocimientos (como acción de “enseñar”) y también a cualquiera a recibirlos (“aprender”) – en el marco de un sistema educativo mixto, si bien sujeto a un intenso control del Estado. La libertad “de enseñar y aprender” guardó estrecha vinculación con otros derechos civiles y políticos clásicos relacionados con la libertad de trabajo, la libertad religiosa o de expresión de ideas, entre otras.

La educación en la Argentina implicó de esta forma un compromiso mayor por parte del Estado nacional que aquel propuesto por el tradicional “Estado gendarme” del liberalismo. Y esto pudo verse ya desde la conformación de dicho Estado nacional, donde asume éste un “*rol docente*”, una función educadora que se ocuparía de la organización de un sistema educativo nacional y que junto con la cooptación y las diversas formas de penetración material del Estado nacional, ejerció una creciente capacidad de creación y difusión de valores, conocimientos y símbolos reforzadores de sentimientos de nacionalidad que tenían por fin legitimar y contribuir a crear la base consensual sobre la cual se construyó el proyecto político de Estado para esa época. (Ozlack 1997: 150). Ello se tradujo en que, a la par del reconocimiento hacia las provincias de asegurar sus propios sistemas educativos en sus territorios, se reforzaría ello con la interpretación de la facultad concurrente prevista en la “cláusula de la prosperidad” del art. 75 inc. 18 (ex art. 67 inc. 16) de la Constitución y vinculada con la tarea del establecimiento de normas referentes a la orientación, organización, dirección, supervisión y estímulo de la enseñanza, así como a la realización de obras e inversión escolares, con vistas a la promoción de la educación; todo ello en el marco de un federalismo incipiente. En este contexto, no puede olvidarse el valor jurídico del preámbulo que desde sus grandes fines vinculados con la “promoción del bienestar general” puso en la educación una de los instrumentos para el logro de tales objetivos.

3. La educación en la Constitución de 1994 y en el derecho internacional de los derechos humanos

Tras la reforma constitucional de 1994 se produce en términos jurídicos un cambio significativo en la norma suprema que rompe con la tradición constitucional prevista hasta ese entonces y ahora, bajo un modelo constitucionalista social, aparecen los lineamientos necesarios para dar base a la educación como derecho fundamental.

El mayor aporte fue plasmado, por un lado, en el reconocimiento del derecho a la educación en varios otros aspectos conexos que hemos analizado tales como en el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, garantizando paralelamente el derecho a una educación bilingüe e intercultural (art. 75, inc. 17 de la CN), en la previsión de un régimen de seguridad social especial e integral de protección del niño en situación de desamparo (art. 75 inc. 23), en la educación ambiental (art. 41), en la educación en y para el consumo (art. 42). También operó una redefinición

en el plano de la organización institucional de la educación y en las competencias entre los distintos niveles a partir de lo dispuesto en el art. 75 inc. 19 y 125 de la Constitución.

Sin duda la mayor contribución radica en el art. 75 inc. 19 de la Constitución al reconocer una serie de *obligaciones indelegables* que el Estado asume en la materia. La explícita mención a caracteres y a contenidos básicos de la educación en todos sus niveles deben ser exhaustivamente interpretados conforme al debate constituyente a que dieron lugar y que reafirman ***una reconfiguración clara del derecho a la educación como derecho social***. En la competencia del gobierno federal en la sanción de las leyes de organización y de base de la educación aparecen precisados en forma expresa en el texto constitucional las notas de *gratuidad* y *la principalidad del Estado* en el goce y realización del derecho a la educación; lo que decanta en la búsqueda de la *igualdad de oportunidades* y la necesidad de adoptar medidas positivas que permitan el real acceso y disfrute del derecho.

Por el otro lado, la ***internacionalización del Derecho Constitucional*** producida a partir de la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de acuerdo con el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reformada, en el marco de los cambios acontecidos en el ***constitucionalismo latinoamericano*** en general, amplía enormemente el campo de interpretación de tales contenidos constitucionales así como su exigibilidad, ***conformando un bloque de constitucionalidad federal que es requerido como piso básico del derecho***. Ese sistema de protección de los derechos humanos comparte en nuestro caso sus fuentes tanto en el sistema universal de protección de los derechos humanos establecido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) – del que forma parte el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales de incuestionable valor en educación - cuanto en el mecanismo regional latinoamericano, de donde surgen la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre muchas otras fuentes. En todos estos instrumentos internacionales de derechos humanos, en los informes y la jurisprudencia que de ellos se derivan, pueden deducirse posiciones jurídicas firmes de gran precisión como las que hemos analizado, entre las que se destacaban por caso: a) la finalidad de la educación hacia el respeto de los derechos humanos y el pleno desarrollo de la persona y la sociedad, b) la “universalización” de la educación mediante el progresivo acceso a todos los niveles educativos, c) la igualdad como principio de no discriminación e igualdad de oportunidades reales, d) la educación gratuita y de calidad, e) la responsabilidad principal

e indelegable del Estado en la provisión educativa, y f) el respeto de los derechos de los padres sobre la educación de sus hijos – y de acuerdo con ciertos límites impuestos también por el Estado para salvaguardar los derechos de los niños a su educación y su autonomía-, entre otros.

Con la introducción del derecho internacional de los derechos humanos a nuestro bloque de constitucionalidad federal ocurre un fenómeno interesante. Sus estándares resultan ser completos en sus contenidos y precisos en la evaluación sobre su cumplimiento, ejerciendo una enorme tracción a fin de hacer primar en todo momento la interpretación *pro hómine* más extensiva del derecho y de verificar y fijar en concreto modos vinculantes de cumplimiento de las obligaciones estatales. Asimismo, los contenidos allí fijados se suman al derecho interno y contribuyen a **reafirmar el “piso” del derecho a la educación**, en el sentido de que las obligaciones asumidas por el Estado respecto de la educación se definen a partir de su reconocimiento normativo como *indelegables* e *insustituibles* y ya no resulta posible su posterior desconocimiento, restricción o limitación – salvo supuestos excepcionales y sujetos a un fuerte criterio de justificación y control de escrutinio estricto.

4. Educación en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales de justicia

Sin embargo, esta evolución de la concepción de la educación desde el plexo constitucional parece aún no corresponderse exactamente con aquella ocurrida en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los problemas educativos no son atendidos en esta instancia en todas las dimensiones que demanda su concepción y realización como derecho fundamental.

La mayor parte de los casos sobre los que ha resuelto la Corte devela una *visión restringida* del derecho a la educación, entendida como el mero acceso al sistema educativo formal. Así pues, incluso aquellos casos que involucraban alguna afectación indirecta del derecho a la educación por la vía de afectación de otros derechos fundamentales, especialmente de los tradicionalmente incluidos como “derechos civiles y políticos” (libertad religiosa, igualdad de trato formal, entre otros) no exceden el universo de veinticinco fallos. Más allá de alguna excepción, se corrobora la tesis acerca de que son prácticamente nulos los casos referidos a reclamos por disponibilidad (no ya en términos

de acceso exclusivamente), aceptabilidad y adaptabilidad en educación. También es importante remarcar que casi la totalidad de los casos relevados se presentan como *litigios particulares* y con un alcance y efectos restringidos sólo a la situación o problema que se debate en dicha causa.

Estas tendencias se refuerzan en la jurisprudencia de los tribunales superiores de cada una de las provincias donde, fuera de los casos vinculados con situaciones de empleo público o contrataciones en las que esté involucrado la administración pública de la cartera educativa, son casi nulos los casos que impliquen algún tipo de afectación a la educación como derecho. Por el contrario, algunos tribunales inferiores provinciales, -en particular merecen destacarse algunas resoluciones de la justicia contencioso administrativa de la Ciudad de Buenos Aires-, realizan grandes esfuerzos de argumentación e interpretación en el reconocimiento de la legitimación de intereses colectivos y de asignación de responsabilidades concretas al Estado por omisión o incumplimientos defectuosos en las prestaciones que se deben comprometer para la realización del derecho. Como hemos sostenido, esta jurisprudencia puede ampliarse si los casos planteados en algunas jurisdicciones locales más receptivas a este tipo de afectaciones llegan y son avaladas por la Corte Suprema de Justicia Nacional. Estos casos parecen estar más a tono con un cambio de mentalidad respecto de la importancia de los derechos fundamentales en una sociedad democrática, en el sentido de que sus sentencias sirvan para afianzar la construcción de un Estado de derecho a través del fortalecimiento de sus condiciones materiales. Son asimismo más conscientes de las situaciones de vulnerabilidad sociales existentes para amplio grupo de la sociedad. Esta jurisprudencia sería en suma una muestra de una posible transformación de la cultura jurídica y su sensibilización respecto de las necesidades involucradas y de la prioridad política de tomarse en serio el reconocimiento efectivo de los derechos de las personas.

Un paso previo en esta reflexión, lo constituye la necesidad de rever el modo de consolidar *un poder judicial accesible, robusto y confiable*. Aquí tampoco el camino es sencillo; así lo demuestran por ejemplo algunas investigaciones que hablan de la fuerte dependencia de los poderes judiciales locales al poder político de la provincia (CELS: 2007), así como los déficits en la percepción social de la realidad de acuerdo con el modo en que son formados y capacitados los jueces actualmente (Cardinaux y Clérico: UBACYT: 2011) y finalmente en su actitud reactiva a dar curso a reclamos de incidencia colectiva. No obstante, como hemos concluido, la judicialización del conflicto puede ser un excelente

promotor del reconocimiento del derecho, elevando a la agenda pública los problemas aún pendientes en sus alcances y exigibilidad, y brindando herramientas concretas para obligar al Estado a cumplir con las prestaciones y contenidos presentes en el derecho a la educación de modo más intenso y extenso.

Otro párrafo merece el análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que también replica en parte según vimos, el patrón señalado en la jurisprudencia local de nuestro máximo tribunal. Por lo tanto sólo existen en esa Corte y en la Comisión Interamericana tímidos precedentes que versen sobre una vulneración del derecho a la educación, más allá del tema de la accesibilidad, en relación con sus contenidos fuertes de calidad y adaptabilidad. Para este sistema de protección regional la educación no figura aún como un tema de agenda relevante, sino que más bien asume un carácter secundario en su tratamiento. Sin embargo, *parece quedar en claro que la educación conforma un sustrato necesario e indispensable para el goce y ejercicio de derechos fundamentales vinculados con la dignidad de la persona*. Es asimismo, asimilada a la concepción amplia de salud en cuanto a que tanto esta concepción como la de educación comportan la satisfacción de necesidades básicas que resultan condición *sine qua non* para la protección del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. Y por extensión de esta forma, un gran número de consideraciones y precedentes respecto de la naturaleza del derecho y de las obligaciones estatales señaladas por estos organismos al pronunciarse en materia de salud, podrían ser trasladados al campo del derecho a la educación.

5. El derecho a la educación en el desarrollo legislativo nacional

Las lecturas de las bases constitucionales y de la jurisprudencia deben ser complementadas con el análisis de la sucesión de normas nacionales sancionadas por el Congreso nacional desde la etapa fundacional del sistema educativo en adelante. ***Tales normas han constituido contenidos que progresivamente se han ido ganando para la educación*** como derecho y que culmina con su recepción en la reforma constitucional en 1994, junto con la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En materia educativa las tendencias en el desarrollo legislativo no han sido constantes y su evolución no está exenta de algunas particularidades. Así, conforme concluimos en el

capítulo II, tal desarrollo se acerca más a un movimiento pendular que a uno lineal hacia adelante. En un primer momento existió un fuerte “*impulso nacionalizador*” caracterizado por el avance del gobierno federal en el conjunto del armado del sistema educativo (como lo son los ejemplos de la sanción de las leyes 1420, la ley 4878 “Ley Láinez”, entre otras). De este modo, aunque desde la Constitución Nacional se prescribió el ordenamiento de un sistema educativo con participación provincial y nacional en su dirección y organización, en la práctica el Estado nacional apareció como el principal protagonista que asumió la tarea educadora en el país *como una política pública* y como consecuencia del papel central que jugaría la educación en los procesos de integración social y consolidación de la identidad nacional (Bravo, 1994: 95). Las consecuencias fueron un modelo de organización y gestión dominado por la administración centralizada, en el cual el Estado nacional estaba casi solo como promotor del progreso y la educación era el instrumento ideal para alcanzarlo. Esto se vio plasmado en el régimen educativo modelo instaurado a partir de la ley 1420 de enseñanza primaria “común, gratuita, obligatoria, laica, universal, gradual y mixta” y que funcionó bajo la órbita y supervisión del Consejo Nacional de Educación. Por su parte, la ley “Láinez” 4878 tras autorizar definitivamente a la Nación a la creación de escuelas en los territorios provinciales, coronó un proceso de paulatina centralización de la educación que tal como se vio, venía operándose aunque quizás más solapadamente desde 1870 con las primeras leyes de subvención del gobierno federal a las provincias en educación.

Las políticas públicas muchas veces se desarrollaron en un terreno legal muy distinto a una concepción de derechos humanos y eso permitió que se sometiera a la educación a regímenes, prestaciones, y procesos que pudieron resultar incompatibles o en el mejor de los casos con un impacto neutro en el reconocimiento de la educación como derecho fundamental. Un movimiento contrario al señalado anteriormente se inaugura con los *procesos de descentralización, desregulación y ajuste del Estado a partir de los 70’* y que implicaron fuertes retrocesos que encontraron como otro punto culminante la década del 90’ con políticas que asignaban un carácter subsidiario al Estado en la materia y programas focalizados a los problemas educativos sin pretensión de búsqueda de soluciones universales y de fondo. Esto último resulta paradójico ya que, mientras para la época por un lado la reforma constitucional incluía los instrumentos internacionales de derechos humanos – reforzando el mandato de no regresión arbitraria-, por el otro, la educación como nunca antes había perdido su calidad de derecho y era sometida a los procesos de descentralización y privatización, como si fuera un bien de exclusivo interés

comercial, viéndose despojada de gran parte de su valor como bien público y de su aporte al desarrollo colectivo de la sociedad. A esta etapa también pertenece la Ley Federal de Educación, la ley 24195. Pese a sus críticas y muchas de ellas acertadas conforme hemos visto, la norma implicó en el plano formal una expansión del contenido del derecho fundamental al producirse con su sanción, *un desarrollo normativo sobre la constitucionalización del derecho a la educación*. Asimismo, y más allá de su funcionamiento en concreto a posteriori, redefinió la “tripartita” distribución de competencias en el ámbito nacional, encabezada por el Ministerio Nacional, el ámbito federal (por el Consejo Federal de Educación) y los ámbitos provinciales, surgida a partir de los procesos de transferencias anteriores.

Las recientes normas en educación parecieron plantear un nuevo giro pendular. Esto se observa en leyes como la Ley de Educación Nacional (ley 26206), la ley “de garantía del salario docente y 180 días de clase” (ley 25864), la ley de “protección integral de los derechos de los niñas/as y adolescentes” (ley 26061), y en aspectos tales como el carácter expresamente atribuido a la educación como derecho humano, el rol principal asignado al Estado Nacional y a las provincias como sujetos destinatarios del cumplimiento y protección del derecho, así como una nueva apuesta hacia la consolidación de un núcleo de contenidos garantizados y progresivamente ampliados. Particularmente la ley 26206 se destaca por la resignificación de la educación como derecho y “bien público” y está ahora acorde con la responsabilidad principal e indelegable que le ley confiere al Estado en el sostenimiento del sistema educativo. También la reorganización curricular prevista (más allá de mantener dos opciones distintas) al menos retrotrae la estructura del sistema a esquemas ya conocidos y que han tenido fuerte raigambre en el diseño escolar nacional. Asimismo, la introducción de contenidos obligatorios y la actualización del núcleo de los contenidos mínimos ha permitido hacer más permeable el desarrollo de nuevas técnicas pedagógicas, nuevas herramientas de trabajo, y la inclusión de temas claves vinculados con una educación de calidad que atienda a los desafíos actuales relacionados con los valores democráticos, la perspectiva de género, el respeto por la diversidad, entre otros puntos.

No obstante, la plena vigencia de los principios y contenidos en esta nueva normativa requiere para su mayor alcance, de la exigencia de una *lectura igualitaria*, tanto de la Constitución, como de las políticas públicas que en tal sentido se implementen. En este sentido, al menos dos puntos son prioritarios a atender según el desarrollo expuesto a

partir del *capítulo III* de este trabajo. Primero, las políticas públicas deben definirse y aplicarse como un programa progresivo de “empoderamiento” de derechos. Esto, como vimos, implica elevar la educación, y en particular la educación pública, *por encima de la prestación de un servicio público*, desplazando la figura de administrados, beneficiarios de una política o incluso de usuarios. Tales nociones deben reemplazarse por una única categoría, la de persona como sujeto titular de derechos frente al Estado.

Segundo, la construcción de ciudadanía (entendida no como un estatus restrictivo sino más bien como una categoría que debe extenderse a todos los habitantes del territorio de un Estado), se asocia a otro presupuesto clave del desarrollo del derecho a la educación como derecho fundamental, que es el valor intensivo en *democracia* que se requiere para la apertura de canales de inclusión, participación y reclamo. Esto es, el reconocimiento de que en tanto la Constitución consiste en un “pacto entre iguales”, es necesario encaminar esfuerzos para evitar y suprimir problemas de ejercicio y/o exigibilidad, ya sea en términos de problemas de reconocimiento simbólico/representativo (por no ser determinados grupos reconocidos como interlocutores válidos o negarles su participación política en la comunidad) o de distribución (por caso ubicarse en sectores marginados debido a su especial situación de vulnerabilidad socioeconómica). En este aspecto, la apertura hacia nuevas instancias y mecanismos de reclamo (que incluyan una dimensión colectiva) bajo la perspectiva comentada en este trabajo, tiene un indudable impacto positivo.

6. Los déficits de concepciones de la educación como bien económico o como servicio público

A lo largo de buena parte de este trabajo hemos podido acercarnos a un diagnóstico que permitiera la reflexión sobre la hipótesis aquí propuesta. En este sentido, *el espectro constitucional y normativo no garantiza ni se traduce por sí solo en un sinónimo de amplia exigibilidad sino se lo concibe o gana como contenidos del derecho fundamental a la educación sobre los que no se puede retroceder*. Este punto determina la necesidad, como hemos afirmado y justificado a partir del *capítulo III*, de encontrar un marco teórico que defina y fije el alcance de la educación como derecho fundamental. En ese marco descartamos por inadecuadas o insuficientes otras concepciones de la educación básica desde donde se ha pensado también a la educación. Así, en primer lugar, ***la tesis de la educación como derecho fundamental señala los déficits de concebirla como un mero***

bien económico y por ende, como un servicio privado. Esta noción reniega de un sentido real y concreto de la educación como derecho, desvirtuando su naturaleza de derecho humano, menoscabando su valor como bien social, y desplazando inevitablemente *la principalidad del Estado* en su obligación de financiamiento de dicho sistema (y a sostener un mínimo de regulación pública). En suma, abre paso al nuevo rol de la “subsidiariedad” del Estado y a las drásticas consecuencias que ello genera en los alcances y los contenidos de la educación tal como lo hemos visto en las páginas anteriores.

A su vez, ***la tesis de la educación como derecho fundamental habla de la insuficiencia de ver su prestación tan sólo como un servicio público.*** En este sentido, aunque no descartemos el valor de la noción de “servicio público” como un freno al avance deliberado de los procesos de desregulación y privatización, que en el caso de la educación, llevan a esta a desplazarla hacia una concepción de bien de mercado como dijimos, no alcanza para proteger suficientemente la multiplicidad de manifestaciones y contenidos educativos. En la noción de servicio público el énfasis está puesto más en la figura del Estado como agente que presta el servicio que en el sujeto que lo recibe y bajo qué condiciones. El derecho a la educación como derecho fundamental por el contrario, impone mucho más que el establecimiento de meros mandatos objetivos. *La subjetividad presente en la noción de derecho fundamental barre con el carácter discrecional de la prestación del servicio educativo, además de que ubica en el centro de la escena a la persona o grupos de personas como sujetos activos, titulares del derecho.* Estos se encuentran de este modo mejor legitimados tanto para una mayor participación en la determinación de las políticas públicas – y con ello la posibilidad de que las prestaciones sean más eficaces – así como para exigir – en el ámbito administrativo y judicial - las prestaciones necesarias que les permitan acceder y ejercer las posiciones jurídicas garantizadas en el derecho a la educación.

7. La tesis de la educación como derecho fundamental

Ahora bien, la tesis de la educación como derecho fundamental es susceptible de ser comprendida desde múltiples aspectos y encuadres teóricos. Nuestra propuesta ha sido fundada en la *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Alexy, 2008). Su elección como marco conceptual y teórico puede explicarse desde que permite analizar con gran detalle la estructura del derecho constitucional a la educación y, especialmente, su contenido. En efecto, *a través de la aplicación de la teoría de los derechos fundamentales en educación es*

posible armar un conjunto de contenidos básicos de diverso tipo y alcance, pero que tienen todos como finalidad común su traducción en obligaciones concretas y exigibles a cargo del Estado. Dicho modelo parte de la asunción de un **supuesto amplio de protección del derecho**, que comprende la totalidad de las acciones, propiedades, bienes, situaciones o posiciones de derecho que *prima facie* caen bajo la protección de la educación como derecho fundamental. De este modo, si una razón habla a favor de la protección de tal acción o bien como contenido del derecho fundamental, hay que afirmar siempre su tipicidad en principio y ubicarlo bajo el supuesto de hecho del derecho. Es decir, no se debe excluir de antemano de la protección del derecho fundamental, ninguna conducta, estado, situación o posición jurídica que tenga algún elemento, por más ínfimo que este sea, que justificaría tal protección.

El modelo queda perfeccionado con la *clasificación de estos contenidos en reglas y principios*, según estos contenidos puedan ser definidos como definitivos y exigibles *ex ante* o *ex post*. Es decir, mientras las reglas conforman el piso del derecho y se aplican mediante la subsunción, en el caso de los principios – aunque integren *prima facie* el supuesto de hecho del derecho – su conformación definitiva queda sujeta a la resolución de los conflictos que se deriven de las tensiones con otros derechos. Tal resolución opera a través de la *ponderación* que se lleva a cabo en el marco de un *examen de proporcionalidad*, agravado o de escrutinio estricto, dado la importancia del derecho a la educación. De esta forma, el modo en que un contenido quede definitivamente incluido en el ámbito de protección del derecho, puede ser diferente en función del tipo de obligación que genere; vale decir, de si su contenido actúa como *regla* o *principio*.

Por sobre todo, una concepción de derecho fundamental en este contexto se funda en que es posible construir y sostener legítimamente en el largo plazo un *piso básico de contenidos del derecho*, en el nivel de reglas, improrrogable y definitivo, que no pueda ser “perforado” por ningún otro actor público o privado y que puede definirse del siguiente modo:

R1: *cuando una persona (y aún más si es un niño o un grupo de niños o una persona que pertenece a uno de los grupos desaventajados del artículo 75, inc. 23 de la Constitución) se vea imposibilitado de disfrutar el contenido básico del derecho a la educación, en tanto esta restricción constituye un perjuicio o un daño grave, y un actuar requerido es urgente, los Estados tienen la obligación impostergable de hacer algo adecuado y suficiente para posibilitar el ejercicio del derecho.*

Es posible por lo tanto precisar el contenido básico del derecho a la educación formal básica de la siguiente manera.

R1.2: *cuando el Estado, por acción u omisión (defectuosa u insuficiente) incumple con la prohibición de la exigencia de lo insoportable o la prohibición de inacción, esto es, incumple en el aseguramiento de un piso garantizado constitucionalmente y que se traduce en concreto en el derecho a una educación bajo ciertas condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad; entonces se vulnera el contenido básico definitivo del derecho fundamental a la educación.*

El contenido básico adopta el carácter de regla y forma parte del supuesto de hecho no ponderable. Constituye ese piso que bajo ningún argumento el Estado argentino puede desatender pues no está sometido a negociación alguna y constituye el mandato jurídico e inmediatamente exigible.

Este contenido no es un techo sino un piso que promueve intensa y paralelamente obligaciones de *desarrollo progresivo* en términos cuantitativos y cualitativos, conforme el desarrollo y la aplicación de los principios expuestos en el *capítulo III*. La progresividad lleva también como correlato directo la *prohibición de inacción* y la *prohibición de regresión arbitraria* (PR). El Estado está obligado a mejorar continuamente las condiciones de goce y ejercicio del derecho. Esto impide al Estado argentino aplazar esfuerzos para cumplir con el derecho o ir hacia atrás en el reconocimiento del derecho a la educación actual, y en caso de hacerlo, toda medida regresiva quedará sujeta a un examen de escrutinio estricto.

De este modo, el piso y contenido básico del derecho a la educación es susceptible de ampliarse a partir de un conjunto de *principios* que se derivan de las siguientes circunstancias:

- de la necesidad de dejar un espacio para la resolución de casos de alta complejidad jurídica por la tensión de los derechos en juego, a través del *examen de proporcionalidad*. Ello implica afirmar la existencia de un supuesto amplio del derecho a la educación que, integrado por un nivel de principios, admite ciertas restricciones para la búsqueda del mejor equilibrio frente a supuestos de conflictos particulares de difícil resolución entre el derecho a la educación y otros derechos de raigambre constitucional. De la solución de estos conflictos pueden derivarse no obstante la aparición de *reglas resultados definitivas*.

- de todo aquello que deriva de la aplicación del *principio de progresividad*, conforme el desarrollo expuesto en el *capítulo III*.

Así, podremos sostener que la interpretación de la educación como derecho fundamental (de defensa y de prestación) *gana positivamente en una mayor cantidad de contenidos y en la extensión de los sujetos beneficiados*. El derecho a la educación como derecho fundamental no es ya un reconocimiento al acceso, no se trata de una libertad de enseñanza simplemente, ni de prestaciones que sólo implican para el Estado el deber objetivo de prestación de un servicio público.

Con este marco, en el *capítulo IV* hemos trabajado el contenido del derecho a la educación como derecho humano fundamental y en especial cómo ello se traduce en las obligaciones de cumplimiento inmediato y progresivo a cargo del Estado. La metodología a seguir partió de una *clasificación sobre las múltiples funciones del derecho a la educación como derecho fundamental* que lo comprenda desde una faz de derecho de no intervención (de defensa) y de derecho de prestación así como en una faz que comprenda la posibilidad de analizarlo, bajo esta misma estructura, pero desde las perspectivas que lo conciben como un derecho de incidencia colectiva. En el desarrollo concreto de cada una de estas clasificaciones, hemos perfilado la multiplicidad extensa de las posiciones jurídicas existentes en el derecho a la educación y su correlato en las obligaciones específicas a cargo del Estado (y eventualmente también de los particulares). Estas pueden resumirse conforme hemos visto del siguiente modo.

- El *derecho a la educación como derecho fundamental social* (prestaciones en sentido estricto) conlleva la obligación del Estado a:
 - disponer de establecimientos educativos públicos;
 - disponer de una educación pública gratuita;
 - disponer de una educación laica;
 - disponer de una educación de calidad.
- El *derecho a la educación como derecho fundamental a la organización y al procedimiento* pone en cabeza del Estado el deber de:
 - organizar el sistema educativo formal;
 - organizar y regular la libertad de enseñanza;
 - asegurar una exigibilidad efectiva del derecho;
 - desarrollar investigaciones y estadísticas que permitan evaluar el grado de realización del derecho;

- organizar el sistema educativo de modo de asegurar mecanismos de controles eficaces y la participación ciudadana.
- El *derecho a la educación como derecho fundamental de no intervención* implica para el Estado la asunción de obligaciones de:
 - garantizar el derecho a la educación sin discriminación alguna;
 - respetar la libertad de enseñanza;
 - no retroceder en el reconocimiento del derecho a la educación.
- Finalmente, *el derecho a la educación como derecho fundamental de protección* pone en cabeza del Estado la necesidad de que los particulares (y en especial los establecimientos educativos privados):
 - garanticen el derecho de permanencia de sus alumnos;
 - ajusten sus costos de matrícula y cuotas escolares a la reglamentación que fije el Estado en tal sentido;
 - garanticen el cumplimiento de las disposiciones administrativas, técnicas y pedagógicas de funcionamiento, de diseño y ejecución de los programas de enseñanza, contenidos y fines de la educación conforme las normas dispuestas por el Estado para la regulación y control de dicho sistema educativo.

Desde esta perspectiva, *el modelo de reglas y principios que se apoya en la educación como derecho fundamental debe evaluarse en su aporte capaz de brindar, o bien alentar, la creación de pautas de interpretación y aplicación de los derechos*. Debe reconocerse su compromiso por ganar contenidos concretos para el derecho a la educación, que procuren una mayor y más completa exigibilidad del derecho de cara a los sujetos estatales obligados. El modelo puede ser idóneo para formular reclamos novedosos y alentar debates que planteen nuevas exigencias que modifiquen positivamente la actividad estatal en el ámbito de la protección y garantía del derecho.

8. El federalismo como “acelerador” del reconocimiento y exigibilidad del derecho a la educación

En este trabajo hemos explicado con detalle que la propuesta de *traducir el viejo lenguaje de competencia en términos exclusivos de obligaciones, resulta más acorde con el carácter de la educación no como una mera política pública o de servicio público sino como derecho humano fundamental, con un cuerpo de posiciones jurídicas de diverso tipo reconocidas a las personas y que el Estado debe respetar, proteger, promover y facilitar*.

Ello supone *abandonar un único esquema rígido de asignación de competencias* donde a menudo, frente a las “fallas o deficiencias en la prestación” o en el desarrollo de las políticas públicas, sea puesto en debate en primer lugar, un tema *previo de competencias* antes que determinarse directamente la existencia de una violación en el cumplimiento de una obligación estatal y acelerar la determinación del sujeto responsable. Bajo el esquema de competencias la educación tiende a ser interpretada como una rama más en que se divide la gestión de gobierno de un Estado, enfatizando su carácter burocrático y su sentido de prestación como servicio público que se brinda hacia una comunidad pasiva. Finalmente, este esquema se presenta un tanto anacrónico de cara al impacto del derecho internacional de los derechos humanos, donde la mayor preocupación gira con exclusividad en la protección y garantía del derecho, con indiferencia de los sujetos estatales responsables en función de su organización federal. La “excusa” federal debe quedar superada en el sentido que el Estado nacional no puede oponer *nunca* como eximente de su responsabilidad internacional el diseño constitucional interno de distribución de competencias entre Nación y provincias.

Sobre esta base, hemos propuesto un esquema de análisis funcional equivalente donde hemos delineado *la distribución de los deberes u obligaciones de los distintos niveles del gobierno federal* en términos de:

- *un deber elemental del derecho*, constituido por las normas federales y nacionales que fijan el piso de garantía del derecho a la educación. La Constitución en este punto es clara, del juego de la interpretación de las normas de sus artículos 5º, 14, 31, 75 inc. 18, 19, 22, 23 y del artículo 128 el gobierno federal asume la obligación de fijar y hacer respetar el piso del contenido definitivo del derecho a la educación. Este se apoya a su vez como vimos, en la interpretación de las cláusulas 28 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, este deber de mínima constituye una competencia exclusiva del gobierno federal. Los contenidos básicos definitivos (incluyendo naturalmente los mínimos) *escapan* en principio a la competencia provincial, porque son propios del Estado federal; desplazan a cualquier norma local en materia de educación que quede *por debajo* de este piso federal. Este deber de mínima se extiende asimismo a un “*deber reparador*”, en el sentido de que el Estado federal debe siempre responder y actuar para evitar incurrir en responsabilidad (interna e internacional) para remediar la violación al derecho, cuando la provincia no se ajuste al deber elemental aludido.

- *un deber de progresividad o deber de máxima del derecho* donde el federalismo (como facilitador del cumplimiento de los derechos para la mejora del piso que fijan las normas de derecho federal y nacional), *habilite la concurrencia de la provincias para ampliar dicho piso y disponer de todas las medidas y adoptar las modalidades que estimen convenientes para acompañar al derecho federal en el reconocimiento básico y definitivo del derecho*, sus posiciones y garantías. Las normas complementarias de competencia provincial constituirían la añadidura para maximizar el contenido básico de un derecho y dar sentido a la progresividad, colaborando con la actuación del gobierno federal. Esta complementariedad de los contenidos elementales no impide que la legislación provincial recaiga en problemas educativos jurisdiccionalmente divisibles que se circunscriben al ámbito territorial de una provincia, *a condición de no alterar la protección surgida de las normas federales de presupuestos mínimos*.

Este esquema de análisis permite encauzar el esquema normativo de la aplicación de normas en materia de competencia concurrente entre Nación y provincias con el modelo de reglas y principios ya presentado. En última instancia no se desconoce el aporte de los argumentos que pueden darse desde una lógica exclusiva del análisis sobre el nivel de las competencias, sino que por el contrario se lo complementa. En verdad, el modelo constituye una buena herramienta para superar conflictos definiendo responsabilidades y precisando tales competencias en términos de obligaciones.

Del análisis propuesto pueden finalmente derivarse en las siguientes reglas:

Regla (RF1): en el sistema federal argentino, cuando el contenido de la obligación estatal del derecho a la educación refiere a un contenido de deber elemental, básico en educación (incluyendo el piso del derecho), la obligación recae en el sujeto Estado nacional y la competencia federal para legislar sobre estos contenidos y controlar su cumplimiento en todo el territorio es regla

Regla (RF2): en el sistema federal argentino, cuando el contenido de la obligación estatal del derecho a la educación refiere a un contenido de deber de progresividad en educación, la obligación puede recaer tanto en el Estado nacional cuanto en los Estados provinciales, debiendo determinarse como sujeto obligado, en principio, aquél que en mejor y mayor medida reconozca y proteja el contenido de la posición jurídica en cuestión.

Regla (RF3): - ley de la colisión-: en el sistema federal argentino, cuando la concurrencia en materia educativa no interfiera arbitrariamente ni afecte el piso normativo federal del derecho a la educación, prevalece la competencia (y la correlativa obligación) de aquel gobierno que, conforme al resultado del examen de proporcionalidad, se determine que en mayor medida reconozca y proteja el contenido de la posición jurídica del derecho en cuestión.

En la jurisprudencia actual de la Corte no constan fallos a partir de los cuáles pueda realizarse una comprobación empírica de este esquema propuesto en materia de educación. Sin perjuicio de ello, como hemos demostrado, el reconocimiento de la competencia concurrente en la reforma constitucional de 1994 en cuestiones tales como medio ambiente y defensa del consumidor y la aparición de algunos fallos novedosos en estos temas por parte de la Corte Suprema de la Nación recientemente, permitirían abrir ciertamente un debate exitoso sobre la plausibilidad de dicho tribunal a reinterpretar el tema de competencias a la luz del modelo de reglas y principios. Ciertamente este modelo también permite promover un diagnóstico mejor y más certero sobre las violaciones concretas que ocurren hoy día en diversas realidades educativas provinciales y diseñar o pensar políticas para resolverlas.

Todo este esquema debe combinarse necesariamente, con una *mayor institucionalidad*. Y en este sentido, otros tres puntos pueden ser posibles de vislumbrar y que merecen continuar siendo analizados. Por un lado, para que la gobernabilidad del sistema educativo y las reglas de atribución de responsabilidades a los distintos niveles de gobiernos federales funcionen, se requiere de *autonomías provinciales confiables* y de un *federalismo organizado* y de cooperación. Hasta tanto no se solucionen muchos de los problemas, fundados en la falta de organización y de recursos en el gobierno educativo provincial en algunos casos, y de aquellos otros propios de las relaciones de poder hacia el interior de cada una de ellas en otras jurisdicciones, la educación como derecho fundamental puede no llegar a impactar ahí justamente donde más se necesita ese reconocimiento.

Como vemos, la afirmación de una concepción de la educación básica como derecho fundamental requiere atender conjuntamente a múltiples aspectos, en donde lo jurídico aparece como una base importante para el desarrollo de una argumentación e interpretación que atienda al impacto social positivo que tiene la promoción y exigibilidad plena de los derechos humanos, y en particular de los derechos económicos, sociales y culturales. Con esta idea, hemos planteado este trabajo que propone una propuesta

teórica-práctica de interés y sobre la base de una recopilación detallada sobre el tema y su análisis exhaustivo. Esperamos que nuestra investigación pueda servir como un esquema de fundamentación que mejor atienda tanto al diseño, elaboración y ejecución de políticas públicas cuanto de demandas por exigibilidad del derecho a la educación en todas sus dimensiones.

ANEXO I. La educación en las constituciones provinciales

1. Introducción

El estudio de las constituciones provinciales resulta de especial interés por varias razones. En primer lugar, nos permite comenzar a entender cómo bajo un régimen federal las provincias han ejercido su poder constituyente de segundo grado, producto de su autonomía, en el ámbito educativo. Como dijimos, sobre la base de entender a la Constitución Federal como un "piso" básico de derechos garantizados en todo el territorio de la Nación, las provincias pueden establecer derechos o garantías más amplios dentro de su ámbito competencial.

En segundo lugar, también su análisis y evolución histórica aportan gran cantidad de información a los fines de comprender la regulación y funcionamiento real del sistema educativo en sus respectivas jurisdicciones y los problemas concomitantes.

Las constituciones provinciales receptan de diversa manera los principios que en materia de educación venimos analizando. Mientras que en algunas el derecho público provincial ha ido un paso delante de aquel de orden nacional, otras han sido menos activas, limitándose por vía de la aplicación por carácter transitivo al derecho local de la dogmática y los estándares fijados por la normativa y jurisprudencia de carácter federal.⁵⁷⁹ Finalmente, no debe pasar desapercibido que las constituciones provinciales (con mayor frecuencia que la propia Constitución Nacional) estuvieron y están sujetas a los distintos vaivenes políticos y reflejan mucho más fielmente los resultados de las pujas de intereses o políticas de los grupos de poder que actúan en la respectiva región.

⁵⁷⁹. Véase en este sentido el trabajo de Gustavo Arballo "Constitucionalismo Provincial", expuesto en el marco del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política en la Facultad de Derecho de la UBA durante los días 18 y 19 mayo de 2010 y "Puesta en valor del constitucionalismo provincial", en Gargarella (Coord.) (2011), pág. 281. En dichos trabajos, el autor enfatiza la idea acerca de que "la cobertura constitucional federal se transforma rápidamente en "piso y techo", de lo cual resulta el vaciamiento conceptual de los derechos constitucionales de fuentes provinciales". El fundamento de ello lo encuentra en el fenómeno de la actitud de "dependencia del camino" sobre la base de la idea de Oona Hathaway afirmando que el comportamiento de los operadores judiciales y forenses locales esteriliza los fenómenos jurídicos nuevos del derecho local a través de una interpretación que "acaso inconscientemente- es dependiente del camino desde que de un modo u otro va a incorporarlos o adscribirlos a las categorías ya conocidas del derecho constitucional general y certificado "federalmente". Así expropia al derecho local pues "tiende a aplicarlo con carácter supletorio, lo priva de su potencialidad jurídica diferenciadora, lo sujeta a instancias, mecanismos y criterios de decisión supralocales". Véase también Hathaway, Oona A., "Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System" (2003), John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Working Papers. Paper 270, http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers/270, (fecha de consulta: noviembre de 2010).

En este sentido, la tarea de análisis que se emprenda en este anexo, permite admitir en principio tres períodos que engloban a su vez, diversos “modelos” de Constitución. Un primer período comprende los textos constitucionales más antiguos y que no sufrieron modificación alguna en sus artículos en materia educativa desde su sanción quedando en cierto modo “rezagadas” a la luz de los procesos constitucionales experimentados por la carta fundamental nacional. Un segundo grupo comprende a aquellas constituciones que fueron sancionadas a partir del 57’ pero que en la mayor parte de los casos volvieron a ser revisadas y actualizadas en sus contenidos con el advenimiento de la democracia a inicios de los años ochenta. El punto de corte entre ambos períodos suele hacerse a partir del hecho de que el gobierno de facto que sucedió al peronismo derogó el gran número de constituciones provinciales sancionadas durante ese régimen y declaró vigentes a las existentes con anterioridad a éste. En consecuencia, las nuevas provincias, antiguos territorios nacionales, tuvieron que dictar nuevas cartas fundamentales. Por último, y el más numeroso, está representado por el grupo de constituciones que volvieron a ser modificadas o sancionadas a partir de o en el marco del proceso de reforma de la Constitución Nacional del 94’.

Cabe realizar una última aclaración. Lo dispuesto en las constituciones provinciales a menudo es objeto de mayor detalle y reglamentación a través de las leyes de educación que cada legislatura provincial ha adoptado en sus respectivos territorios. Dicha legislación no será objeto de un análisis particularizado, salvo excepciones que serán oportunamente aclaradas a lo largo de este trabajo.

Intentaremos explicar la situación presente en las 24 constituciones locales a partir de determinados ejes que a continuación explicitaremos. Dejamos la posibilidad de consultar en particular cada uno de los puntos en cada Constitución a través del gráfico que se acompaña al final de este anexo.

1.2 Ubicación en la Constitución

En todas las constituciones provinciales se encuentra especialmente consagrado al menos un artículo o un grupo de artículos destinados a regular el tema educativo. En la mayor parte de ellas, la educación constituye un capítulo especial en la constitución. Por regla, en casi todas ellas también, dicho capítulo se ubica en la parte dogmática del texto

constitucional, si bien en algunos casos la educación vuelve a ser abordada como tema de competencia o área cuya regulación le compete a determinado poder político.

1.3 Educación, preámbulo y fines

Dada la importancia que le confieren las constituciones locales, la educación constituye una cita casi obligada en los propósitos y fines determinados en el preámbulo constitucional. Como podrá observarse, fines y metas no se distinguen con claridad en algunas constituciones y se confunden con valoraciones, declaraciones y objetivos, entre otras cosas. Sin embargo, en prácticamente todas las que cuentan con tal introducción, aparece configurado el deber de los “constituyentes provinciales” por “asegurar”, “promover” o “garantizar” la educación en sus respectivos territorios. Una probable justificación de esta importancia otorgada puede ser explicada a través del análisis de los objetivos y fines que se esperan lograr por su intermedio. Así, en todas las constituciones donde se destina un párrafo a la finalidad educativa, parece observarse como común denominador su protagonismo vinculado con tres grandes aspectos: el desarrollo autónomo de la persona, su formación cívica o ciudadana y su lugar de privilegio como formación para el trabajo. De este modo, se vuelcan en dichas constituciones expresiones asociadas con la formación “integral de la persona” en sus aspectos individuales y sociales, (su origen, su destino, su situación en la sociedad y su vinculación con sus semejantes) por un lado, y con la formación como “ciudadano”, a los efectos de habilitarlo plenamente para la convivencia y participación en una sociedad democrática, por el otro. En algunas de ellas se trazan fines del sistema educativo que se asocian con la capacitación para el trabajo y su vinculación para el progreso y desarrollo económico de la región.

Es necesario aclarar que en algunas constituciones, las más viejas, los fines no se explicitan con sumo detalle sino que están contenidos implícitamente en la caracterización que las normas hacen de la educación. Otras, suelen hacer alusión al tema con claridad y sin exceder el marco de las finalidades (como en Córdoba, Jujuy, entre otras) mientras hay casos donde se abunda en detalles propios de una reglamentación infraconstitucional (casos de San Juan, Catamarca, entre otras).

1.4 Carácter de la enseñanza en las provincias

En el orden local, conviene resaltar en principio que la educación es tomada fundamentalmente como “derecho humano” asignándole en este sentido, las garantías de gratuidad en el acceso así como de la obligatoriedad (“en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca” según muchas de ellas) a la educación pública, la que al menos en la educación primaria es regla. Así, la función educadora ejercida directamente en el nivel de las jurisdicciones locales forma parte de todas las constituciones. Algunas provincias han avanzado un poco más y han extendido expresamente dichos atributos al nivel educativo medio. Otras, han considerado asegurar dichas garantías a lo que establezca la ley provincial y nacional en la materia, no especificando pues nivel alguno más allá del primario. En cuanto al punto de la laicidad en educación, existen ciertas contrariedades. Muchas de ellas guardan silencio sobre el punto (como Santa Cruz, Corrientes, Misiones, Santa Fe, Jujuy y Río Negro). Otras prevén que la educación habrá de ser laica expresamente (Entre Ríos, Neuquén, Chaco, San Juan, Mendoza), pudiendo eventualmente darse clases de religión en la escuela pero por fuera del horario de clase, a excepción de las provincias de Tucumán (“enseñanza del credo”), Catamarca y Salta (“enseñanza” y “educación” religiosa respectivamente) que la autoriza dentro del currículum oficial.

También, las provincias, sobre la base del principio de igualdad de oportunidades, suelen prever que el Estado preste servicios asistenciales a fin de asegurar un mayor acceso a la población que no cuente con los medios necesarios para ingresar o permanecer en el sistema escolar sin perjuicio de la gratuidad. Por último, algunas provincias agregan atributos particulares a los que debe atenerse la política educativa como por caso el hecho de que la educación debe ser “pluralista” (Jujuy, San Luís, La Pampa, Tierra del Fuego), “de calidad” (Buenos Aires, La Pampa y Chubut), entre otros.

1.5 Contenidos de enseñanza

En relación con el mínimo de enseñanza que resulte obligatorio, en materia de los contenidos que deben ser previstos en el currículum puede apreciarse a grandes rasgos varias coincidencias. En primer lugar, si bien en no todas las constituciones se prevé expresamente este punto, puede observarse que en casi todas aquellas que así lo contemplan se establece la formación constitucional que consiste en la enseñanza de sus cartas fundamentales locales (y en algunos casos también la norma fundamental federal). En verdad, este conocimiento parecería formar parte de una aspiración mayor vinculada

con la conveniencia de que el estudiante sea formado en un marco de respeto de sus libertades y las normas básicas de convivencia y democráticas adquiriendo a través de su paso por la escolaridad una noción más completa de su calidad de ciudadano, de sus deberes y derechos. En segundo lugar, asimismo, se aprecia que en una gran cantidad de constituciones se prevé contenidos que atienden a la formación cultural y científica del individuo que al mismo tiempo permita desempeñarse exitosamente en su vida profesional, poniendo especial preocupación respecto de la capacitación en aquellas actividades económicas más importantes de la provincia (en muchos casos vinculados con la actividad agrícola-ganadera citada). Algunas constituciones especifican detalladamente sus contenidos tales como los casos de las provincias de Neuquén, Río Negro, Corrientes, entre otras. Sin embargo, en ellas aún no se traducen los contenidos mínimos obligatorios previstos en las más recientes leyes nacionales de educación ni se receptan las políticas de alto impacto educativo como los ciclos mínimos de clases.

Un dato importante lo constituye asimismo el reconocimiento que nueve provincias hacen hacia los pueblos originarios confiriéndoles diversas prerrogativas y reivindicaciones. (Buenos Aires, Chaco, Formosa, Chubut, Río Negro, Neuquén, La Pampa, Jujuy y Salta). De estas, sólo tres específicamente en sus textos aluden a una educación bilingüe e intercultural (Formosa, Chaco y Chubut).

1.6 Niveles y regímenes

La estructuración de los niveles y regímenes sistema educacional previstos en las distintas constituciones si bien diversa, se ajusta a los diferentes supuestos ya actualmente previstos en la entonces Ley de Educación Nacional. Para la mayor parte de las provincias, su sistema educativo se extiende desde el primario (en algunos casos se prevé un nivel inicial o pre-primario como en Ciudad de Buenos Aires, Santa Fe, La Rioja o Tucumán) hasta el medio o secundario, pero reconociendo la posibilidad de que la provincia pueda crear, de considerar necesario, instituciones de nivel superior. *En efecto, la mayor parte de las constituciones en este sentido, somete la existencia y organización de los niveles primario a secundario a la legislatura local, haciendo la prestación en estos niveles una obligación inmediata ineludible para la provincia.* Además, la mayor parte de las constituciones destacan la educación especial o diferencial y de adultos. Muchas de ellas comprenden el nivel universitario dentro de sus esquemas, con la posibilidad también de coadyuvar a la formación de instituciones universitarias, aún interprovinciales (Santa Cruz). Algunas

también hacen alusión a planes de alfabetización de adultos y a la educación técnica con particular interés en su orientación agrícola y fabril/industrial (Corrientes, Mendoza) y también minera (Neuquén). Finalmente, puede verse que no sólo la educación formal es materia de los textos comentados sino que también, aunque sólo excepcionalmente, se prevé un espacio para la educación no formal.

1.7 Rol y acción del Estado provincial en materia educativa

La acción educativa de las administraciones públicas locales forma parte de todas las constituciones, si bien se encuentra enunciada en fórmulas tendientes al establecimiento y organización de un sistema educativo o bien en preceptos que aluden al deber gubernamental de crear escuelas y capacitar a su plantel docente. Debido a ello, dicha acción del estado provincial puede apreciarse a partir de diversas funciones y responsabilidades que la Constitución asigna a los órganos políticos locales. En este sentido, *la mayor parte de ellas señala expresamente en primer lugar, la responsabilidad primaria e "indelegable" del estado local en asegurar el derecho a la educación en sus territorios a todos sus habitantes bajo las condiciones y con las características ya señaladas precedentemente.* En segundo lugar, las constituciones obligan a los poderes políticos para que se proceda a la organización de la educación y materias afines de conformidad con los lineamientos básicos de la política que en este aspecto cada una de ellas describe. Esto podría ser considerado como una base fuerte de legitimación para el eventual reclamo y exigibilidad del derecho frente a su omisión o incumplimiento defectuoso por parte de la autoridad pública o privados.

La mayor parte de las atribuciones son asignadas expresamente al poder legislativo, fundamentalmente en todo lo vinculado con la sanción de la ley de educación (y en algunos casos del estatuto docente) mientras que son menores las alusiones a las atribuciones del poder ejecutivo, si bien en casi todas las constituciones se le reconoce la jefatura de la administración general como veremos, participando asimismo en el nombramiento de todos o de una parte de los miembros de los consejos provinciales de educación. Finalmente, es interesante resaltar que en algunas de las constituciones se hace alusión a la prerrogativa del Estado local respecto al control en la legitimación y vigencia de los títulos y certificados de estudios.

1.8 Gobierno y administración

El tema vinculado con el gobierno y la administración del sistema escolar es frecuentemente tratado por todas las constituciones. Por regla, dicha competencia es atribuida a un ministerio del ramo dependiente del poder ejecutivo de la provincia. En algunos casos, ese nivel de gobierno se concentra en una dirección, como en el caso de la provincia de Buenos Aires, donde existe la Dirección General de Cultura y Educación, con una estructura jerárquica particular en función de antecedentes históricos concretos. En muchos casos se prevé, una actuación compartida por un consejo provincial de educación, como órgano de conducción colegiado encargado de la dirección, administración y planificación técnica de los establecimientos educativos. Dicho Consejo asume diversas denominaciones según las distintas provincias (“Consejo General de Educación”, “Consejo Provincial de Educación”, “Consejo Técnico Educativo”). Por lo general la composición de estos órganos pretende reflejar la participación de los distintos sectores involucrados tales como, además de los propios designados por el gobierno local, docentes, graduados, no – docentes y otros miembros de la comunidad.

Existen pautas de descentralización operativa, regionalización y desconcentración, las que se plasman a través de dos acciones concretas. Por un lado, mediante la previsión de consejos escolares de distrito o departamentales, que suelen asumir competencias de administración y gobierno inmediato de las escuelas de la zona, en tanto no afecte la parte técnica que es de incumbencia exclusiva de los órganos de dirección centrales de la provincia. Prevén una composición variada que contempla inclusive en muchas provincias la participación (además de los citados arriba) de los vecinos, padres y alumnos. Por el otro lado, en algunas constituciones también se fomenta la descentralización a través del reconocimiento de la acción de los municipios en materia educativa, ya sea autorizándolas al dictado de ordenanzas y reglamentaciones sobre educación, contribuir a su fomento o a la creación y sostenimiento de establecimientos de enseñanza o bibliotecas, museos, comedores, entre otras. Sin embargo, debe observarse del análisis relevado en el cuadro, que el nivel municipal no ocupa aún en muchas de las constituciones locales el reconocimiento suficiente que la interpretación constitucional nacional prescribe, en tanto su autonomía permanece limitada (no se le reconoce su autonomía institucional) o condicionada (sus cartas orgánicas deben ser aprobadas por la legislatura provincial).

1.9 Educación privada

En sintonía con lo dispuesto por la Constitución Nacional, la acción educativa llevada a cabo por la administración pública local no importa la institucionalización de un monopolio estatal. Ninguna Constitución provincial desconoce el derecho de los individuos, solos o asociados, a fundar y administrar establecimientos de enseñanza. En efecto, todas las constituciones reconocen de modo expreso la libertad de enseñanza, es decir, la existencia de la enseñanza particular o privada. La enunciación de esta fórmula varía desde la simple mención de “la libertad de enseñanza” (La Pampa) o “de la iniciativa privada” (Chubut) hasta incluir expresamente la garantía del derecho atribuido a los padres de elegir para sus hijos el establecimiento educativo de su preferencia. En la mayor parte de los casos se establecen algunas condiciones y pautas de control básicas vinculadas con la adecuación a los planes oficiales y contenidos mínimos, inspecciones periódicas, control en la expedición de títulos, entre otras. Algunas constituciones, como el caso de San Luís y Catamarca, contienen varias previsiones específicas para el sector. Algunas constituciones establecen también el principio de subvención a la enseñanza privada, si bien algunas exigen que ello sea materia de ley posterior (Corrientes, Ciudad de Buenos Aires), o que las instituciones no tengan fin de lucro (Córdoba, Tierra del Fuego, Santiago del Estero, Chaco).

1.10 Docencia

La reglamentación de la labor docente, incluyéndose en algunos casos a su personal administrativo auxiliar, también es extensa en varias de las constituciones sujetas a análisis. En este sentido, en la mayor parte de ellas se contempla la capacitación y el perfeccionamiento docente así como el respeto de sus principales garantías y derechos profesionales tales como la estabilidad, el ingreso y ascenso en la carrera docente según sus méritos, retribución, vacaciones y jubilación, entre otras. El tratamiento más exhaustivo se encuentra contenido en las constituciones de San Luís, Chaco y Santiago del Estero.

En varios casos, la norma delega la reglamentación de todo ello en el estatuto docente que se redacte. Finalmente, en muchas constituciones se garantiza también la libertad de cátedra.

1.11 Financiamiento

La responsabilidad y asistencia financiera de la administración pública es objeto de diversos contenidos y alcances, aunque es posible fijar algunos puntos en común presentes en prácticamente todos los textos estudiados. En efecto, en primer lugar, puede observarse que las constituciones suelen formular prioritariamente el deber de los estados locales de asegurar los recursos suficientes en sus presupuestos para el mantenimiento de la educación pública. En segundo lugar, muchas de ellas refieren también a la conformación e integración del tesoro o de los fondos destinados a solventar de manera específica las erogaciones provenientes de la prestación del servicio educativo, preferentemente en el nivel primario. En algunos supuestos, la norma fundamental refiere sólo de un modo genérico a la composición de dicho tesoro mientras que en otros casos detalla con precisión su contenido, estableciendo diversas categorías tales como recursos propios, tributarios y otros aportes de la comunidad o del mismo sector.

Existe también en varias constituciones disposiciones por las cuales se destina una proporción del total de las rentas generales o de los recursos fiscales para el sostenimiento del servicio educativo en general y, en algún caso, también para objetivos particulares (como “fondos escolares permanentes” destinados de modo específico a la adquisición de terrenos, refacción y construcción de edificios para escuelas). Esta proporción oscila entre un mínimo del 20% (Misiones, Santa Cruz) al 30% (como los casos de Chaco, Neuquén y Santiago del Estero) pasando por valores intermedios como del 25 % (Corrientes y Entre Ríos).

Entre las normas referidas al régimen financiero, se encuentran también disposiciones que de distintas maneras pretender garantizar la correcta aplicación de los recursos asignados al sostenimiento de la educación. Es por ello que la mayor parte de las constituciones establecen que el presupuesto escolar no podrá ser distraído para un objeto o fin distinto al de su creación. Finalmente, es posible apreciar que en varias provincias también existe la preocupación constitucional respecto a la imposibilidad de que pueda trabarse embargo alguno (y en algunos casos hasta se prevé la prohibición de la ejecución) en los bienes o rentas destinados a la educación.

1.12 Cultura, Ciencia y Tecnología

La protección constitucional de la cultura, la ciencia y la tecnología también origina diversos tratamientos. Mientras que algunas constituciones asocian el régimen vinculado con la promoción de la cultura con la educación, en otras se dedican diversos capítulos para cada tema. Sin embargo, casi todas las constituciones consagran el derecho de todos los habitantes a la conservación, promoción, difusión y protección de la cultura a través del diseño y realización de actividades o políticas concretas y la creación de instituciones (fundaciones, bibliotecas, museos, entre otros) que propendan a dicho fin.

Sin embargo, es mucho menor el número de provincias que prevén disposiciones vinculadas con la ciencia y la aplicación de sus avances. Quienes sí lo hacen, prevén la obligación estatal local de la implantación de las nuevas tecnologías a las actividades productivas, la continua innovación y su divulgación, o el fomento de la investigación científica, entre otras políticas de acción concretas.

2. Algunas conclusiones

El análisis constitucional comparativo permite construir algunas reflexiones en relación con el esquema de hipótesis presentado en este trabajo. En primer lugar, se observa que aún respecto de aquellas constituciones que no fueron reformadas en la ola de 1994, con la reforma constitucional nacional, muchas de ellas históricamente ya habían receptado con cierta amplitud el derecho a la educación en sus ordenamientos, previendo inclusive una serie de contenidos mínimos y de normas de organización y estructura que asemejaban al piso de la normativa federal sancionada hasta ese entonces. Las constituciones posteriores a 1957 y con los aditamentos posteriores a la restauración democrática a partir del 83', comienzan también a demarcar una tendencia que, aún sin alterar un esquema de responsabilidad del Estado basado en la prestación de la educación como servicio público, expresan en su redacción notas que corresponde asociar ineludiblemente a la educación como derecho social. En sus redacciones aparecen expresamente aspectos que aluden a la gratuidad y asistencia, a su organización y administración en el ámbito de la enseñanza pública, a la dotación de presupuesto específico para su sostén, entre otros puntos. También en estas constituciones se observa un énfasis especial en la difusión de los valores democráticos y el compromiso con el desarrollo autónomo de la persona en dicho contexto.

Sin embargo, a excepción de las constituciones de Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, San Juan y San Luís (esta última de 1987),⁵⁸⁰ las constituciones provinciales posteriores a la última reforma de la Constitución Nacional, no parecen haber aprovechado en sus textos la posibilidad de incluir el discurso de los derechos humanos, al menos, en la misma línea o grado en que fue recogido por la convención constituyente nacional tras la jerarquización de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. Esto vuelve a situarnos en la importancia e implicancias del “piso federal” de contenido educativo como regla y de cara a las posibles vacíos o incumplimientos en los sistemas jurídicos provinciales.

Tabla N° 2. Cuadro comparativo sobre el derecho a la educación en las constituciones provinciales

(insertar archivo tabla 2)

⁵⁸⁰. En efecto, en estas constituciones la consecuencias asociadas a la educación como “derecho humano” aparecen con fuerte claridad desde la explicitación de los fines y objetivos de la educación hasta la enumeración concreta en cabeza del Estado de políticas específicas como las vinculadas con el aseguramiento efectivo al acceso y permanencia en la educación de los individuos, sobre bases que promuevan la inclusión y la igualdad real de oportunidades.

ANEXO II. La educación en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos

A continuación, procedemos a la descripción de los artículos de los instrumentos internacionales que se vinculan directa o indirectamente con la educación. Este material ha sido la fuente de trabajo a partir de la cual hemos elaborado el análisis sobre el tema en el capítulo I.

1. El sistema universal de protección de los derechos humanos

- **Declaración Universal de los Derechos y Deberes del hombre.** En su artículo 26 señala: “1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.”

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Este tratado contiene en su artículo 18, en su inciso primero, el reconocimiento de que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y en este último caso a la enseñanza de la misma. En su inciso cuarto, los estados firmantes se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Por último, el artículo 27 hace extensivos estos derechos a las minorías étnicas. En este sentido consagra la obligación de respetar el derecho de los miembros de minorías étnicas (religiosas o lingüísticas) a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, y a emplear su propio idioma.

- **Pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.** El pacto es el tratado internacional regulador de las obligaciones de los Estados y de los mecanismos de protección en materia de DESC por excelencia. La UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) entiende que es el artículo 13

del pacto uno de los más completos en relación con los alcances del derecho a la educación al prescribir lo siguiente:

“Artículo 13: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia 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. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer

que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado”.

Por su parte el artículo 14 señala que “todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos”.

- **Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial.** La convención refiere en su artículo 5° a la obligación de los Estados partes de comprometerse a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, en el goce del “derecho a la educación y la formación profesional”. El artículo 7 compromete también a los Estados partes a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos”

- **Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.** El tratado comienza a vincularse con la educación en su artículo 5° en cuanto recurre al compromiso de los Estados partes de tomar todas las medidas apropiadas para “garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”. Sin perjuicio de ello, es el artículo 10° el más relevante en esta convención por cuanto expresa lo siguiente: “[L]os Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar

la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica, profesional y técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional; b) acceso a los mismos programas de estudios, a los mismos exámenes, a personal docente del mismo nivel profesional y a locales y equipos escolares de la misma calidad; c) la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza; d) las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios; e) las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación permanente, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible toda diferencia de conocimientos que exista entre hombres y mujeres; f) la reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente; g) las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física; h) acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia". Por último, en el artículo 14 inc. 2º apartado "d", se prevé que los Estados participantes se comprometan adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales y asegurar su igualdad con el hombre y le aseguren el derecho a obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica, incluidos los relacionados con la alfabetización funcional, así como, entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación a fin de aumentar su capacidad técnica.

- **Convención de los Derechos del Niño.** Las primeras alusiones del tratado vinculadas con la educación se encuentran en el artículo 18, en tanto garantiza el reconocimiento de los Estados participantes del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño y se comprometen a prestar la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales

para el desempeño de su funciones en lo que respecta a la crianza del niño. Luego, en su artículo 23 otorga especial atención a los niños mental o físicamente desaventajados, a quienes deberá asegurarse un acceso efectivo a la educación, capacitación, los servicios de rehabilitación entre otros necesarios para su integración social y desarrollo individual en la máxima medida posible. Posteriormente en su art. 28, inc. 1°, los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación y como consecuencia de ello, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, los Estados firmantes deberán en particular asegurar lo siguiente: a) implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad; c) hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados, d) hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; y e) adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar. En su inc. 2°, aclara que los Estados partes se comprometen adoptar cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de acuerdo a lo convenido en este tratado internacional. Dicho artículo termina con su inc. 3° destacando la obligación de los Estados de fomentar y alentar la cooperación internacional en cuestiones de educación en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. El artículo 29 en su primer inciso, en orden a las metas o fines de la educación, dispone que “los Estados partes velarán para que la educación del niño esté encaminada a: a) desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades. b) inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas. c) inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya. d) preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos nacionales y religiosos y personas de origen indígena. e)

inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural. El inciso 2° del artículo 29 formula una advertencia, proclamando que nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo primero del artículo 29 y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado. También es importante en el ámbito educativo lo dispuesto en el artículo 31 en tanto reconoce y asume el deber de promover el derecho del niño al descanso y el esparcimiento y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

- **Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares** (Asamblea General de la ONU, 1990). Señala el respeto a la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales para hacer que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 12.4). También señala el derecho de los hijos de los trabajadores migratorios a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado que se trate. En estos casos, el acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo (art. 30).

- **Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**. Este instrumento, prevé en su artículo 10° que todo Estado parte debe velar “porque se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que pueden participar de la custodia, el interrogatorio o cualquier forma de arresto, detención o prisión (...)”.

- **La Convención contra la Discriminación en Educación** (UNESCO-1960). Afirma el principio de que no deben establecerse discriminaciones y proclama el derecho de todos a la educación. En ella se considera la discriminación como cualquier distinción, exclusión, limitación o preferencia basada en la raza, sexo, lengua, religión, motivos políticos u otros tipos de opinión, origen social y económico, país de origen, que, tiene como propósito o efecto: a) limitar a determinadas personas o grupos su acceso a cualquier tipo y nivel

educativo, b) proporcionar a determinadas personas una educación con estándares inferiores de calidad, c) establecer o mantener sistemas educativos o instituciones separadas para personas o grupos y d) infligir a determinadas personas o grupos un trato incompatible con la dignidad humana.

- **El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes** (N° 169 – OIT). En el marco de este instrumento se ha dispuesto que deben adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional (artículo 26). Además se establece que “1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales, 2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar, 3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin. Por otra parte, también existen disposiciones particulares respecto a la protección de la educación de los niños. Así el artículo 28 prevé que “1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo; 2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país; 3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas”. Por último también se indica que “un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.”

- **Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.**

Dada la especial protección que la Constitución Nacional le otorga a este grupo de personas, conviene señalar que el primer cuerpo normativo, prevé en su artículo 6° que “los Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad en entornos integrados, y deben velar por que la educación de las personas con discapacidad constituya una parte integrante del sistema de enseñanza”. En similares términos se expresa el segundo tratado en su artículo 24 previendo asimismo el deber de asegurar un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de toda la vida. Expresa la obligación de los Estados de brindar a tales personas “la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad.” A fin de concretizar dicho derecho, se establece la obligación del Estado de que las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, que puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan; que se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales de éstos; se preste el apoyo necesario, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva y se realicen medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión. Finalmente, el artículo enumera una serie de medidas concretas a promover como el aprendizaje del Braille, lenguaje de señas, el empleo de maestros especiales cualificados, desarrollo y uso de técnicas y materiales educativos apropiados, entre otros.

- **Declaración de Hamburgo sobre el Aprendizaje de las Personas Adultas** (1997). En el marco de 5° Conferencia Internacional de las Personas Adultas realizada por la UNESCO, se aprobó este instrumento que contiene una serie de pautas en materia de educación relevantes. Así, en el artículo 8° se establece la responsabilidad de los gobiernos (mediante cooperación interministerial) y de los “*copartícipes sociales*” de tomar las medidas necesarias “*para facilitar a las personas la expresión de sus necesidades y aspiraciones en materia de educación y para que tengan, durante toda la vida, acceso a oportunidades de recibirla*”. A partir de los artículos 10° y 12 propone la adopción de una nueva concepción de la educación de adultos, como derecho a la educación y al

aprendizaje durante toda la vida, siendo la meta última “*la creación de una sociedad educativa*”. Esta concepción integral de la educación de adultos debe garantizar la alfabetización (art. 11), la integración y autonomía de la mujer (art. 13), el respeto por la diversidad y la interculturalidad (arts. 15 y 18). Asimismo, debe contemplar la formación ciudadana con valores democráticos (art. 14), la educación ambiental (art. 17) y sanitaria (art. 16), la formación para el mundo del trabajo (art. 19) y en uso de las nuevas tecnologías (art. 20).⁵⁸¹

- **Declaración Mundial sobre Educación para Todos.** Aprobada en el marco de la Conferencia Mundial sobre Educación en 1990. La declaración constituye un documento de compromiso donde a la par que se reconocen el derecho a la educación en sus dimensiones esenciales, se describen las metas y las medidas más prioritarias a adoptar tanto por gobiernos como por organizaciones internacionales al menos en el plano de la educación primaria. Diez años después, estando aún lejos los países en el logro de los contenidos allí descriptos, volvieron a reunirse dando origen a un nuevo texto en el que se fijan nuevos objetivos fundamentales con el propósito de satisfacer las necesidades de aprendizaje de los niños, jóvenes y adultos a más tardar en 2015.⁵⁸² En el marco de Dakar para la Acción – Foro Mundial sobre la Educación - se ha reafirmado que la educación es un derecho fundamental,⁵⁸³ y se ha subrayado la importancia de una acción gubernamental basada en los derechos en la implementación de la primera declaración. Más

⁵⁸¹. La labor de la UNESCO en la adopción de convenios y recomendaciones es mucho más amplia que la de los documentos aquí citados. Entre otros, aunque su carácter sea no vinculante, existen varios documentos que contienen previsiones para ser adoptadas en la legislación interna de los países como la “Recomendación relativa a la condición del Personal Docente” (5/10/1966), “Recomendación sobre la Educación para la comprensión, la cooperación y la paz internacionales” (19/11/74), la “Recomendación revisada relativa a la Enseñanza Técnica y Profesional” (2/11/01), entre otras. V. para un mayor estudio del tema: UNESCO (2008): *The right to education: Monitoring standard-setting Instruments of UNESCO*, Paris: UNESCO. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001611/161161e.pdf>, (fecha de consulta: junio de 2011).

⁵⁸². La Declaración del Milenio (2000) formuló ocho objetivos “para el desarrollo del milenio acordados a nivel global”, dentro de los cuales se incluyen dos de carácter netamente educativo: la universalización de la educación primaria para el año 2015; y la eliminación de las desigualdades de género en la enseñanza primaria y secundaria para 2005, y en todos los niveles educativos para 2015.

⁵⁸³. Concretamente, en el Marco de Acción de la Educación para Todos (Dakar, 2000) se han propuesto seis objetivos: (a) extender y mejorar la educación integral de la primera infancia, con especial énfasis entre los sectores más vulnerables; (b) lograr la universalización de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria, de buena calidad, para antes de 2015; (c) satisfacer las necesidades de aprendizaje de jóvenes y adultos mediante el acceso equitativo a programas de enseñanza que les brinden herramientas para la “vida activa”; (d) aumentar el número de adultos alfabetizados en un 50% para 2015 y asegurar su acceso equitativo a la educación básica y permanente; (e) eliminar las desigualdades de género en la educación primaria y secundaria para 2005, y garantizar que, para 2015, las niñas y jóvenes logren el acceso pleno con buen rendimiento a una educación básica de calidad y (f) mejorar la calidad de la educación y garantizar el logro de aprendizajes reconocidos y mensurables, especialmente en relación con la alfabetización, la aritmética y las competencias prácticas fundamentales.

recientemente, la “Conferencia Internacional sobre el derecho a la educación básica como derecho humano fundamental y el marco jurídico de su financiación” (Yakarta – Indonesia, diciembre de 2005) adoptó la Declaración de Yakarta, en la que se pone el acento en que el derecho a la educación es un derecho reconocido internacionalmente en su interrelación con el derecho al desarrollo y en que para su plena realización es necesaria la protección jurídica y constitucional de este derecho.⁵⁸⁴

- **Carta de las Naciones Unidas.** La Carta es en verdad el instrumento constitutivo de la ONU y declara sus principios, propósitos, así como la estructura institucional y poderes de dicha organización. Pese a que no hace una referencia específica a los derechos humanos en particular, alude a ellos en su preámbulo (en cuanto a la decisión de “reafirmar los derechos fundamentales del hombre”), y en algunos artículos⁵⁸⁵, pero tiene importante valor como fundamento de las bases de todo el sistema en que se asienta la protección universal de los derechos y la elaboración de los instrumentos arriba mencionados.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴. Lamentablemente, los resultados que han sido recabados vinculados con la realización del derecho a la educación a los propósitos de la Educación Para Todos de UNESCO, o a los objetivos de Desarrollo del Milenio, dan cuenta aún de un retraso importante. Así, el relator especial sobre el Derecho a la Educación de Naciones Unidas, Vernor Muñoz, declaró que “en relación con el logro de la paridad de género, debía haberse cumplido para el año 2005 el objetivo de lograr paridad de género en la educación primaria, y 94 países de los 147 fracasaron absolutamente. Ochenta y seis países en el mundo corren el riesgo aún de no lograr la paridad de género –es decir, el acceso igualitario de las niñas a la educación para el año 2015–, y posiblemente muchísimos de estos no lo lograrán ni siquiera 20 años después. En el caso de Latinoamérica, (...) muchos de los países de la región han logrado la paridad de género en la primaria, pero únicamente 12 lo han logrado en la primaria y la secundaria. Únicamente México y Perú han logrado la paridad de género en la educación universitaria. Ningún país en el mundo ha logrado superar completamente la brecha de género. Aun en los países desarrollados, las desigualdades entre hombres y mujeres siguen siendo notables”. Agregó también que “cuarenta y siete países no lograron la universalización del derecho a la educación hasta mediados de siglo, y la mayoría de estos países está conformada por miles de niñas y niños que tienen también madres sin ninguna posibilidad educativa”. Véase para más detalles el documento de ACIJ (2008) “El litigio estratégico en educación”, disponible en Internet. Para un estudio detallado de los compromisos mundiales vigentes y sus objetivos y metas con indicación de sus plazos, puede verse el trabajo de UNESCO/UNICEF (2008): *Un enfoque de la educación para todos basado en los derechos humanos*, UNICEF: Nueva York. Disponible en internet: <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001588/158893s.pdf>, (fecha de consulta junio 2011).

⁵⁸⁵. Así por ejemplo, en el art. 13.1. b) establece la competencia de la Asamblea General para dictar recomendaciones en materia de derechos humanos, en el art. 55. c) y el art. 56 establece la promoción de los derechos humanos como condición para la estabilidad internacional y las relaciones pacíficas y amistosas entre los Estados. En el art. 62.2 y el art. 68 establece competencias del Consejo Económico y Social en el campo de la protección de los derechos humanos, como dictar recomendaciones y crear comisiones para su protección.

⁵⁸⁶. La presente lista no pretende ser exhaustiva, sino tan sólo conformar el detalle de aquellas normas más importantes en la materia. Así también pueden completar a esta otros documentos tales como la Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte (UNESCO, 1978), la Convención sobre la Enseñanza Técnica y Profesional (UNESCO, 1989), la Declaración y Plan de Acción de Viena (parte I, párr. 33, y

2. El sistema de protección regional americano de derechos humanos

El sistema regional de protección de los derechos humanos se encuentra constituido por un conjunto de instrumentos internacionales, que prevén incluso el reconocimiento de una jurisdicción supranacional, conforme veremos a continuación.

- **La Carta Democrática Interamericana.** Adoptada por la Asamblea General de la OEA en 2001, aunque el documento no reconoce derechos específicamente, si afirma “como esencial para la democracia representativa el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales” (artículo 3), y como componente fundamental de la misma “el respeto por los derechos sociales” (artículo 4), estableciendo además que “la promoción y observancia” de éstos, “son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del hemisferio” (artículo 13). El capítulo II de la Carta, dedicado a la democracia y los derechos humanos, comienza aduciendo el carácter “universal, indivisible e interdependiente” de los derechos humanos (artículo 7), haciendo especial hincapié en la educación como “un medio eficaz para fomentar la conciencia de los ciudadanos con respecto a sus propios países y, de esa forma, lograr una participación significativa en el proceso de toma de decisiones, y reafirmando la importancia del desarrollo de los recursos humanos para lograr un sistema democrático y sólido”. Finalmente, existe otra alusión a la educación en el art. 16 en cuanto afirma que “la educación es clave para fortalecer las instituciones democráticas, promover el desarrollo del potencial humano y el alivio de la pobreza y fomentar un mayor entendimiento entre los pueblos. Para lograr estas metas, es esencial que una educación de calidad esté al alcance de todos, incluyendo a las niñas y las mujeres, los habitantes de las zonas rurales y las personas que pertenecen a las minorías”.

- **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.** La declaración enumera en el artículo XII: “Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas. Asimismo tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad. El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado. Toda persona tiene derecho a recibir

parte II, párr. 80, ONU, 1993), el Plan de Acción para el Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos, párr. 2 entre otros (1997).

gratuitamente la educación primaria, por lo menos”. Como puede verse, la norma hace especial hincapié en el reconocimiento explícito de la igualdad real de oportunidades en materia educativa, algo que en nuestro contexto constitucional también está reforzado (y resulta aplicable a la educación) a través de lo dispuesto en el artículo 75 inc. 19 y 23. Esta declaración contiene además de derechos los deberes del hombre, y al respecto establece en su artículo XXX que: “Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a los hijos menores de edad”; y en su artículo XXXI es concluyente cuando dispone que “Toda persona tiene el deber de adquirir a lo menos la instrucción primaria”, correlato del deber de los Estados firmantes de proporcionar la instrucción primaria gratuita.

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (Pacto San José de Costa Rica). En esta convención no existe un artículo específico vinculado con el derecho a la educación aunque son claras las alusiones hacia el respeto de este derecho. Así el artículo 12 vinculado con la libertad de conciencia y religión expresa que “los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”; mientras que el artículo 26 compromete a los Estados partes a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.⁵⁸⁷ No obstante a ello, desde noviembre de 1999 se encuentra en vigor el **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”** (que está ratificado por 14 países de los 34 que integran la OEA, incluyendo a Argentina), en el que se prevé específicamente un artículo destinado a la protección del derecho a la educación con gran detalle y habilita la posibilidad de llevar casos ante la Corte Interamericana frente a

⁵⁸⁷. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido llamada a resolver en varias oportunidades cuestiones que resultaron atinentes al derecho a la educación. En tanto su jurisprudencia constituye una pauta de interpretación de suma importancia para nuestro derecho constitucional que incorpora el tratado con jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” es importante analizar sus decisiones. Veremos los casos analizados más abajo en este capítulo.

violaciones de conformidad con los procedimientos previstos en la Convención.⁵⁸⁸ En efecto, el protocolo señala en su artículo 13: “1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales. 4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente. 5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de

⁵⁸⁸. A diferencia de los mecanismos de protección en el sistema universal de protección de derechos humanos que funcionan generalmente a través de informes, en el ámbito regional está abierta la *jurisdicción supranacional a través de la Corte Interamericana*. Por ende, cuando las víctimas sufren violaciones a sus derechos humanos en el ámbito interamericano, una vez agotadas las vías de protección jurídica internas, pueden recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este organismo analizará el caso y, de considerarlo admisible, realizará un informe y formulará recomendaciones al Estado. Cuando no sean atendidas sus recomendaciones, puede llevar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que a través de un procedimiento judicial analizará si el Estado incurrió en responsabilidad internacional por vulnerar los derechos humanos y puede condenarlo a reparar los daños y cesar en su conducta lesiva.

enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.” Por su parte, el artículo 19 vinculado con los “medios de protección” expresa que para el caso de los derechos previstos en el artículo 13 mencionado “fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”⁵⁸⁹

La realidad de este reconocimiento internacional que ha recibido la educación, y particularmente en el contexto americano, naturalmente halla su paralelo en otros contextos regionales de protección, por citar el caso por ejemplo, de la comunidad europea y lo dispuesto en el Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 2°).⁵⁹⁰

Tabla N° 3. Cuadro comparativo sobre instrumentos internacionales de derechos humanos con incidencia en el derecho a la educación

(insertar archivo tabla 3)

⁵⁸⁹. Puede verse el tema más exhaustivamente en Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008): Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ob. cit., p. 93.

⁵⁹⁰. “Art. 2. Derecho a la instrucción. A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.” Puede observarse a simple vista, que de la redacción de este artículo así como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, el reconocimiento del alcance del derecho a la educación resulta más acotado respecto de las obligaciones hacia los Estados que el previsto en el sistema de protección regional americano.

ANEXO III. Desarrollo curricular básico

A continuación, hemos desarrollado con mayor exhaustividad el *desarrollo curricular básico y específico* que resulta acorde con una educación fundada en los contenidos educativos previstos en el bloque de constitucionalidad federal.

1. Educación en y para la democracia

En nuestro contexto particular, se enfatiza el argumento de que los contenidos mínimos previstos en el desarrollo curricular deben difundir y promover, junto con la concientización de los derechos, la participación plena del individuo en la vida democrática, a través de “la promoción de los valores democráticos” (art. 75 inc. 19 de la CN). Bajo una concepción de Estado de derecho, resulta indispensable a los efectos del desarrollo de la libre autonomía como persona y ciudadano, conforme hemos visto, que existan contenidos que alienten el desarrollo de aptitudes “deliberativas”,⁵⁹¹ y que se encuentren a tono con la imagen del sujeto como ciudadano titular de derechos exigibles frente al Estado. Mediante la formación en este sentido, el acceso a prestaciones como la educación no es ya percibido como política pública de asistencia sino como el cumplimiento adecuado de una posición jurídica con resguardo constitucional.⁵⁹² También este contenido es el que permite al individuo identificarse como ciudadano, y le enseña los modos de hacerse reconocer y participar activamente en el proceso de decisiones en igualdad con el resto de los individuos.⁵⁹³ Nuevamente vuelven a sumarse los argumentos vinculados con las enseñanzas de Nino sobre la democracia como pre requisito para el desarrollo moral y autónomo de la persona y que pueden verse en la reconstrucción de este pensamiento por Maurino.⁵⁹⁴ En estos sentidos se orientan los compromisos constitucionales a los que aluden el artículo 36 de la CN, y varios de los artículos de la ley

⁵⁹¹. Tomando en este sentido, la cita de Gutmann (2001: 73) quien señala que “la deliberación está relacionada tanto por definición como en la práctica, con el desarrollo de la democracia. La deliberación, en el caso del individuo, se define como la ‘consideración cuidadosa en vistas a una decisión’ y en el aspecto institucional como “consideración y debate de las razones a favor y en contra de una medida por cierto número de consejeros (por ejemplo una asamblea legislativa).”

⁵⁹². Véase capítulo III, punto 3 y 4.

⁵⁹³. Sobre un mayor desarrollo del aprendizaje en democracia en la escuela y sus desafíos puede consultarse el trabajo de F. Clark Power (1999): “Education toward democracy: how can it be accomplished?” en *Prospects: Quarterly review of comparative education*, Vol. XXIX, N° 2, June 1999. (Issue N° 110), Belgium. Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001233/123306eb.pdf>, (fecha de consulta: julio de 2011), pág. 64 y ss. En Argentina, pueden verse las obras de Siede, Isabelino (2007): *La educación política. Ensayos sobre ética y ciudadanía en la escuela*, Buenos Aires, Paidós. También del mismo autor en colaboración con Shujman, G. (2007): *Ciudadanía para armar*, Buenos Aires: Aique.

⁵⁹⁴. V. capítulo III, numeral 6.1.1.

26206, arts. 13, 15 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño en particular, entre otras normas.

La exigencia de un contenido mínimo a través de la promoción de los fines que vinculan a la democracia, marca también un límite negativo fundado, en los términos de Amy Gutmann, en los principios de no discriminación y no represión (2001: 125). Sobre estos principios puede armarse la base de la fundamentación de los contenidos de calidad que permiten comprender desde la laicidad hasta la prohibición de contenidos en educación que constituyan una propaganda a favor de la guerra, la apología al odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (art. 20 del PIDESC), entre muchos otros.

Gutmann entiende que el *principio de no represión* es aquel que previene que el Estado, y cualquier grupo de su interior, utilicen la educación para restringir la deliberación racional entre concepciones competitivas de buena vida y la buena sociedad. Este se complementa con el segundo límite de principios a la autoridad democrática legítima que viene dado por la *no discriminación*; todos los niños que pueden ser educados deben ser educados. La no discriminación se transforma asimismo en el *principio de no exclusión*: “ningún niño educable debe ser excluido de una educación adecuada para participar en el proceso político que estructura la elección entre buenas vidas” y que les habilite “para participar como ciudadanos en la definición de la estructura futura de su sociedad (Gutmann, 2001: 65).

En concordancia con estos objetivos de la educación, el Estado debe procurar que todo el conjunto normativo incluso desde la propia reglamentación de cada escuela, esté irrigada por la concepción del alumno como *sujeto de derecho*, enmarcado en el paradigma de la protección integral del niño⁵⁹⁵ y preocupada en la transmisión y aplicación de valores fundamentales para la convivencia democrática tales como la cooperación, el pluralismo y respeto a la dignidad humana en el Estado de derecho.⁵⁹⁶ Esto debe tener claras consecuencias en los aspectos vinculados con las pautas de convivencia y disciplinarias en la escuela. En este sentido, todas las medidas relacionadas con este último aspecto

⁵⁹⁵. Recordemos que la Convención sobre los Derechos del Niño, partiendo de la concepción del niño como sujeto pleno de derechos, en relación con los aspectos disciplinarios de la educación, establece que los Estados firmantes deberán velar para que “la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño” (art. 28, inciso 2). En cuanto a la normativa argentina, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (26061) reconoce explícitamente la condición de los menores de edad como sujetos de derecho (art. 3). Véase capítulo II, numeral 3.2

⁵⁹⁶. V. Siede, I.: (2002): Democracia, educación en valores y desafíos de la época (2002), Buenos Aires: Secretaría de Educación (GCBA). Disponible en <http://www.oei.es/oeivirt/valores.htm>, (marzo 2012).

deberán respetar la dignidad del niño contra cualquier tipo de humillación o degradación, respetándose siempre en la imposición de sanciones el debido proceso.⁵⁹⁷

Los desafíos actuales en este punto son aún muchos debido a la compleja realidad social que viven algunas escuelas sumado a las propias tradiciones escolares que perviven. En este sentido, en el sistema educativo aún se mantienen reglamentaciones de conducta y disciplina que evocan un pasado autoritario vinculado con la educación como mecanismo de adoctrinamiento y militarización, resabios de la historia política relativamente reciente a lo que se le suma, como veremos más abajo, una ausencia democrática en la gestión escolar. La formación docente aún carga también con ese pasado que se transmite a menudo en el rol del docente frente al “dictado de la clase” y la imposición de la idea de orden, trato al alumno y el establecimiento de las sanciones disciplinarias. A ello se agrega la problemática y gravísima situación de muchas escuelas con altos índices de violencia (maltratos entre los estudiantes, amenazas de alumnos a docentes, incluso alumnos que asisten con armas al colegio) y, en algunos provincias, la falta de apoyo y asesoramiento institucionales. Ante ello, dichas escuelas se aferran con mayor énfasis, a lo que las autoridades perciben como “pérdida de autoridad y de control”, a un régimen que reafirma el poder sancionatorio (con medidas fuertemente excluyentes como la expulsión) como único medio para la solución de los conflictos dentro de la escuela.⁵⁹⁸

Si bien una solución exige una respuesta que vaya más al fondo y atraviese otros ámbitos aparte del tema educativo (y que se preocupe por la atención aún insuficiente del Estado hacia una población que exige ser reconocida para acceder a sus derechos más básicos), las autoridades en todos los niveles – especialmente desde el nivel municipal y provincial - deben brindar un mayor apoyo, presupuestario y de asesoramiento integral, que contribuya a superar progresivamente esta realidad a través de mejores

⁵⁹⁷. Sobre la jurisprudencia en relación con la aplicación de sanciones disciplinarias, v. capítulo I, numeral 7.1.3.

⁵⁹⁸. Este diagnóstico ha sido corroborado por un informe de diagnóstico sobre hechos ocurridos en una escuela media ubicada en José C. Paz. El informe fue elaborado en el 2004 en el marco de un proyecto de extensión universitaria de la Facultad de Derecho de la UBA “Fomento de la convivencia escolar en ambientes educativos heterogéneos y diversos” y en el que participaron dicha escuela media y cinco escuelas del E.G.B. de la localidad de José C. Paz. El proyecto fue presentado y seleccionado por la Dirección Nacional de Gestión Curricular y Formación Docente del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación en el “Concurso de Proyectos de Apoyo para el mejoramiento de la Escuela Media 2004”. En dicho proyecto se brindaron cursos de información sobre derechos humanos y mediación escolar. Véase asimismo el informe elaborado por el Observatorio Argentino de Violencia en las escuelas del 2008: Violencia en las escuelas: un relevamiento desde la mirada de los alumnos, Buenos Aires, Ministerio de educación.

Disponible en: http://www.me.gov.ar/construccion/pdf_observatorio/violencia_en_las_escuelas.pdf, (fecha de consulta julio de 2012).

reglamentaciones escolares (que no favorezcan la segregación de los niños en función de su nivel socioeconómico) y de la organización de servicios (pedagógicos y de prestaciones sociales, entre otros) mientras se realizan otras acciones que procuren el reconocimiento e integración de estos niños y sus familias como ciudadanos para acceder a las prestaciones básicas de sus derechos.

2. Educación para la salud

Los contenidos básicos deben incluir una oportuna y adecuada educación para la salud y en particular en todo lo vinculado con la educación sexual. La Ley de Educación Sexual Integral (26150) dispuso la incorporación de este tema en todos los establecimientos educativos de manera obligatoria, desde un abordaje interdisciplinario y transversal. Junto con la ley sobre Salud Sexual y Procreación Responsable (Ley 25673) educar en sexualidad implica tanto ofrecer conocimientos para la prevención de embarazos no deseados e infecciones de transmisión sexual, como formar en cuestiones básicas de la educación para la salud.⁵⁹⁹ Se trata de una formación abierta que debe incluir entre sus objetivos ofrecer información adecuada y veraz sobre aspectos vitales de la sexualidad, como forma de relación entre las personas, así como también orientar hacia el acceso a los recursos de la salud pública que permitan vivir la sexualidad de forma responsable, plena y segura. La primer ley, pese a disponer la realización obligatoria del programa relega su aplicación en cada escuela “a la adaptación de las propuestas a su realidad sociocultural, en el marco del respeto a su ideario institucional y a las convicciones de sus miembros”. La norma otorga un amplio margen de discreción en cuanto al manejo de los contenidos debido a su ambigüedad y a la necesidad de permitir que luego las provincias la adecuen en sus jurisdicciones. Sin embargo, es clara en imponer una limitación a la libertad de

⁵⁹⁹. Para leer sobre el contenido de las normas nacionales sobre el tema, nos remitimos al capítulo II, numeral 3.2.3. Apoyan esta la educación para la salud y educación sexual varios de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de los informes de dichos organismos. Así en el marco ya citado (capítulo I, numeral 5) conforme lo dispuesto por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 10 inc. h), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha definido la planificación de la familia en su Recomendación General N° 21 de manera que incluya la educación sexual. Por su parte el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general N° 3 sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño, ha interpretado que la Convención sobre los Derechos del Niño afirma el derecho del niño a la educación sexual para permitirle "abordar de manera positiva y responsable su sexualidad" y añade lo siguiente: "El Comité quiere destacar que para que la prevención del VIH/SIDA sea efectiva los Estados están obligados a abstenerse de censurar, ocultar o tergiversar deliberadamente las informaciones relacionadas con la salud, incluidas la educación y la información sobre la sexualidad, y que [...] deben velar por que el niño tenga la posibilidad de adquirir conocimientos y aptitudes que le protejan a él y a otros desde el momento en que empiece a manifestarse su sexualidad" (párr. 16).

enseñanza pública y privada por cuanto dichos contenidos, amén de la forma en que se ofrezcan, deben estar expresamente incluidos en el currículo escolar, siendo una obligación del Estado, velar e inspeccionar que dicho programa se cumpla al interior de estos establecimientos. Sin embargo, no consta que se hayan realizado aún acciones estatales de seguimiento de la implementación de estos contenidos.

En el supuesto de una educación sexual obligatoria, la tensión entre la responsabilidad y el interés del Estado y el derecho de los padres puede resultar inevitable. Esta información es relevante para el primero tanto en cuestiones de políticas de salud, demográficas, entre otras, como así para permitir a los niños armar mejor sus planes de vida. El papel de la autonomía como concepto emancipador en un Estado democrático justifica esta intervención. Así también lo reconoció el Tribunal Constitucional Alemán en su sentencia sobre “clases de educación sexual”.⁶⁰⁰ Allí sostuvo que la sexualidad tiene diversas implicaciones de carácter social, por lo que no se le puede prohibir al Estado considerar a la educación sexual como un componente importante de la educación integral de los jóvenes. Dentro de esto se encuentra también alertar y proteger a los niños frente a posibles peligros de tipo sexual. Asimismo, reconoció que la educación sexual también constituía una labor prevalente de los padres. Atendiendo a esta tensión, concluye que si bien los padres deben ser informados oportunamente sobre el contenido y los métodos didácticos a emplear para la educación sexual en la escuela, *dicha educación* (así como aquella donde se imparten conocimientos sobre hechos biológicos) *no depende de la aprobación de los padres*. En la medida en que se sigan estos principios y objetivos, señaló que no debe objetarse desde el punto de vista jurídico constitucional que el Estado convierta algunos temas referentes a la sexualidad en materia escolar (Schwabe: 2009: 262).

La legislación vigente no resuelve en concreto qué ocurre frente a un supuesto de negativa de los padres a que sus hijos reciban esta educación. Esta tensión puede resolverse no obstante a la luz de los principios constitucionales en juego. La escuela debe impartir educación sexual; esta tarea no puede reputarse subsidiaria sino principal, en tanto las eventuales omisiones de los padres – voluntarias o no – puedan perjudicar sensiblemente el desarrollo autónomo del niño y de su plan de vida. Es por esta razón, que la base de la realización plena del principio constitucional de autonomía del niño impone

⁶⁰⁰. Tribunal Constitucional Alemán (BVerfGE) 47, 46; “Sexualkundeunterricht”, del 21 de diciembre de 1977. Disponible en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv047046.html>, (fecha de consulta: noviembre 2011).

límites a la libertad de enseñanza de los padres. El derecho de los padres vinculado con la educación del niño no parecería tener el peso suficiente para excluir al niño de este tipo de educación, más allá incluso de la necesidad de mantener las propias convicciones religiosas o filosóficas de aquel primero.⁶⁰¹

3. Educación con perspectiva de género

La educación con perspectiva de género consiste en la formación de niñas y niños sobre la base del principio de igualdad entre ambos sexos. Esta propuesta abre el camino hacia la superación de la desigualdad de género, ya que crea las condiciones para el acceso igualitario en distintos ámbitos de la sociedad y el cambio cultural en mujeres y en hombres (por ejemplo, en relación con la eliminación de estereotipos discriminatorios) con lo que se favorece la construcción de una sociedad más justa y equitativa.⁶⁰² Nussbaum (2005: 196), si bien refiriéndose a la educación superior, da cuenta de la importancia de esta perspectiva argumentando lo siguiente: “las mujeres tenían muchas quejas apremiantes y justificadas contra la investigación y enseñanza tradicionales masculinas. Estas fallas afectaban a todo el mundo académico, puesto que todos necesitan conocer la verdad. Para corregir estas deficiencias en lo académico se debió aguardar la llegada de las mujeres a las disciplinas respectivas, en número suficiente para influir en la dirección y carácter de la investigación, lo que hicieron mediante el análisis de los tópicos tradicionales a través del “prisma de género”.

La autora también señala la importancia democrática del agregado de la enseñanza feminista, en tanto pueda permitir examinar como ciudadanos la sospecha de que algunas de sus motivaciones más profundamente arraigadas puedan estar deformadas por una herencia de injusticia, permitiendo construir una sociedad más racional y equitativa (Nussbaum, ob. cit.: 233; Mackinnon, 2006).

Pero la educación especialmente en el nivel primario, actúa aún con más fuerza en la construcción de las individualidades y de las identidades de los niños, niñas y adolescentes. Por este motivo el análisis de los contenidos basados en una educación

⁶⁰¹. Véase un mayor desarrollo en el capítulo IV, numeral 3.3.1.

⁶⁰². En el contexto latinoamericano, la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) establece en su artículo 6.b. que el derecho de las mujeres a vivir libre de violencia incluye el derecho “a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”. Para un mayor desarrollo de la normativa internacional en el tema véase capítulo I, numeral 5.

transversal no sexista es clave.⁶⁰³ En tanto la educación puede ser considerada como instrumento de cambio, el Estado y los docentes tienen la oportunidad de abordar el proceso educativo desde sus inicios con una actitud promotora de la participación equitativa y conjunta de ambos sexos. Para ello se requiere de una escuela que evite reproducir y critique las desigualdades sociales existentes, la jerarquización, las relaciones de poder, y los mensajes y aprendizajes ocultos que pueden predisponer a desarrollos personales distintos en función del sexo. La respuesta a este desafío a los fines de alcanzar una igualdad real dejaría de correr solo por el camino de respuestas y acciones que son más una consecuencia del diagnóstico relevado (como ocurre con la introducción de la mujer en estructuras tradicionales de poder masculinas — el caso de “la ley de cupos femenina para ocupar cargos políticos”, lo que perpetua así las diferencias—) sino en acciones que cuestionen esta realidad *ab initio* a través de una educación con perspectiva de género. De este modo, la solución se presenta con anterioridad a la aparición del problema que deriva de la omisión de estos contenidos: la aceptación acrítica de un conjunto establecido de estereotipos sexuales y el rechazo irreflexivo de alternativas razonables y posibles para la plena igualdad entre ambos géneros.⁶⁰⁴

⁶⁰³. El Comité de los Derechos del Niño instó a que se cambiara la imagen de la mujer en "los manuales escolares, transmitiendo mensajes apropiados para luchar contra la desigualdad, los estereotipos y las resistencias. Cfr. Informe sobre el octavo período de sesiones (Ginebra, 9 a 27 de enero de 1995) (CRC/C/38), pág. 71. La Relatora Katarina Tomasevsky señala en este sentido en un informe que la revisión de los programas y textos escolares que modificaron la imagen de las niñas y mujeres, contribuyó a que la nueva generación evite los estereotipos que antes eran tan frecuentes. Durante los últimos decenios se han producido cambios profundos en el contenido de la educación: se ha pasado de educar a las niñas para que sean buenas amas de casa a liberarlas de los estereotipos de género y a permitirles que se desarrollen libremente. Un punto que alerta también sobre la necesidad de atender a la perspectiva de género está vinculado también con la desigualdad entre los sexos en la enseñanza primaria y en particular con el predominio de las mujeres como maestras, lo que a su criterio, debido a la falta de medidas de políticas de igualdad en la materia, ha reforzado la idea de “que la mujer se adapta muy bien a la enseñanza en los niños de corta edad, por el hecho de que la enseñanza ofrece una salida a mujeres que encuentran cerradas la mayoría de las demás carreras y por el hecho de que los hombres se sienten atraídos hacia profesiones y carreras mejor remuneradas”. Véase Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Sra. Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos, párrafo 74.

⁶⁰⁴. Un reciente informe de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos puntualiza algunos de los temas prioritarios de la agenda vinculada con el derecho a la educación de las mujeres en la región y las políticas de implementación que se están dando al respecto. La Comisión ha identificado tres ámbitos en particular en donde se manifiestan formas de discriminación contra las mujeres en el ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales: el trabajo, *la educación* y esferas relacionadas a su acceso y control de recursos económicos. La garantía de estos derechos tiene un efecto multiplicador en el ejercicio de todos los derechos de las mujeres. La CIDH considera en dicho informe que una primera aproximación al problema de la discriminación, desde el punto de vista de estos tres ámbitos, puede abrir la puerta para un análisis más integral y abarcador por parte del sistema interamericano, de los factores que aún obstaculizan el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres. V. CIDH (2011): El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la

4 Educación intercultural y pluralista

Los contenidos educativos deben atender a la interculturalidad, al respeto de la identidad y la diversidad. La diversidad cultural no debe ser entendida como un problema sino como una cualidad que debe ser preservada, respetada e incluso fortalecida, desde que ella enriquece la vida de las personas mediante el contacto con formas de vida diferentes y permite aprender sobre el respeto mutuo entre las personas.

Frecuentemente esta idea se presta a confusiones que minimizan su verdadero impacto y hasta distorsionan su finalidad. La educación intercultural implica una innovación y transformación pedagógica y curricular que parta “no sólo de distintos contenidos o experiencias culturales, sino también de procesos de interacción social en la construcción de conocimientos” (Walsh, 2001). Esto comprende una perspectiva en educación que está orientada a explorar y reconocer, tanto en las comunidades como en las escuelas, las diferentes situaciones sociales y repertorios culturales y las relaciones que existen entre ellos. En este sentido, propone promover relaciones dialógicas e igualitarias entre personas y grupos que participan de universos culturales diferentes, reconociendo sus diferencias y trabajando los conflictos inherentes a esta realidad (Thisted, Diez, Martínez & Villa, 2007).

El concepto de interculturalidad extendida hace referencia a una educación intercultural para toda la sociedad y no sólo para los pueblos indígenas (u otros grupos que aún cuando representan sectores significativos de la población son considerados “minorías”). Intenta ir más allá de lo educativo, situándose como estrategia general para hacer frente a las políticas “mono culturales” del Estado, revisar los contenidos colonizadores y discriminatorios que aún persisten en la escolarización, promover la crítica del inventario homogeneizador, promover la reconstrucción de los discursos hegemónicos sobre identidad y cultura, y a su vez rearmar en nuevas configuraciones solidarias los cruces entre las dimensiones de raza, etnicidad, género, edad, orientación sexual, nacionalidad, religión, cultura, etc.”(Díaz & Villarreal, 2009: 21).

Las definiciones expuestas contribuyen a separarse de aquellas posiciones que entienden a la idea de interculturalidad o diversidad sólo como una política compensatoria de algún “déficit” y sin reconocer una especificidad en términos igualitarios con otros sectores de la sociedad (Díaz, Diez, & Thisted, 2009: 7). En este sentido, tales políticas

garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, OEA. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeresdesc2011.pdf> (fecha de consulta julio de 2012).

terminan constituyendo acciones fragmentadas en el sistema educativo, con proyectos o programas focalizados tendientes a atender a determinados grupos que los convierte en víctimas o una posición pasiva que les resta capacidad de acción y transformación como sujetos políticos (Díaz, Diez, & Thisted, ob. cit.: 8).

Para que la interculturalidad funcione, se requiere atender al menos dos aspectos claves sobre los cuales trabajar. Ambos también pueden derivarse de la exigencia de *adaptabilidad* de la educación como derecho fundamental. El primero se vincula con la necesidad de comprensión de que dicha cualidad en la educación, acorde ahora con la concepción de derecho fundamental, debe ser *universal e integral*. Ello implica proyectarla a toda la comunidad y organizar el currículum y la planificación escolar de manera tal que dicha interculturalidad no se transforme sólo en un contenido, tema, unidad, materia o estrategia específica sino que fundamente y atraviese todo el diseño curricular (Walsh, 2001). De este modo, la asimilación y el intercambio de las culturas, valores, identidades, no permanece como una experiencia reducida a un grupo poblacional específico o subordinado, sino que se extiende a toda la comunidad educativa que aún conserva un fuerte lastre que niega lo pluricultural. Como sostienen algunos especialistas, la particular génesis de la educación básica normalizadora aún conserva fuertemente ejes centrales “monodimensionales” basados en una específica raza, sexualidad, género, religión, etc.⁶⁰⁵ En vinculación con esto debe sumarse la crítica de los organismos internacionales de no tomarse únicamente como criterios de decisión - en el diseño y organización curricular y pedagógica - variables objetivas descontextualizadas al medio cultural definido correctamente.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵. Así se sostiene particularmente que “la discriminación presente en la cultura colonizadora latinoamericana que, a partir de la conquista de América, tuviera como foco a los indios, los negros y los habitantes de las zonas rurales, permaneció y se actualizó en el imaginario social de la Argentina durante el siglo XX. De esta manera, los discursos fundantes y orientadores de la escolarización en Argentina se construyeron sobre la base de tensiones dicotómicas y jerarquizadas, dando por supuestas la superioridad de una serie de normas y prácticas (modernas, racionales) sobre otras (premodernas, irracionales): lo civilizado vs. lo bárbaro y/o indígena y/o inmigrante; el conocimiento vs. la ignorancia, lo normal vs. lo anormal, la capacidad vs. la discapacidad, lo heterosexual vs. lo homosexual, lo adulto vs. lo joven, lo masculino vs. lo femenino, lo políticamente correcto vs. lo subversivo” (Thisted et al., 2007: 12).

⁶⁰⁶. En este sentido la Relatora Especial para el derecho a la educación interpreta que “la normativa internacional en materia de derechos humanos exige que el anterior requisito de que el niño se *adapte al tipo de educación disponible* se sustituya por el de la *adaptación de la educación al interés superior de cada niño*. En nuestro imperfecto mundo, el derecho de cada niño a ser considerado y respetado como diferente sigue siendo un sueño lejano. En la práctica, los niños se ven reducidos a los pocos criterios que son objeto de seguimiento y que se toman en cuenta al formular las leyes y políticas educativas. Esos criterios son con frecuencia únicamente el sexo y la edad, raramente la discapacidad y sólo algunas veces el idioma materno, la religión, la raza o el origen. Así pues, la siguiente medida que se debería tomar es adaptar la educación para que pueda tratar a los niños como individuos en lugar de como meros

El segundo aspecto se vincula con la *necesidad de incluir la perspectiva intercultural en la formación docente inicial y continua*. De este modo, promoviendo que los docentes asuman una posición y práctica que responda a una pedagogía intercultural se podrá evitar que frente a distintas situaciones que representen un desafío en estos términos, éstos no tomen distancia o terminen acomodándolas a aquellos marcos estereotipados que les fueron inculcados en su formación.⁶⁰⁷ En muchos casos, a los docentes “suelen ‘fijarse’ ciertas imágenes sobre las familias de los estudiantes y, más aún, sobre las posibilidades de aprendizaje de éstos, que impiden ver más allá, atribuyendo a los niños y jóvenes la responsabilidad de sus problemas en la escuela” (Thisted et al., 2007).

En la Argentina, las propuestas educativas en este tema han partido de reconocer la existencia de “otras culturas”, siendo estas por excelencia la de los pueblos originarios, y teniendo como eje principal tales iniciativas la enseñanza de sus lenguas, dando lugar a la “educación intercultural bilingüe”. La actual Constitución les reconoce la preexistencia étnica y cultural de dichos pueblos, como colectivo que tiene el derecho a su identidad, y en ese marco establece entre otros derechos, la educación bilingüe e intercultural (art. 75 inc. 17). También en julio de 2000 la Argentina ratificó ante la OIT el Convenio N° 169 de 1989 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes.⁶⁰⁸

El problema es que a menudo tales políticas asumen características focalizadas y dirigidas a determinados grupos, sin tener proyección sobre todo el diseño curricular general, dejando intacto el marco de confinamiento cultural y los estereotipos de la cultura que se juzga dominante.⁶⁰⁹ Tampoco se modifica la pedagogía fuertemente normalizadora,

portadores de determinados rasgos étnicos o religiosos.” Cfr. Informe presentado por Katarina Tomaševski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2004/45, 25 de enero de 2004, párrafo 54.

⁶⁰⁷. En este sentido sigue siendo actual el trabajo de Neufeld y Thisted (2000) sobre prácticas docentes discriminatorias en el aula.

⁶⁰⁸. Dicho convenio otorga a la educación un lugar destacado. Además de reconocer los derechos a la educación bilingüe y a la preservación y promoción de las lenguas indígenas, en su parte VI, señala en el artículo 26 “que deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional”, y en su art. 27, entre otros aspectos importantes obliga a las autoridades competentes “a asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas.” Además, “los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin”.

⁶⁰⁹. Como se ha sostenido, tampoco la interculturalidad “se resuelve con la celebración “folklorizante” de la diversidad, ni con la “nacionalización” de ritos, danzas y costumbres de estas poblaciones, incorporándolos a las festividades, monumentos y rituales del Estado, ni con las declaraciones a favor de

disciplinadora y homogeneizante, estandarizada y refractario a la diversidad. Así en muchos casos las medidas, cuando se adoptan, mantienen una visión reduccionista de la interculturalidad, una incorporación acrítica, no siempre exenta de usufructo político de los gobiernos de turno locales.⁶¹⁰

Sin embargo, de la lectura de ese único artículo constitucional, dicho reconocimiento resulta insuficiente. La lista es incompleta, ya que por ejemplo el monolingüismo practicado y la ausencia de políticas contundentes en el área, hace que el sistema educativo permanezca inalterado. En efecto, en el caso argentino, las políticas de reconocimiento hacia los derechos de los pueblos originarios, parecen vincularse más a un “multiculturalismo manejado” expresión que celebra el pluralismo cultural pero sin traducirse en efectos concretos y durables para los miembros del grupo cultural oprimido (en contraste con el “multiculturalismo transformativo” o el principio constitucional de lo plurinacional que busca efectivamente una redistribución del poder y de recursos - Hale, 2002: 485 -, tal como ha sido asumido por Bolivia).⁶¹¹

la “tolerancia” como una actitud pasajera y políticamente correcta de una superficial y simple aceptación del otro” (Thisted et al., 2007).

⁶¹⁰. Véase en este sentido el trabajo de Díaz y Villareal (2009) que analiza los problemas y desafíos en concreto de las políticas educativas hacia el pueblo originario mapuche por parte de la provincia de Neuquén. Otros estudios importantes sobre las deficiencias en este tema lo constituyen los resultados de la campaña de UNICEF por los derechos de los niños de comunidades originarias en la Argentina, en donde se remarca que la tasa de analfabetismo de los niños indígenas mayores de 10 años es casi cuatro veces mayor que la tasa nacional, que se ubica en el 2,6% y que si a educación primaria se refiere, alrededor del 52,4% de los chicos no completó sus estudios. Véase la nota “El analfabetismo golpea casi 4 veces más a los chicos indígenas”, en Clarín, de fecha 18/9/09. Según lo escrito en ella, en Argentina existen 30 pueblos indígenas y aproximadamente 600.329 personas se reconocen como tales. Casi un cuarto de los hogares, un 23,5%, tiene sus necesidades básicas insatisfechas. Allí mismo señaló el representante de UNICEF para Argentina que “las comunidades están dispersas geográficamente y, en general, sometidas a la discriminación y al rechazo. En ese contexto no es difícil entender el porqué del analfabetismo de los niños y adolescentes, y los estudios primario y secundario incompletos. Se convierten en niños invisibles”. Para un análisis más exhaustivo del tema, puede verse el trabajo de la UNICEF (2009): *Los pueblos indígenas en Argentina y el derecho a la educación. Situación socioeducativa de niñas, niños y adolescentes de comunidades rurales wichí y mbyá guaraní*. Disponible en http://www.oei.es/pdf2/Libro_EIB.pdf (fecha de consulta: junio 2010). Estos datos pueden complementarse con los ofrecidos en el trabajo de Rivas, A., et. al. (2007): *El desafío del derecho a la educación en Argentina*, CIPPEC, pág. 97.

⁶¹¹. En contraposición al caso argentino, la constitución de Bolivia reserva un enorme espacio para la cuestión indígena y los “36 pueblos indígenas de Bolivia”. El texto constitucional dedica un capítulo entero para los derechos de las naciones y pueblos indígenas; define un cupo para tales grupos en el Parlamento; da reconocimiento a formas de justicia “indígena originaria campesina”, asegura la presencia indígena en el Tribunal Constitucional; reconoce la autonomía territorial indígena y los derechos de los indígenas sobre el uso del agua y la tierra comunitaria. Por lo demás, entre otros puntos, la religión católica deja de ser la religión “oficial”. Véase Gargarella, Roberto (2009): “La Constitución de Bolivia tiene poco de socialista”, publicado en Clarín, 2/2/09. Asimismo, una mirada crítica de esta situación en el contexto latinoamericano puede verse en el trabajo de Aldao y Clérico (2011) ya citado.

Conforme lo expuesto, debemos reconocer que es sólo una parte del deber de interculturalidad la obligación del Estado hacia la promoción y protección de la identidad y cultura de los pueblos originarios a través de la provisión de una educación que garantice una educación integral e intercultural bilingüe - la enseñanza *de* así como *en* los idiomas tanto de la comunidad cuanto del oficial.⁶¹² (art. 75 inc. 17 de la CN, cap. XII ley 29206). El fin debiera ser que *todos* los niños reciban una educación inclusiva e intercultural, que remueva concepciones y estereotipos hegemónicos y homogeneizantes y que, en pie de igualdad, reconozca las características identitarias y culturales de los educandos y las promueva para alcanzar la afirmación y el respeto de la diversidad en la escuela y así poder reconocer las potencialidades positivas que de todo esto se derivan en términos de mayor autonomía, inclusión y democracia.

5. Educación pertinente y adaptable según las distintas necesidades de los alumnos de acuerdo con sus contextos y los cambios ocurridos en la sociedad

Las políticas educativas, los contenidos educativos, los materiales y herramientas utilizadas para estos fines (libros de textos, libros de lectura, entre otros) deben ser significativos y flexibles a las necesidades de los estudiantes y a los contextos sociales y culturales de cada región en particular (“sus realidades sociales, culturales y productivas” como dice el art. 86 de la ley 26206),⁶¹³ quedando sujetos a revisiones y cambios periódicos que permitan su actualización, crítica y el desarrollo de nuevos programas. Así, esta obligación impone a los Estados, en particular en el plano curricular y de la organización escolar lo siguiente.

- El deber de seguir una acción continua, abierta y de mejoramiento y desarrollo de los contenidos educativos y materiales didácticos conforme las evoluciones e

⁶¹². Se insiste en este aspecto que dicha educación bilingüe debe ser un medio eficaz para procurar que los niños adquieran los conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente, y en igualdad, en la vida de su propia comunidad y sobre todo en la de su propia comunidad nacional. (art. 27 PIDCP, art. 30 Convención de los Derechos del niño, Convenio 169 de la OIT). Asimismo, para una mayor consulta de documentos vinculados con la lengua materna, multilingüismo y educación, véase la base de datos UNESCO en la materia en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001807/180744s.pdf>, (fecha de consulta: marzo de 2012).

⁶¹³. El Comité de los Derechos del Niño dispone que el programa de estudios, tanto en la primera infancia como en la escuela, “debe guardar una relación directa con el marco social, cultural, ambiental y económico del niño y con sus necesidades presentes y futuras y tomar plenamente en cuenta las aptitudes en evolución del niño. V. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 1: Propósitos de la educación (2001), párrafo 9.

innovaciones en los distintos ámbitos del conocimiento y la técnica. De esta forma se podrá alcanzar de un mejor modo los objetivos o metas propias y propedéuticas de los distintos niveles y modalidades del sistema educativo. Por ejemplo, esto implica mantener actualizado el diseño de materiales pedagógicos y la aplicación de nuevas tecnologías y métodos de enseñanza como la educación a distancia a partir de los crecientes desarrollos digitales.

A fin de comprender la importancia de los abordajes y materiales pedagógicos es útil definirlos desde perspectivas funcionalistas como mediadores culturales, en tanto constituyen la manifestación explícita respecto de “qué” y “cómo” se valoran los elementos culturales a transmitir. En este sentido los materiales constituyen “lo que hay que aprender”, representan y materializan el “conocimiento” (Aguado: 2003, citado en Díaz et al., 2009) que se incorpora al currículum como saber legítimo. La importancia de los recursos es vital para el desarrollo de los contenidos y la pedagogía propuesta y acorde con una educación de calidad. Como señala Gvirtz (1997: 16), en oportunidad de analizar el saber escolar a través del “cuaderno de clase”, ningún recurso es neutro e ingenuo sino que refieren a dispositivos de poder que transforman el saber en uno u otro sentido. Además merece atenderse con especial cuidado que todos estos recursos, su configuración, las formas de evaluación, al igual que otros aspectos como la disposición espacial del aula, son tan relevantes como el propio currículum. Su cuidado o su desconsideración pueden facilitar o dificultar el éxito o fracaso de cualquier reforma (Gvirtz, ob. cit.: 122).

- El deber de registrar en la educación los cambios sociales y de valores que ocurren en la sociedad (así como permitir su crítica y reflexión). En este sentido deben entenderse los cambios hacia los nuevos enfoques en el tratamiento de determinados temas, como la educación sexual, la historia (y sus revisiones a partir de los procesos de integración regional por ejemplo), o la revisión y eliminación de concepciones estereotipadas o discriminatorias (que afectan fundamentalmente a las mujeres,⁶¹⁴ o a minorías

⁶¹⁴. El Comité de los Derechos del Niño instó a que se cambiara la imagen de la mujer en "los manuales escolares, transmitiendo mensajes apropiados para luchar contra la desigualdad, los estereotipos y las resistencias. Cfr. Informe sobre el octavo período de sesiones (Ginebra, 9 a 27 de enero de 1995) (CRC/C/38), pág. 71. La Relatora Katarina Tomasevsky señala en este sentido en un informe que la revisión de los programas y textos escolares que modificaron la imagen de las niñas y mujeres, contribuyó a que la nueva generación evite los estereotipos que antes eran tan frecuentes. Durante los últimos decenios se han producido cambios profundos en el contenido de la educación: se ha pasado de educar a

étnicas⁶¹⁵ o raciales, inmigrantes, o a personas por su orientación sexual). Un ejemplo claro de esto último sería la necesidad de revisión de la idea “familia” en el currículum escolar formada exclusivamente a partir de una pareja heterosexual que no se aviene con el cambio ocurrido a partir de la ley de matrimonio igualitario o el reconocimiento de la adopción por parejas del mismo sexo (ley 26618). En consecuencia, la adaptabilidad impone una revisión permanente del currículum en todos los niveles y modalidades, comprendiendo todas las esferas del gobierno educativo, desde quienes se ocupan del desarrollo de los contenidos básicos en el ámbito federal, del desarrollo curricular provincial hasta el diseño institucional que cada escuela adopte.⁶¹⁶ También se requiere, como vimos, de una reforma en la capacitación docente que cuestione los estereotipos que informan las prácticas docentes discriminatorias y se problematicen contenidos etnocéntricos y prácticas pedagógicas fragmentadas (Díaz et al., 2009).

La adaptabilidad impone el derecho al respeto al entorno del aprendizaje. En este sentido, el Estado debe poner especial cuidado en asegurar condiciones aceptables de educación, atendiendo en particular a las diferencias de situaciones y contextos, y cuidando especialmente en no confundir ello con desigualdad, ya que un tratamiento inadecuado de las propias diferencias puede conducir a esto último. Desde esta perspectiva, en el marco de una educación intercultural e inclusiva,⁶¹⁷ debe el Estado atender a que las prácticas educativas se adapten a:

las niñas para que sean buenas amas de casa a liberarlas de los estereotipos de género y a permitirles que se desarrollen libremente. Un punto que alerta también sobre la necesidad de adaptabilidad está vinculado también con la desigualdad entre los sexos en la enseñanza primaria y en particular con el predominio de las mujeres como maestras, lo que a su criterio, debido a la falta de medidas de políticas de igualdad en la materia, ha reforzado la idea de “que la mujer se adapta muy bien a la enseñanza en los niños de corta edad, por el hecho de que la enseñanza ofrece una salida a mujeres que encuentran cerradas la mayoría de las demás carreras y por el hecho de que los hombres se sienten atraídos hacia profesiones y carreras mejor remuneradas”. Véase Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Sra. Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos, párrafo 74.

⁶¹⁵. El Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales enuncia como objetivo asegurar que “los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva” de los pueblos indígenas (art. 31), entre otros puntos.

⁶¹⁶. En este sentido deben interpretarse las directivas del Comité de Derechos Económicos y Sociales cuando exige de los Estados la formulación de planes de estudios “idóneos” y dotados de “recursos que reflejen las necesidades contemporáneas de los estudiantes en un mundo en transformación”. Cfr. CDESC, Observación General N° 13, párrafos 24 y 50.

⁶¹⁷. El Relator especial refiere a la educación inclusiva como aquella que “reconoce que todo niño tiene características, intereses, capacidades, y necesidades de aprendizaje particulares y que los alumnos con necesidades educativas especiales deben tener acceso al sistema de educación general y encontrar acomodo en él mediante una pedagogía centrada en el niño. La educación inclusiva, al tener en cuenta la diversidad existente entre los alumnos, trata de luchar contra actitudes discriminatorias, crear

- niños y niñas en situación de enfermedad, de discapacidad o que padezcan minusvalías específicas o restricciones por motivos de salud, para que tanto en el ámbito público como privado, se cumplan con las prestaciones principales y accesorias vinculadas con el derecho a la educación de estas personas. Desde que la educación ocupa en estos casos un rol clave para ayudar al niño a su desarrollo e integración social plena, son numerosas las normas nacionales e internacionales que como hemos visto contemplan especialmente este supuesto previendo educación domiciliaria, hospitalaria y especial. Así, más allá de la especial protección que les asegura la Constitución sobre la base del art. 75 inc. 23, existen normas específicas como lo dispuesto en la ley 26206 (capítulos VIII – educación especial y XIII educación domiciliaria y hospitalaria), la ley 24901, y en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, art. 23 de la Convención de los Derechos del Niño, art. 13 del Protocolo de San Salvador, entre otros).⁶¹⁸ En un informe el Relator Especial sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad señala que entre las medidas (que naturalmente engloban también en parte las obligaciones genéricas desarrolladas más arriba) deben contarse aquellas que aseguren el acceso físico,⁶¹⁹ el acceso en cuanto a la comunicación y enseñanza (a través del lenguaje de signos y Braille por ejemplo y la disposición de los recursos y materiales especiales requeridos), el acceso social (a los compañeros) y el acceso económico (asequibilidad) de la escolarización; la determinación temprana de necesidades educativas especiales y la intervención en la primera infancia; la promoción de la formulación de planes de estudios comunes a todos los alumnos; la garantía de una capacitación anterior y durante el servicio de los maestros y los administradores escolares; el apoyo individualizado al estudiante en los casos necesarios; la coordinación de todas las esferas

comunidades donde sean bien acogidos, lograr una educación para todos, así como mejorar la calidad y la eficacia de la educación de los alumnos de la enseñanza corriente. Cfr. “El derecho a la educación de las personas con discapacidades”, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/29, 19 de febrero de 2007, párr. 10.

⁶¹⁸. Véase capítulo I, numeral 5.1. Sobre el desarrollo jurisprudencial del tema, véase capítulo I, punto 7.1.6.

⁶¹⁹. Como el diseño de los pasillos y las aulas, los pupitres, el ensanchamiento de las entradas, las rampas de acceso a los edificios, la instalación de ascensores, la modificación o la nueva consideración de su ubicación geográfica, la adaptación de las normas y los principios de ingreso, además de factores personales, como las clases complementarias, otras o nuevas formas de comunicación, los tutores especiales, el personal de apoyo y las comidas nutritivas. Cfr. “El derecho a la educación de las personas con discapacidades”, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz, Consejo de Derechos Humanos, ob. cit., párrafo 14

de reforma educativa para velar por su coherencia con el derecho a la educación y la educación inclusiva, entre otras.⁶²⁰

- *niñas embarazadas o niñas/niños con hijos*, a fin de que el embarazo no se transforme en un castigo que ocasione discriminación alguna o su exclusión del establecimiento escolar.⁶²¹ En este sentido, la ley 26061 en su artículo 17 prohíbe a las instituciones públicas y privadas imponer por causa de embarazo, maternidad o paternidad, medidas correctivas o sanciones disciplinarias a las niñas, niños y adolescentes.⁶²² También resulta una violación someter a una alumna embarazada a un tratamiento educativo diferente al de sus compañeros o limitar su asistencia al aula. En estos casos, incluso cuando deba ésta tener a su cuidado su bebé, deberán procurarse las medidas para que la niña pueda proseguir su educación (reservándosele su vacante, educación domiciliaria durante los meses que le resulte imposible asistir al establecimiento, previsión o subsidio para el jardín maternal, entre otras medidas).⁶²³

- *niños especialmente expuestos a los problemas de deserción, repitencia y/o sobriedad escolar*. Este tipo de problemas a menudo se constituyen en mecanismos que discriminan sobre la base de la pobreza, la segregación simbólica (por cuestiones de etnia, origen social, nacionalidad) sumada a la ausencia de estrategias pedagógicas que no asumen el fracaso como algo institucional sino sólo imputable al alumno. En estos casos debe exigírsele al Estado que prevea el diseño de programas o políticas especiales que fomenten la asistencia sistemática a la escuela, contribuyan a brindarles el apoyo adicional requerido dada su particular situación, y procuren una solución progresiva de sus problemas sin precipitar el abandono de su escolarización obligatoria. Un ejemplo de estas medidas puede ser un plan de becas que busque la inclusión educativa de quienes debiendo estar en la escuela, tuvieron que abandonarla o tengan dificultades para acceder a ella por pertenecer a grupos estructuralmente desaventajados. Para quienes aún

⁶²⁰. Cfr. “El derecho a la educación de las personas con discapacidades”, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz, Consejo de Derechos Humanos, ob. cit., párrafo 28.

⁶²¹. Cfr. fallo “A. de M., V. y otro c. Instituto Santa Isabel”, (STJF). V. capítulo I, numeral 7.1.1.

⁶²². Especial relevancia reviste ello en el caso de la educación privada donde el derecho de permanencia en la institución no puede condicionarse a que la estudiante no se encuentre en un estado de embarazo. Incluso las instituciones educativas que tengan un proyecto educativo fundado en una determinada cosmovisión o religión, no pueden negarle su permanencia arbitrariamente a la niña por el sólo hecho de su embarazo, pues es ello un acto discriminatorio que vulnera el derecho a la educación severamente.

⁶²³. Como hemos visto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia posee una rica colección de fallos sobre supuestos de discriminación de niñas embarazadas. Véase capítulo I, numeral 7.1.1.

continúan dentro del sistema educativo pueden ser ejemplos de medidas aquellas como la impulsada en el marco del Plan de Mejora Institucional para la Educación Secundaria, por el que el gobierno nacional dispuso “tutores pedagógicos” para asistir a alumnos con dificultades en diversas asignaturas. También el Consejo Federal en el marco de las “Propuestas para la inclusión y/o regularización de las trayectorias escolares en la educación secundaria” dispuso de medidas especiales que las jurisdicciones deben implementar tales como la definición de formas de evaluación acordes a esta situación, la aprobación de materias en diferentes momentos del ciclo lectivo, diseño y utilización de materiales de desarrollo curricular especialmente elaborados a tales fines, entre otras medidas (Res. CFE N° 103/10).

- *niños expuestos a trabajos infantiles*, que al igual que en el caso anterior, se deberán adoptar de manera inmediata medidas que contribuyan a apartarlos de estos ámbitos (como programas de becas especiales a niños en situaciones de vulnerabilidad social y económica⁶²⁴) para permitirles continuar su escolarización en igualdad de oportunidades con los demás niños. En este sentido debe leerse lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos Sociales al disponer que los Estados “tienen la obligación de velar por que ni las comunidades ni las familias dependan del trabajo infantil. El Comité reafirma en particular la importancia de la educación para erradicar el trabajo infantil y de las obligaciones establecidas en el párrafo 2° del artículo 7 del Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999 (Convenio N° 182)”.⁶²⁵

⁶²⁴. En este sentido, en la lucha contra el trabajo y la explotación infantil es tan importante la existencia de políticas de becas como medidas normativas y actividades de control que impidan y permitan la denuncia de estas situaciones. Ello debe darse en un marco de políticas que combatan la pobreza que puede obligar a muchos niños a trabajar. También deben contarse con medidas que hagan que la educación sea en algunos supuestos lo bastante flexible e integradora como para que puedan cursar estudios los niños que también deben trabajar (UNESCO/UNICEF, 2008: 25). En todos los casos, es fundamental la armonización de los límites de edad legal para completar la educación obligatoria y para acceder al mercado laboral a tiempo completo. En la Argentina, si bien la plena capacidad se adquiere a los 18 años, la ley de contrato de trabajo 20.744 autoriza a los niños a partir de los 16 años a trabajar con la autorización de los padres. Si bien esto favorece a la flexibilidad antedicha en casos donde los niños se ven necesitados de trabajar, no puede desconocerse cierta tensión con la obligatoriedad de la escolarización que actualmente al incluir al nivel secundario, alcanzaría en promedio como mínimo al niño hasta los 17 o 18 años. De allí la importancia pues, de que exista un compromiso fuerte del Estado y se tomen las medidas que fomenten y privilegien el acceso y la permanencia del niño hasta la completitud de la escolarización mínima obligatoria. En este sentido, la “Asignación Universal por Hijo” aludida (v. cap. II) puede ser una herramienta eficaz para que los niños permanezcan en la escuela. Sobre el impacto de dicha asignación en educación véase CELS (2011), ob. cit.

⁶²⁵. Dicho Convenio dispone en su artículo 7 (2): “Todo Miembro deberá adoptar, teniendo en cuenta la importancia de la educación para la eliminación del trabajo infantil, medidas efectivas y en un plazo determinado con el fin de: a) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil; b)

- niños “internados” en instituciones o en situación de privación de libertad, si bien la complejidad del tema excede largamente el marco de este trabajo, existe todo un catálogo de violaciones acreditadas a los derechos de los niños menores de 18 años que se encuentran en los institutos de menores y cárceles bajo el régimen penal juvenil vigente, contándose entre aquellas violaciones en educación, problemas básicos de *accesibilidad material*.⁶²⁶ Más allá de los reclamos vigentes que en este sentido deben atenderse en pro del desmantelamiento de los regímenes tutelares preventivos y/o sancionatorios cuyo fracaso ha quedado acreditado, existe la obligación del Estado de buscar alternativas de una justicia especializada con medidas que garanticen de un mejor modo los derechos de los niños, entre los que cabe naturalmente considerar su derecho a la educación.⁶²⁷ Un

prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social; c) asegurar a todos los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional; d) identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos, y e) tener en cuenta la situación particular de las niñas”.

⁶²⁶. Sobre la situación y su crítica de los niños privados de libertad en Argentina puede verse el informe del Comité de los Derechos del Niño de la ONU a la Argentina, del 11 de junio de 2010, junto con el trabajo “Mapa regional latinoamericano sobre educación en prisiones” (CIEP), 2009, [disponible en línea: www.redlece.org, (fecha de consulta: marzo 2011)]. Entre otros datos, vinculados con la oferta educativa, se denuncia que en países como la Argentina donde la tasa de analfabetismo general es del 2.4%, en las cárceles sin embargo más del 32% de su población (sin discriminar niños de adultos) son analfabetos puros o funcionales. Asimismo, un informe de UNICEF argentina reciente informa en particular sobre el derecho a la educación básica formal lo siguiente. Según los datos brindados por los propios establecimientos los promedios regionales de horas semanales ofertadas para el nivel de educación primaria oscilan entre las 11 y las 19 horas por semana, es decir, entre dos y cuatro horas diarias (sin considerar el receso del fin de semana); para el nivel de educación secundaria, los promedios regionales van desde las 12 a las 25 horas por semana, entre dos y cinco horas por día (sin considerar el receso del fin de semana). Sin embargo, *es importante aclarar que más allá de esta información formal, a partir de las entrevistas al personal y a los niños alojados en los establecimientos, se ha verificado que la existencia de la oferta educativa formal no garantiza en forma suficiente el acceso al derecho por parte de los niños*. Dicho informe también revela ciertas deficiencias respecto al cumplimiento de las obligaciones vinculadas con el requisito de *adaptabilidad* de la educación (tales como acceso a recursos, infraestructura, talleres, acceso a condiciones dignas de salud – chequeos médicos, entre otros.). Véase para un mayor detalle: “Adolescentes en el Sistema Penal. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación” (2008), UNICEF Argentina, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Disponible en línea: http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes_en_el_sistema_penal.pdf, (fecha de consulta: marzo de 2011)

⁶²⁷. Véase para un panorama más integral de la cuestión el Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz: “El derecho a la educación de las personas privadas de libertad”, A/HRC/11/8, del 2 de abril de 2009. Entre otros puntos se destaca la reflexión, ante el número de menores presos en todo el mundo, que en contraste con el amplio conjunto de normas internacionales sobre justicia de menores que preconizan la educación y la rehabilitación en lugar del castigo, en general los Estados siguen dando una respuesta punitiva a los jóvenes “delincuentes”, la cual se caracteriza fundamentalmente por la reclusión en instituciones (párr. 38). También alerta sobre los problemas de adaptabilidad que frecuentemente afectan a este tipo de educación: “Nada garantiza el acceso de todos los niños presos a la educación y hay menos posibilidades aun de que la enseñanza que se imparte en prisión sea pertinente y

cambio favorable ha sido dado recientemente con la modificación del capítulo VIII de la ley sobre ejecución de la pena privativa de la libertad (ley 24660)⁶²⁸ y vinculado con el derecho a la educación. En efecto, la norma garantiza el derecho a la educación pública a las personas en general privadas de su libertad en todos sus niveles y modalidades, de conformidad con las leyes vigentes en educación. Prevé determinados requisitos dentro de los cuales se desarrolla esa educación de calidad, permanente, integral y gratuita y sin restricciones (vinculadas con la situación procesal del interno, o el tipo o modalidad de detención o encierro, nivel de seguridad, etc.) ni discriminación de ningún tipo y con la participación de escuelas, universidades, familiares y organizaciones de la sociedad civil. Encomienda la implementación y control de gestión educativa al Ministerio de Educación de la Nación, de manera coordinada con las autoridades de cada distrito, indicando al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, sus equivalentes provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la autoridad penitenciaria, y organismos responsables de las instituciones en que se encuentran niños y adolescentes privados de su libertad, la obligación de atender las indicaciones de la autoridad educativa y adoptar todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido por la ley. La norma ordena proveer ámbitos apropiados para la educación, mantener registros adecuados de los créditos y logros educativos, bibliotecas y un sistema de información público y accesible de la gestión educativa en los establecimientos. Asimismo, crea un sistema de estímulos a través de la reducción de los plazos requeridos para el avance en las distintas fases y

adaptada a sus necesidades. El sistema de justicia de menores no ha logrado proporcionar capacitación y educación cuantitativa y cualitativamente adecuadas a los niños privados de libertad. Si bien ha habido mejoras en algunos países, la educación recibida por la mayor parte de esos niños ha sido insuficiente y poco adaptada a sus necesidades” (párr. 42). En nuestro medio, véanse también los trabajos de Mary Beloff, entre ellos: (1999): “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, Santiago de Chile, UNICEF. Asimismo otro trabajo de la misma autora: (2005): “Reforma legal y derechos económicos y sociales de los niños: las paradojas de la ciudadanía”, presentación en el *IV Séminaire “Perspectives régionales: intégration économique et une protection sans discrimination des droits sociaux et économiques dans les Amériques”*, organizado por el *Centre d’ Études sur le Droit International et la Mondialisation*, Montreal, Université de Quebec, 25/11/2005, bajo el título “*Les droits sociaux et économiques des enfants: les paradoxes de la souveraineté*” (disponible en internet: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/reforma-legal-y-derechos-economicos-y-sociales-de-los-ninos-las-paradojas-de-la-ciudadania-mary-beloff.pdf>), fecha de consulta: febrero de 2011. En cuanto al marco normativo que acompaña al nacional conforme la Convención de los derechos del niño (art. 75 inc. 22 de la CN) y la ley 26061, art. 19, en el ámbito internacional vinculante para el Estado argentino se cuentan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 29 de noviembre de 1985 y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), Resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1990.

⁶²⁸. Modificada por ley del Congreso Nacional 26695, sancionada en julio de 2011 y promulgada en agosto del mismo año.

períodos de la progresividad de la pena, de acuerdo a la aprobación total o parcial de estudios en el encierro. Finalmente, prevé el control judicial de cualquier incumplimiento a través de la acción de habeas corpus correctivo, incluso en forma colectiva. El art. 142 reformado prevé asimismo que los jueces podrán asegurar la educación a través de un tercero a cuenta del Estado, o, tratándose de la escolaridad obligatoria, de la continuación de los estudios en el medio libre.

6. Educación ambiental y consumo. Remisión

Hemos señalado que la reforma constitucional de 1994 incorpora una referencia explícita a la educación en este sentido, la que se debe entender no sólo en el contexto de las relaciones de consumo sino desde una perspectiva mucho más amplia y de protección de los derechos concomitantes más allá del hecho o de la interacción concreta que pueda darse en una acción consumo o uso de un servicio.⁶²⁹

⁶²⁹. Nos remitimos sobre este tema al capítulo I, numeral 4.2.3.3.

Bibliografía

Libros, revistas y trabajos presentados en congresos

- Abramovich, V. y Courtis, C., (2006): *El umbral de la ciudadanía. El significado de las deudas sociales en el Estado Social Constitucional*, Buenos Aires: Del Puerto.
- Abramovich, V., Bovino, A. y Courtis, C. (comps.) (2006): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, Buenos Aires: Del Puerto.
- Abramovich, V. (2004): "Una aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo de América Latina. Documento preparado para "Derechos y Desarrollo en América Latina: Una reunión de trabajo, Santiago, Chile, Diciembre 9 y 10 de 2004.
- Abramovich, V; Añón M.J. y Courtis C. (comps.) (2003): *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México: Fontamara.
- Abramovich, V. y Courtis, C., (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Edit. Trotta.
- Acuña, C. H. (2008): "Presidencialismo, federalismo y justicia en la democracia argentina", en Nun, J. y Grimson, A. (comp.): *Nación y Diversidad. Territorios, identidades y federalismo*, Buenos Aires: Edhasa.
- Acuña, C. H & Chudnovsky, M. (2002): "El sistema de salud en Argentina, Documento N° 60", Buenos Aires, Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional.
- Afonso da Silva, V. (2009): "Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia", San Pablo, SP: Malheiros Ed.
- Afonso da Silva, V. (2003): *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos.
- Aguerrondo, I. (coord.) (2010): *Institucionalidad de los Ministerios de Educación. Los procesos de reforma educativa de Chile y la Argentina en los años 90*, París: UNESCO.
- Aguerrondo, Inés (2002). "Argentina: Formación de docentes para la innovación pedagógica", en www.ibe.unesco.org/Regional/LatinAmericanetwork, (fecha de consulta: agosto de 2011).
- Aguerrondo, I. (1976): *El centralismo en la educación primaria argentina*, Cuadernos del Centro de Investigaciones Educativas, Buenos Aires: CIE.
- Aguerrondo, I. y Senén González, S. (1988): *República Argentina. La educación en los estados provinciales*, Buenos Aires: Consejo Federal de Inversiones
- Alberdi, J.B. (1998): *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Aldao, M y Clérico, L. (2011): "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento" en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 1. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf>, (fecha de consulta: noviembre de 2012)
- Almandoz, M. R. (2000): *Sistema educativo argentino. Escenarios y políticas*. Buenos Aires: Santillana.
- Alegre, M (2012): "Laicismo, ateísmo y democracia". Trabajo presentado en el encuentro anual del Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) 2012: Disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA12_Alegre_CV_Sp_20120507.pdf (Fecha de consulta: julio de 2012).
- Alegre M, y Gargarella, R (2007): *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.

- Alexy, R (2009): “Die Konstruktion der Grundrechte“, en: Laura Clérico/Jan Sieckmann: *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden: Nomos. Versión en español, (2010): *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires: Ad Hoc
- Alexy, R. (2008): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Traducción castellana de Carlos Bernal Pulido]. Primera edición en castellano, traducción de Ernesto Garzón Valdés (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2008b): *El concepto y la validez del derecho*, Madrid: Gedisa.
- Alexy, R. (2008c): “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Suplemento *La Ley*, del 9/10/08, Buenos Aires.
- Alexy, R. (2008d): *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2007): *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie*, Baden-Baden, Nomos.
- Alexy, et. Al (2007): *Derechos Sociales y ponderación*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Alexy, R. (2006): *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- Alexy, R. (2003): *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2002): “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, Madrid.
- Alexy, R (2000): “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, en *Derechos y libertades* 8 (2000), págs. 21-41 (traducción de María Cecilia Añaños Meza) [Texto original: Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: S. Gosepath/G. Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt/M. 1998, págs. 244-264.
- Alexy, R. (2005): *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México: Distribuciones Fontamara.
- Alexy, R. (1999): “My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason” en Luc J. Wintgens (ed.): *The Law in Philosophical Perspectives*, Dordrecht.
- Alexy, R. (1985): *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos.
- Álvarez Gallego, A. (2001): “Del Estado docente a la sociedad educadora: ¿un cambio de época?, en *Revista iberoamericana de educación*, N° 26. Mayo-agosto 2001. Disponible en línea en <http://www.rieoei.org/rie26a02.htm>, (fecha de consulta: febrero 2013)
- Apple, M.W. (2005): “Away with all teachers: The cultural politics of homeschooling”, en Cooper, B.S.: *Homeschooling in full view: A reader*, Greenwich, CT: Information Age.
- Arata, N y Ayuso, Ma. Luz (2007): “Conflictos, tensiones y fracturas en la formación del sistema educativo argentino: Tres perspectivas sobre la Ley Láinez”, en *A cien años de la ley Láinez*, Buenos Aires: Ministerio de Educación.
- Arango, R. (2009): “Constitucionalismo social latinoamericano”. Conferencia presentada al Symposium “La Justicia Constitucional. Prolegómeno de un Ius Constitutionale Commune in America Latina”. Max-Planck-Institut, Heidelberg, 18 de noviembre de 2009.
- Arango, R. (2005): *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá: Legis.
- Arango, R. (2004): *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 33, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Arballo, G. (2011): "Puesta en valor del constitucionalismo provincial", en Gargarella (Coord.): *La Constitución en 2020*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Arcidiácono, P. et al. (2011): "La asignación universal por hijo para la protección social: rupturas y continuidades, ¿hacia un esquema universal?", en *Margen: Revista de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, N° 61, en www.margen.org (fecha de consulta: marzo de 2012).
- Arnsperger, C. y Van Parijs, P. (2002): *Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa*. Buenos Aires: Paidós.
- Archard, D. (1994): "Autonomy, Character and Situation", en Milligan D. y Miller W. (ed): *Liberalism, citizenship and autonomy*, Aldershot: Avebury.
- Atria, F. (2012): *La mala educación. Ideas que inspiran el movimiento estudiantil en Chile*, Santiago de Chile: Catalonia.
- Avellaneda, N. (1910): *Escritos y Discursos. Acción administrativa: Ministerios, Presidencia de la República* – Senado Nacional, Rectorado de la Universidad, Buenos Aires: Cía. Sud Americana de Billetes de Banco, v. 9.
- Balbín, Carlos (2011): *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires: La Ley.
- Becu, R. (1958): *El federalismo argentino*, Buenos Aires: Perrot.
- Belmartino, S. (2005): "La atención médica en Argentina. Historia, crisis y nuevo diseño institucional", Buenos Aires: Centro de Estudios de Estado y Sociedad.
- Beloff, M. (2005): "Reforma legal y derechos económicos y sociales de los niños: las paradojas de la ciudadanía", presentación en el IV Séminaire "Perspectives régionales: intégration économique et une protection sans discrimination des droits sociaux et économiques dans les Amériques", Centre d' Études sur le Droit International et la Mondialisation, Montreal, Université de Québec, (disponible en internet: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/reforma-legal-y-derechos-economicos-y-sociales-de-los-ninos-las-paradojas-de-la-ciudadania-mary-beloff.pdf>), fecha de consulta: febrero de 2011.
- Beloff, M. (1999): "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, Santiago de Chile, UNICEF.
- Bergallo, P. (2009): "Una agenda de discusión para pensar el litigio de educación en Argentina" en *ADC: Jornada de debate sobre litigio y reforma educativa*, Buenos Aires: ADC. Disponible en internet: www.adc.org.ar, (fecha de consulta abril de 2011).
- Bergallo, P. (2006): "Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de derecho público," *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires.
- Berkman, M. B., & Plutzer, E. (2011): "Local Autonomy versus State Constraints: Balancing Evolution and Creationism in U.S. High Schools" en *Publius: The Journal of Federalism*.
- Berizonce R.O. (2011): "Activismo Judicial y Participación en la construcción de las políticas públicas", Disponible en línea: www.civilprocedurereview.com, (fecha de consulta: junio 2011).
- Berlin, I. (1969): *Four essays on liberty*, Oxford-New York: Oxford University Press.
- Bernal Pulido, C. (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bezem, P., et al. (2012): *Monitoreo de la Ley de Financiamiento Educativo. Informe final*, CIPPEC: Buenos Aires. Disponible en: <http://nexos.cippecc.org> (fecha de consulta: diciembre de 2012).

- Bianchi, E. T. y Gullco, H. V.: "La Cláusula de la igualdad: hacia un escrutinio más exigente", en *JA* 2001-I-1241
- Bidart Campos, G. J. (1997): *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G. J. (1985): *Manual de Derecho Constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G. J. (1976): *Historia Política y Constitucional Argentina*, Buenos Aires: Ediar.
- Bielsa, R. (1964): *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires: La Ley.
- Birgin, A. (1999): *El trabajo de enseñar. Entre la vocación y el mercado: las nuevas reglas de juego*, Buenos Aires: Troquel.
- Blanco R, (2008): "Construyendo las bases de la inclusión y la calidad de la educación en la primera infancia", en *Revista de Educación*, 347, Septiembre-diciembre 2008.
- Böckenförde, E.-W. (1992): *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt: Suhrkamp.
- Bobbio, N. (2006): *Estado, Gobierno y Sociedad*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1983): *Dizionario di política*, Torino: UTET.
- Borowski, M. (2010): "The Structure of Formal Principles –Robert Alexy's 'Law of Combination'", en: *On the Nature of Legal Principles*, Stuttgart, Nomos – Franz Steiner Verlag.
- Borowski, M. (2003): *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Borowski, M. (1998): *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden: Nomos.
- Bosca, R. (coord.) (2003): *La libertad religiosa en la Argentina. Aportes para una legislación*. Buenos Aires: CALIR/Konrad Adenauer.
- Botana, N. R y Gallo, E. (1997): *De la República posible a la República verdadera (1880-1910)*, Buenos Aires: Ariel.
- Botana, N. (1985): *El orden conservador*, Buenos Aires: Hyspamerica.
- Braslavsky, C. (1999). "Decentralization and Equity: opportunities and limitations of contemporary educational policies". Background Paper, International Conference on Federalism Mont-Tremblant.
- Braslavsky, Cecilia (1995): "La educación secundaria en el contexto de los cambios en los sistemas educativos latinoamericanos" en *Revista Iberoamericana de Educación*, N° 9. OEI.
- Braslavsky, C. y Birgin, A. (1994): "Quiénes enseñan hoy en la Argentina", en *Boletín Proyecto principal de educación en América Latina y Caribe*, Santiago de Chile: UNESCO/OREALC.
- Braslavsky Cecilia (1985): *La discriminación educativa en la Argentina*, Buenos Aires: FLACSO.
- Bravo, H. F. (1994): *La descentralización educacional. Sobre la transferencia de establecimientos*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- Bravo, H.F. (1988): *Bases constitucionales de la educación argentina*, Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- Brunner, J.J. (2003): "Límites de la lectura periodística de resultados educacionales", en *Evaluar las evaluaciones. Una mirada política acerca de las evaluaciones de la calidad educativa*, Buenos Aires: IPE/UNESCO. Disponible en: www.oei.es/evaluacioneducativa/evaluar_evaluaciones_iipe.pdf, (fecha de consulta: septiembre 2011).
- Buchanan, A. (1994): "Liberalism and group rights", en: Jules L. Coleman/Allen Buchanan (Eds.): *In harm's way. Essays in honor of Joel Feinberg*, Cambridge.

- Bustamante Alsina, J. (1997): *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Butler, I. D. J. (2005): "The Rights of the Child in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights: Recent Cases". *Human Rights Law Review*, 5(1).
- Cardinaux, N., Clérico, L. y Scioscioli, S. (2009): "Alcance de la autonomía universitaria: entre la moderación y la intervención judicial. Hacia una periodización de la jurisprudencia de la Corte", en *Suplemento Jurisprudencia Argentina 2009 - 1*, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26/3/2009. Buenos Aires: Abeledo - Perrot (LexisNexis).
- Cardinaux, Clérico, Ruiz y Scioscioli (2008): "La relación entre el Estado y las universidades: su análisis desde la legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", en V Encuentro Nacional y II Latinoamericano: La Universidad como objeto de investigación, UNCEN. Disponible en Internet. www.uncen.edu.ar (Fecha de consulta: julio 2009).
- Casamajor, A.; Dussel, I. y Montes, N. (Coords.) (2010): *Formar docentes para la equidad I*, Buenos Aires: Teseo, PROPONE.
- Chillier, G. (2008): "El litigio estratégico como herramienta de incidencia en políticas públicas: la reflexión sobre algunas experiencias" en ADC: *El litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación. Posibilidades y obstáculos*, Buenos Aires: ADC.
- Ciuro Caldani, M.A. (2005): "Derecho de la Educación", en *Academia*, año 3, número 5, Buenos Aires: Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA.
- Clérico, L. (2012): "La proporcionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad o el ritmo que imprime la tragedia de los casos", en Capaldo, Sieckmann y Clérico: *Internacionalización del derecho constitucional -constitucionalización del derecho internacional*, Eudeba: Buenos Aires.
- Clérico, L. (2011): "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad", en Clérico L. & Sieckmann, J.-R.: *Derechos Fundamentales, Principios y Argumentación*, Barcelona: Comares. [Libro en versión alemán: (2009): *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden: Nomos].
- Clérico, L. (2010): "¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad", en *Revista Jurídica*, Año 11, Núm. 1, octubre 2010, Buenos Aires: Universidad de Palermo. Disponible en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a11n1.html (fecha de consulta: junio de 2012).
- Clérico, L. (2009b): "El derecho a la salud de las personas con discapacidad: ¿el argumento del federalismo como acelerador o como freno?", en *Suplemento La Ley de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: La Ley.
- Clerico L. y Scioscioli S. (2009): "La Judicialización de los derechos de prestación: El caso del derecho a la salud y el derecho a la educación. Un estudio comparado de su exigibilidad", Córdoba: Facultad de Derecho, Universidad de Córdoba - SASJU. X Congreso de Sociología Jurídica.
- Clérico, L. (2008): "Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural", en: *La Corte y los derechos 2005-2007*, Buenos Aires: ADC/Siglo XXI, pp. 479- 494.
- Clérico, L. y Schwartzman, S. (2007): "Repetto revisitado: a propósito del fallo del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires sobre acceso a la docencia en el caso de los extranjeros", en: Alegre M, y Gargarella, R (2007): *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina
- Clérico, L. (2007b): "El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales. "Rodríguez", "Comunidad Toba del Chaco" y la sombra de "Ramos", en *JA 2007-IV-376*.

- Clérico, L. (2007c): "El argumento de la eficacia en (de) las sentencias de tribunales superiores. El caso de la Corte Suprema (argentina)", ponencia presentada en el Instituto de Sociología Jurídica, Oñati.
- Clérico, L. (2001): *Die Struktur der Verhältnismaßigkeit*, Nomos, Baden-Baden. [versión en castellano: Clérico, L. (2009): *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires: Eudeba]
- Cohen, Stanley (2005): *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA), British Council: Buenos Aires.
- Comenius, Jan (1984): *Didáctica Magna*. Madrid: Akal.
- Coraggio J. y Torres, A. (1997): *La Educación según el Banco Mundial*, Buenos Aires: CEM/Miño y Dávila.
- Cooter, R y Ulen, T. (1998): *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Cucuzza, R. (1998): "Ruptura Hegemónica, Ruptura Pedagógica: La razón de mi vida" como texto escolar durante el primer peronismo", en: *Sarmiento. Anuario galego de historia da educación*, N° 2, 1998, Universidade de Vigo. Disponible en: <http://www.oei.es/n2551.htm>, (fecha de consulta: noviembre de 2012).
- Cucuzza, R. (dir.) (1997): *Estudios de Historia de la Educación durante el primer peronismo (1943-1955)*, Buenos Aires: Los Libros de Riel.
- Curren, R., & Curren, R. R. (2007): *Philosophy of education: an anthology*, Oxford: Wiley-Blackwell.
- Escudé, C. (1975): *Aspectos ocultos de la educación en la Argentina*, Buenos Aires: El coloquio.
- Dalla Via, A.R. (2009): *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Dalla Via, A.R. (2006): *Derecho Constitucional Económico*, Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Daniels N. (1985): *Just Health Care*, Cambridge: Cambridge University Press.
- De Estrada, Juan R., "Colegios Privados y Libertad de Enseñanza", en *El Derecho*, 123-40.
- Delgado, M. (2003): "Descentralización educativa : entre una vieja utopía y la cautela", en: M. Gadotti, M. Gómez, & L. Freire (Eds.), *Lecciones de Paulo Freire. Cruzando fronteras: experiencias que se completan*, Buenos Aires: CLACSO.
- Dewey, John (1970): *Democracia y Educación*. Buenos Aires: Losada.
- Díaz, R., Diez, M. L., & Thisted, S. (2009). *Educación e igualdad: la cuestión de la educación intercultural y los pueblos indígenas en Latinoamérica*, San Pablo: Campaña Latinoamericana por el Derecho a la Educación.
- Díaz, R., & Villarreal, J. (2009). "Extender la interculturalidad a toda la sociedad: reflexiones y propuestas desde el sur argentino", en *Cuadernos Interculturales*, 7(13), 15-26.
- Díaz, U. (1940): *La instrucción primaria bajo el régimen de la ley 1420*, Buenos Aires: Consejo Nacional de Educación.
- Dubet, F. (2005): *La Escuela de las oportunidades: ¿qué es una escuela justa?*, Barcelona: Gedisa.
- Dulitzky, A. E. (2006): "Federalismo y derechos humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, México.
- Durkheim, Emile (1975): *Educación y Sociología*, Barcelona: Península.
- Dussel, I. (2004): "Inclusión y exclusión en la escuela moderna argentina: una perspectiva postestructuralista", en *Cuadernos de Pesquisa*, 34 (122).
- Dworkin, R. (2000): *Sovereign Virtue*, Cambridge, London: Harvard University Press.

- Dworkin, R. (1996): “¿Existe conflicto entre libertad e igualdad? ¿Cómo decidir?”, en *Revista Actio*, N° 5, marzo 2006, disponible en internet: www.fhuce.edu.uy, fecha de consulta: diciembre 2010.
- Dworkin, R. (1995): “Constitutionalism and Democracy” en *European Journal of Philosophy*, N° 3.
- Dworkin, G. (1989): *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Dworkin, G. (1981): “The concept of autonomy”, en Haller, R. (Ed.): *Science and Ethics*, Amsterdam: Rodopi.
- Elster, J. (1991): “Constitutionalism in Eastern Europe”, en: *University of Chicago Law Review*, N° 58.
- Estrada, J. M.. (1902): *Curso de derecho constitucional*, Tomo I, Buenos Aires: Sudamericana de Billetes de Banco.
- Fagan, A. (2006): “Challenging the Right of Exit “ Remedy ” in the Political Theory of Cultural Diversity, en *Essays in Philosophy*, 7(1), 1-14.
- Fabre, C. (2000), *Social Rights under the Constitution*, Oxford: Clarendon Press.
- Falleti, T. (2004). “Descentralización educativa en Argentina. Condicionantes institucionales y consecuencias políticas”, en A. Clemente & C. Smulovitz (Eds.), *Descentralización, políticas sociales y participación democrática en Argentina* (pp. 93–122), Buenos Aires: Instituto Internacional de Medio Ambiente y Desarrollo - Woodrow Wilson International Center for Scholars.
- Falleti, T. (2004b). “Federalismo y descentralización en Argentina. Antecedentes históricos y nuevo escenario institucional de las relaciones intergubernamentales”, en Clemente A. y Smulovitz C. (comp.): *Descentralización, políticas sociales y participación democrática en Argentina*. Buenos Aires: Instituto Internacional de Medio Ambiente y Desarrollo - Woodrow Wilson International Center for Scholars.
- Falleti, T (2001): “Federalismo y descentralización educativa en Argentina”, en Calvo E. y Abal Medina, J. M. (comp.): *El federalismo electoral argentino*, Buenos Aires: Eudeba.
- Farrell, M. (2008): *Una sociedad (relativamente) justa*, Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Farrell, M.(2005): *Filosofía del Derecho y Economía*, Buenos Aires: La Ley.
- Feinberg, J. (2007): “The Child's Right to an Open Future,” en: Curren, R., & Curren, R. R. (ed.): *Philosophy of Education: An Anthology*.
- Ferrajoli, L. (2010): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Ed. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2005): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Ed. Trotta.
- Ferrajoli Luigi (2003): “Estado social y Estado de derecho”, en: Abramovich, V; Añón M.J. y Courtis C. (comps): *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara: México.
- Feijó, M. del C. (2002): *Argentina: equidad social y educación en los 90*, Buenos Aires: IPE-UNESCO.
- Finnegan, F. y Pagano, A. (2007): *El derecho a la educación en Argentina*, Buenos Aires: FLAPE.
- Fiss, O. (1999): “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en Gargarella, R. (comp.): *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona: Gedisa. Disponible en: <http://maestrias.pbworks.com/f/Fiss.+Grupos+y+Clausula.pdf>. (Fecha de consulta: septiembre de 2012).
- Fleiner, T. (2001): “Diversidad social y federalismo”, en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, N° 167, marzo 2001, UNESCO.

- Fraser, N. y Honneth, A. (2006): *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*, Madrid: Ed. Morata.
- Freedman, J. (2007): "Women, Islam and rights in Europe: beyond a universalist/culturalist dichotomy", en *Review of International Studies*, 33(01), 29.
- Frías, P.J. (2005): *Una visión de la argentina federal 1992-2005*, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Federalismo.
- Frías, P.J. (1998): *El proceso federal argentino*, Córdoba: El autor.
- Frías, P.J. (1976): *La provincia argentina*, Córdoba: Colegio de Escribanos de Córdoba.
- Garcés, L.J. y Mateos, P.H. (2011): "El conflicto Nación/Subnación en la tensión focalización/universalismo de las políticas públicas educativas", en prensa.
- Gargarella, R. (2011): *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Gargarella, R. (Coord.) (2008): *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gargarella, R. (2007): "¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?", en: Arango, R. (Editor Académico) (2007): *Filosofía de la Democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- Gargarella, R. (1999): *Las teorías de la justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política*, Barcelona: Paidós.
- Gargarella, R. y Courtis, C. (2009): "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes", en *CEPAL – Series Políticas Sociales*, N° 53. Santiago de Chile: ONU.
- Gelli, M. A. (2005): *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires: La Ley.
- Gentili, P; Frigotto G.; Leher, R y Stubrin, F. (Comps.) (2009): *Políticas de privatización, espacio público y educación*, Rosario: CLACSO/Homosapiens. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar>, (fecha de consulta: febrero 2012).
- Germani, G. (1973): "El surgimiento del peronismo: el rol de los obreros y de los migrantes internos", en *Desarrollo Económico*, Vol. XIII N° 51, Buenos Aires.
- Gil Domínguez, A. (1997): *En busca de una interpretación constitucional. Nuevos enfoques sobre la reforma de 1994*, Buenos Aires: EDIAR.
- Góngora Mera, M.E. (2003): *El derecho a la educación en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*, Bogotá: Defensoría del Pueblo (Colombia).
- González Calderón, J. (1963): *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: G. Kraft.
- González Calderón, J. (1931): *Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I, Buenos Aires: Lajoune y Cía.
- González Casanova, J.A. (1965), "La idea de Constitución en Karl Loewenstein", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 139, Madrid.
- González, J. V. (1971): *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires: Ed. Estrada, 26° Edición.
- Gordillo, A. (2009): *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, Buenos Aires: F.D.A.
- Guendel, L. (2007): "La encrucijada del enfoque de derechos: pensando y haciendo la política pública de otra manera". Ponencia presentada en el VIII Seminario de Formación en DESC. Ecuador.

- Guerrina, R., & Zalewski, M. (2007): "Negotiating difference/negotiating rights: the challenges and opportunities of women's human rights", en *Review of International Studies*, 33(01), 5.
- Gullco, H.V. (2007): "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino", en: Alegre, M. y Gargarella, R. (Coordinadores): *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, LexisNexis: Buenos Aires.
- Gutmann, A. (2001): *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, Barcelona: Paidós.
- Gutmann, A. (1989): "Undemocratic Education", en: Rosenblum, N. (Ed): *Liberalism and Moral Life*, Harvard University Press.
- Gutmann, A. (1988): "What's the use of going to school?", en Sen, A y Williams, B. (Ed): *Utilitarianism and beyond*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gutmann, A. (1980): "Children, Paternalism and Education", en *Philosophy and Public Affaire*, vol. 9 N° 4.
- Gvirtz, S. (1997): *Del currículum prescripto al currículum enseñado. Una mirada a los cuadernos de clase*, Buenos Aires: Aique.
- Gvirtz, S. y Petrucci, G. (2005): "Propuestas para mejorar el sistema educativo. Un futuro para la Argentina del siglo XXI", en: Tedesco, J. C. (compilador): *¿Cómo superar la desigualdad y la fragmentación del sistema educativo argentino?*, Buenos Aires: Ministerio de Educación Ciencia y Tecnología. Presidencia de la Nación
- Gvirtz, S. - en colaboración con Abregú, V. (2004): *De la tragedia a la esperanza*, Bs. As.: Academia Nacional de Educación.
- Hale, C. (2002) "Does Multiculturalism Menace? Governance, Cultural Rights and the Politics of Identity in Guatemala", en *Journal of Latin American Studies*, N°. 34: 485-524. Disponible en http://www.odg.cat/documents/formacio/24abril_Salvador_Marti.pdfhttp://www.odg.cat/documents/formacio/24abril_Salvador_Marti.pdf (fecha de consulta: julio 2009)
- Halperin Donghi, T. (1982): *Una nación para el desierto argentino*, Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- Hathaway, Oona A., "Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System" (2003), en *John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Working Papers*. Paper 270, disponible en www.digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers/270 (fecha de consulta: noviembre de 2010).
- Hernández, C. A. (2005): "Régimen Jurídico de los servicios educativos privados. Consideraciones desde la perspectiva del derecho contractual", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Vol. 1
- Howell, C.L.: (2007): "Justice, Inequality and Home Schooling". En Curren, R. (ed.): *Philosophy of Education: an anthology*, Singapore: Blackwell.
- Inge K., Grunberg, I. y Stern, M. A (1999): *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, New York: Oxford University Press.
- Isuani, A. (2007): *El Estado de Bienestar Argentino: un rígido bien durable*, Buenos Aires: Mimeo.
- Isuani, A. & Mercer H. (1986): "La fragmentación institucional del sector salud en la Argentina, ¿Pluralismo o irracionalidad?", en *Boletín Informativo*, N° 244, Buenos Aires: Techint.
- Jones, N. (2009): "Religious freedom in a secular society: the case of the islamic headscarf in france". Conference paper presented at the Cultural and Religious Freedom under a Bill of Rights Conference, Old Parliament House, Canberra, 13-15 agosto de 2009. Disponible en www.iclrs.org, (fecha de consulta: noviembre de 2012).
- Jones, P. (Ed.) (2009): *Group Rights*, Surrey: Ashgate.

- Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M. (eds.) (1999): *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, New York - Oxford: OUP-UNDP.
- King, P. (1982): *Federalism and Federation*, Londres: Croom Helm.
- Kisilevsky, M. (1990): *La relación entre la nación y las provincias a partir de la transferencia de servicios nacionales a las provincias del año 1978*, Buenos Aires: CFI.
- Kleinig, J. (1981): "Compulsory schooling", en *Journal of Philosophy of Education*, 15(2), 191-203.
- Kliksbert, B. (2012): "¿Qué está pasando con la educación?", en Colección *¿Cómo enfrentar la pobreza y la desigualdad?*, Suplemento Página 12. Disponible en http://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/bernardo_kliksberg/010-KLIKSBERG.pdf, (fecha de consulta abril 2012)
- Koski, W. y Oakes, J. (2009): "Equal Educational Opportunity, School Reform, and the Courts: A Study of the Desegregation Litigation in San José", en: *From the Courtroom to the Classroom: The Shifting Landscape of School Desegregation*, Claire E. Smrekar and Ellen B. Goldring, (eds.), Cambridge, MA: Harvard Education Press.
- Koski, W. y Reich, R. (2006): "When "adequate" isn't: the retreat from equity in educational law and policy and why it matters", en *Emory Law Journal*, vol. 56, N. 3.
- Kymlicka, W. (1996): "The good, the Bad, and the Intolerable: Minority Group Rights", en Jones, P. (Ed.) (2009): *Group Rights*, Surrey: Ashgate.
- Labra, A. (2003): "El comercio de servicios de educación en el contexto de la OMC", en *Perfiles Educativos*, 2003, XXV. Disponible en: www.redalyc.uaemex.mx, (fecha de consulta: 17 de noviembre de 2010).
- Ladd, H y Fiske Routledge, E. (2008): *Manual de Investigación sobre financiación y políticas educativas*, Nueva York y Londres: Taylor & Francis Group.
- Lazreg, M. (1988): "Feminism and difference: The perils of writing as a woman on women in Algeria", en *Feminist Studies*, 14(1), 81.
- Levaggi, A. (2000): "La Iglesia y sus relaciones con el estado", *Nueva Historia de la Nación Argentina*. Tomo 5. Buenos Aires: Planeta.
- Linares, J. (1986): *Derecho administrativo*, Astrea: Buenos Aires.
- Linares, J. (1979): "Concepto y definición de servicio público", en *Revista Argentina de Derecho Administrativo* N° 19. Buenos Aires.
- Linares, M. C. (2007): "Ley Láinez, la discusión por el mínimo", en *A cien años de la ley Láinez*, Ministerio de Educación: Buenos Aires.
- Llambías, Jorge J. (Raffo Benegas, P.-actualizador) (2005): *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires: LexisNexis.
- Lorenzo, C. R. (1997): *Manual de Historia Constitucional Argentina 2*, Juris: Rosario.
- Lo Vuolo, R. (2009): "Asignación por hijo", en *Serie de Análisis de Coyuntura* N° 21, disponible en www.ingresociudadano.org/publicaciones, (fecha de consulta: marzo 2012).
- Loewenstein, K. (1969): *Verfassungslehre*, Tübingen: Mohr.
- Lomnitz, L. y Melnik, A. (1991): *The Chilean Middle Class. A Struggle for Survival in the Face of Neoliberalism*, Boulder, Colorado: Lynne-Rienner Publisherst.
- Lubienski, C. (2000): "Whither the common good? A critique of home schooling", en *Peabody Journal of Education*, 75 (1&2), 207.
- Luqui, J. C. (1968): *Régimen jurídico de la Universidad Oficial*. Buenos Aires: Depalma.

- Mackinnon, C.A. (2006): "Integrando el feminismo en la educación jurídica", en *Revista Academia*, Año 3, Número 6, Buenos Aires: Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA.
- Mairal, H. A. (1993): "La ideología del servicio público", en *Revista de Derecho Administrativo*; Año 5, N° 12-14, Buenos Aires: Depalma.
- Mabrugaña, H. (1910): *Los Mensajes*, Tomo III, Buenos Aires: Comisión Nacional del Centenario.
- Marienhoff, M. S. (1993): *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Martínez Nogueira, R. (1995): "La transformación del modelo de organización y gestión educativa: el aprendizaje acumulado", en *Innovaciones en la gestión educativa. Experiencias en Brasil, Chile y Venezuela*. UNESCO/OREALC: Chile. Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001155/115554so.pdf>, (fecha de consulta: abril 2011)
- Martínez Nogueira, R. (1994), "*Modelos de organización y gestión educativa*". *Análisis de casos*, Buenos Aires: OREALC/UNESCO.
- Martínez Paz, F. (1979): "La educación Argentina", en: Ferrari, G y Gallo, E.: *La Argentina del ochenta al centenario*", Buenos Aires: Sudamericana.
- Martínez-Ruano, P. (2011): "La configuración constitucional del Derecho a la Educación", en *European Journal of Education and Psychology*, Vol. 4, N° 2.
- Martínez-Torrón, J. (2009): "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", en *Derecho y religión*, 30, 87-109.
- Martínez Vega, M.L. (2003): "El derecho de admisión en los colegios privados: ¿Una excepción a la prohibición de la discriminación o el ejercicio de la libertad contractual?", en *La Ley* 2003-C.
- Miranda, R. A. (1993): *La descentralización del sistema escolar argentino en el nivel de las relaciones Nación - Provincias*, Rosario: Instituto de Investigaciones en Ciencias de la Educación.
- Maurer, H. (1999): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12.Auflage, München: Verlag C.H.Beck
- Maurino, G. (2008): "Pobreza, Constitución y democracia: Aportes desde la autonomía personal; en: Gargarella (coord.): *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*; Vol. II, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Maurino G., Sigal M. (2009): "Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva", en *LL, SJA* 22/4/09, Buenos Aires.
- McGoldrick, D. (2006): *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford: Hart.
- Meilán Gil, J. L. (2005): "El servicio público en el contexto constitucional y comunitario", en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 9. Disponible en: www.dialnet.unirioja.es, (fecha de consulta: abril 2012).
- Meix Cereceda, P. (2013): *Descentralización de la enseñanza y derechos fundamentales. Un estudio comparado entre España y Alemania*, Madrid: INAP.
- Migallón Serrano, F. (2008): "La revalorización del servicio público a partir de una política plural", en *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, 681-691. Disponible en: www.dialnet.unirioja.es, (fecha de consulta: abril 2012).
- Mora-Ninci, C. & Ruiz, G. (editores) (2009): *Sociología política de la educación en perspectiva internacional y comparada: las contribuciones de Carlos Alberto Torres*, Buenos Aires: Miño y Dávila.

- Morduchowicz, A.: (2010): "El federalismo fiscal-educativo argentino", en *Políticas educativas y territorios modelos de articulación entre niveles de gobierno*, Oliveira, A (et.al.), París: IPE-UNESCO.
- Muñoz, Vernor (2008), "El derecho a la educación: su justiciabilidad" en: ADC: *El litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación. Posibilidades y obstáculos*, Buenos Aires: ADC.
- Narodowski, M. y Nores, N. (2001): "Socioeconomic segregation with (without) competitive education policies: A comparative analysis of Argentine and Chile", Documento de Trabajo N° 53, Buenos Aires: Fundación Gobierno y Sociedad.
- Narodowski, M. y Andrada, M. (2001). "Segregación socioeconómica y regulaciones en el sistema educativo argentino", en *Propuesta Educativa*, Año 11, N° 24, oct 2001.
- Nassif, R. (1980): *Teoría de la educación. Problemática pedagógica contemporánea*, Buenos Aires: Cincel – Kapeluz.
- Navarro Floria, J. G., "El derecho de admisión de los colegios privados", en *El Derecho*, 138-88.
- Naya, L.M. y Dávila, P. (2011): "Unities and Diversities Regarding the Right to Education in Europe" en Grimheden, J., Karlsson, D. y Ring, R. (Ed.): *On line Festschrift in honour of Katarina Tomasevski*. Disponible en: http://www.rwi.lu.se/ktfestschrift/Online_festschrift_in_honour_of_Katarina_Tomasevski.html, (fecha de consulta: junio 2011)
- Neufeld, M.R. y Thisted, J.A. (comps.) (2000): *De eso no se habla. Los usos de la diversidad sociocultural en la escuela*, Buenos Aires: Eudeba.
- Nino, Carlos S. (1992): *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
- Nosiglia, C. (et. al.) (1998): *El papel del Consejo Federal en el establecimiento de políticas educativas*, Buenos Aires: UBA.
- Nun, J. (2000): *Democracia: ¿gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?*, Buenos Aires: FCE.
- Nun, J. y Grimson, A. (2008) (comp.): *Nación y Diversidad. Territorios, identidades y federalismo*, Buenos Aires: Edhasa.
- Nussbaum, M. (2009): *Libertad de conciencia*, Barcelona: Turquest.
- Nussbaum, M. (2005) *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal* (J. Pailaya, Trad.), Barcelona: Paidós.
- O' Dena, Ernesto L. (1904): *Debates parlamentarios sobre instrucción pública, recopilación de Debates del H. Congreso Nacional sobre Leyes y Proyectos de organización de la instrucción general y universitaria*, publicación ordenada por el Sr. Ministro de Justicia e Instrucción Pública Dr. D. Juan A. Fernández, Buenos Aires, Penitenciaría Nacional.
- Olano García, H. (s/f): *La acción de tutela en Colombia*. Disponible en <http://www.ucol.mx/docencia/facultades/derecho/olano.pdf>, (fecha de consulta marzo de 2012).
- Ornelas, C. (2003): "Las bases del federalismo y la descentralización en educación", *REDIE*, 5(1).
- Ortíz Díaz, J. (1980): *La libertad de enseñanza*. Málaga: Universidad de Málaga.
- Oszlack, Oscar (1997): *La formación del estado argentino*, Buenos Aires: Planeta.
- Padilla, Miguel M. (1987): *Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Pagano, A. y Finnegan, F. (2007): "El derecho a la educación en Argentina", Buenos Aires: Fund. Laboratorio de Políticas Públicas.

- Palanza, V.: (2002): "Espacios de consenso alternativos: Los consejos federales de la política social en Argentina". Documento 71.
- Pautassi, Laura (2010): *Perspectivas de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina*, Buenos Aires: Biblos.
- Pautassi, L. (2010b): Taller de expertos "Protección social, pobreza y enfoque de derechos: vínculos y tensiones", en *El aporte del enfoque de derechos a las políticas sociales. Una breve revisión*. CEPAL –GTZ.
- Pautassi, L. y Zibecchi, C. (2010): "La provisión de cuidado y la superación de la pobreza infantil. Programas de transferencias condicionadas en Argentina y el papel de las organizaciones sociales y comunitarias", en *Serie. Políticas sociales*, Santiago de Chile: CEPAL/UNICEF. Disponible en www.eclac.org, (fecha de consulta: marzo 2012).
- Pautassi, L. (2009), "El aporte del enfoque de derechos a las políticas sociales. Una breve revisión", documento presentado en el taller de expertos Protección social, pobreza y enfoque de derechos: vínculos y tensiones, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 5 y 6 de noviembre. Disponible en internet: <http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/salud/dircap/mat/matbiblio/pautassi.pdf>, (fecha de consulta: febrero 2012).
- Paviglianiti, N. (1995): "La Ley Federal de Educación como Elemento de Regulación de la Realidad Educacional Argentina. Sus Orientaciones hacia la Privatización, la Provincialización y Recentralización de las Decisiones en los Poderes Ejecutivos y el Retiro del Gobierno Nacional del Financiamiento de la Educación Pública", en *Cuadernos de Educación* 3, Buenos Aires: OPFYL.
- Paviglianiti, N. (1988): *Diagnóstico de la administración central de la educación*, Buenos Aires: Ministerio de Educación y Justicia, Dirección Nacional de Información, Difusión, Estadística y Tecnología Educativa.
- Perazza, R. (2008): *Pensar en lo público. Notas sobre la educación y el Estado*, Buenos Aires: Aique.
- Pérez Sanchez, L.R. (1998): *Servicio Público. Técnica de protección al usuario*, Bs. As.: Abeledo Perrot.
- Pinto, M. (1997): *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Pogge, T. W. (2005): *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós.
- Pojman, L.P. y Westmoreland, R. (Ed) (1997): *Equality. Selected readings*, New York-Oxford: Oxford University Press.
- Polo Sabau, J.R. y Souto Galván (edits.) (2012): *Anuario de derecho a la educación*, Madrid: Dykinson.
- Potenza del Masetto, M. F. (2005): "Federalismo y Políticas Sociales. Una aproximación desde la experiencia de los Consejos Federales en las áreas de Educación y Salud". Documento de Trabajo N° 002, Fundación PENT.
- Power, F. C. (1999): "Education toward democracy: how can it be accomplished?" en *Prospects: Quarterly review of comparative education*, Vol. XXIX, N° 2, June 1999. (Issue N° 110), Bélgica.
- Puelles Benítez, M. (2004): *Elementos de política de la educación*, Madrid: UNED.
- Puelles Benítez, M. (1993): "Estado y Educación en el desarrollo histórico de las sociedades europeas", en: *Revista iberoamericana de educación*, enero-abril de 1993.
- Puiggrós, A. y Bernetti J.L. (1993): "Las reformas del sistema educativo", en *Historia de la educación en la Argentina V, Peronismo: cultura política y educación (1945-1955)*, Buenos Aires, editorial Galerna.

- Puiggrós, A. (1990): *Sujetos, disciplina y curriculum en los orígenes del sistema educativo argentino (1885-1916)*, Buenos Aires: Galerna.
- Quiroga Lavié, H. (1998): *El amparo colectivo*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Quiroga Lavié, H. (1997): *Constitución Argentina Comentada*, Buenos Aires: Zavalía.
- Quiroga Lavié, H. (1995): *Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*, Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Rama, G. y Navarro, J.C. (2002): *Carrera de los maestros en América Latina*. Conferencia Regional "El desempeño de los Maestros en América Latina y el Caribe: Nuevas prioridades", Brasilia: UNESCO, MEC, BID.
- Ramos, J.P. (1910): *Historia de la instrucción primaria en la República Argentina*, Buenos Aires: Peuser.
- Rawls, J. (1993): *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1993b): *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.
- Raz, J. (1986): *The morality of freedom*, Oxford: Clarendon Press.
- Rebollo, L. M. (2008): "Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras", en: Cienfuegos Salgado, D y Rodríguez Lozano, L. G: *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, UNAM.
- Redondo, J. (coordinador). (2007): *El derecho a la educación en Chile*, Buenos Aires: FLAPE.
- Requejo, F. (2001): "El federalismo y los grupos nacionales", en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, N° 167, marzo 2001, UNESCO.
- Reppetto, F. (coord.) (2001): "Descentralización de la salud pública en los noventa: una reforma a mitad de camino, Documento N° 55", Buenos Aires: Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional, Fundación Gobierno y Sociedad y Fundación Grupo Sophia.
- Repetto, F. (2001): "Transferencia educativa hacia las provincias en los años '90: Un estudio comparado". Documento N° 57. Buenos Aires: Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional - Fundación Gobierno y Sociedad y Fundación Grupo Sophia.
- Rey, M. (2007): "Construyendo el Estado Nación para el crecimiento y la equidad", en el IV Congreso Nacional de Políticas Públicas, Ciudad de Buenos Aires.
- Riquelme, G. (2006): "La relación entre educación y trabajo: continuidad, rupturas y desafíos", en *Anales de la educación común*, Tercer siglo, año 2, número 5, Educación y trabajo. Publicación de la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires.
- Rivas, A. y otros (2010): *Radiografía de la educación argentina*, Buenos Aires: Fundación CIPPEC; Fundación Arcor; Fundación Roberto Noble.
- Rivas, A., et. al. (2007): *El desafío del derecho a la educación en Argentina*, Buenos Aires: Fundación CIPPEC.
- Rivas, Axel (2004): *Gobernar la educación: estudio comparado sobre el poder y la educación en las provincias argentinas*, Buenos Aires: Granica.
- Rivas, Axel (2004): *Las miradas políticas de la educación*. Serie de Estudios sobre el Estado, el poder y la educación en la Argentina. Documento de Trabajo N° 3, Buenos Aires: CIPPEC.
- Riviere, Rolando M. (1937): *La instrucción primaria bajo el régimen de la ley 1420*. Buenos Aires: Talleres gráficos Consejo Nacional de Educación.
- Rodríguez Amunátegui, C. (2004): "La enseñanza como servicio público", en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N° 7 - 2do. semestre 2004.
- Rodríguez Ocampo, M. A. (2009): "Empresas de educación", en *SJA* 6/5/2009

- Roemer, J. (1998): *Equality of Opportunity*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Roemer, R., & Paxman, J. M. (1985): "Sex education laws and policies", en *Studies in family planning*, 16(4), 219-30.
- Romero, J. L. (1994): *Las ideas políticas en Argentina*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Ronconi, L. (2012): "Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos", en *Salud Colectiva*, vol. 8, núm. 2, Buenos Aires: UNLA.
- Ronconi, L. (2011): "La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?", en Beade/ Clérico (eds.): *Desafíos a la Ponderación*, Bogotá: Universidad del Externado.
- Ruiz, G. (Coord.) (2012): *La estructura académica argentina: análisis desde la perspectiva del derecho a la educación*, Buenos Aires: Eudeba.
- Ruiz, G. y Cardinaux, N. (compiladores) (2010): *La autonomía universitaria. Definiciones normativas y jurisprudenciales en clave histórica y actual*, Buenos Aires: La Ley-Facultad de Derecho de la UBA.
- Ruiz G. (2009): La ley de educación reformada. Cuestiones problemáticas sobre las recurrentes reformas educativas. Primera parte", en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*. Año 1, N° 1, La Plata: Instituto de Cultura Jurídica.
- Ruiz, G. (2008): "La nueva reforma educativa según sus bases legales", en *Revista de Educación*, N° 348, enero-abril 2009, Madrid: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España.
- Ruiz, G. et. al. (2007): "La estructura académica del sistema educativo como canalizadora de la distribución de saberes: un análisis histórico desde la perspectiva de la política educacional. La evolución de los niveles educativos durante el período fundacional", en *Anuario de Investigaciones de la Facultad de Psicología de la UBA*, Volumen XIV, Buenos Aires: Facultad de Psicología de la UBA
- Ruiz, G. (2007): *Las políticas científicas en la Argentina: De la planificación de las políticas y educativas a la evaluación de la calidad del sistema educativo. Un análisis desde la perspectiva histórica y comparada de la política educacional en el período 1958-1998*. Tesis doctoral. Facultad de Filosofía y Letras. UBA.
- Saba, R: "Desigualdad estructural", en: Alegre M, y Gargarella, R. (2007): *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.
- Sagarna, F.A. (1996): "Responsabilidad civil de los directores de colegios: la eximente prevista en el art. 1117 del C.C.", en *JA* 1996-IV-305.
- Sagüés, P. N. (2001): *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo 2, Buenos Aires: Astrea.
- Samuelson, P. (1954): "The Pure Theory of Public Expenditure", en *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, No. 4. (Nov., 1954).
- Sampay, A.E. (1949): *Informe del convencional constituyente Arturo Sampay para la reforma constitucional de 1949*. Disponible en http://archivohistorico.educ.ar/sites/default/files/VI_43.pdf, (fecha de consulta: noviembre de 2012).
- Sánchez Viamonte, C. (1959): *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Kapeluz
- Sandel, Michael (2009): "Reith Lecturer on Start the Week", BBC, disponible en <http://virtualphilosopher.com/2009/05/michael-sandel-2009-reith-lecturer-on-start-the-week-listenagain.html>, fecha de consulta: marzo 2010.
- Santoro, E. (2003): *Autonomy, Freedom and Rights*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.

- Sarmiento, D.F. (2004): *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, Buenos Aires: La Ley.
- Sarmiento, D.F. (1853): *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, Santiago de Chile: BELIN I CA.
- Schoo, S. (2010): *Orígenes y desarrollo de la educación secundaria, normal y especial en la Provincia de Buenos Aires: iniciativas provinciales nacionalizadas (1852-1920)*, Tesis de maestría, Universidad de San Andrés.
- Scioscioli, S. (2007): *Naturaleza y alcance del acceso a la salud en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Su estudio desde la perspectiva del análisis económico del derecho y su filosofía económica*, Tesis de Maestría en Derecho y Economía, Facultad de Derecho, UBA.
- Schwabe, J. (comp). (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, México, D.F.: Konrad Adenauer Stiftung.
- Sendín García, M.A. (2006): "La educación como servicio público", en *Diario La Ley*, N° 6482, Sección Doctrina. Disponible en www.laleydigital.es (fecha de consulta abril de 2012).
- Senen González S. y Arango A. (1996): "La descentralización en la reforma educativa argentina". Documento del I Congreso Interamericano CLAD, Río de Janeiro.
- Siede, I. (2007): *La educación política. Ensayos sobre ética y ciudadanía en la escuela*, Buenos Aires, Paidós.
- Siede, I. (2002): *Democracia, educación en valores y desafíos de la época*, Buenos Aires: Secretaría de Educación (GCBA). Disponible en <http://www.oei.es/oeivirt/valores.htm>, (fecha de consulta: marzo 2012).
- Siede, I. y Shujman, G. (2007): *Ciudadanía para armar*, Buenos Aires: Aique.
- Sigal, M (2009): "Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva", en *SJA* 22/4/09.
- Sigal, M. (2006): "Los derechos de incidencia colectiva y su relación con los derechos individuales y colectivos", en *Suplemento Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Sieckmann, J.-R. (1990): *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Sousa Santos, B. (2008): "Bolivia y Ecuador. Estados plurinacionales y constituyente", en *América Latina en Movimiento (ALAI)*, del 8/5/2008, FLAPE.
- Taraborrelli, J. N. (2003): "¿El contrato de enseñanza educativa privada constituye una estipulación a favor de terceros?", en *JA* 2003-I-832.
- Tedesco, J. C. (compilador). (2005): *¿Cómo superar la desigualdad y la fragmentación del sistema educativo argentino?*, Buenos Aires: Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología.
- Tedesco, J. C. (1986): *Educación y sociedad en la Argentina (1880-1945)*. Buenos Aires: Ediciones Solar.
- Tenti Fanfani, E. (2011): *La escuela y la cuestión social: Ensayos de sociología de la educación*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Thisted, S., Diez, M. L., Martínez, M. E., & Villa, A. (2007): Documento: Interculturalidad como perspectiva política, social y educativa, La Plata: Dirección de Modalidad de Educación Intercultural. Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires.
- Tiramonti, G. y Ziegler, S. (2008): *La educación de las elites. Aspiraciones, estrategias y oportunidades*, Buenos Aires: Paidós.

- Tocqueville, Alexis de (1985): *Selected Letters on Politics and Society*, Berkeley-Los Angeles: University of California Press.
- Tomasevski, K. (2004): *El asalto a la educación*, Barcelona: Intermón Oxfam.
- Tomasevski, K. (2004b): *Manual on rights-based education: global human rights requirements made simple*, Bangkok: UNESCO Bangkok.
- Tomasevski, K. (2003): *Contenido y vigencia del derecho a la educación*, San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Tomasevski K. (2001): *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable*, Gothenburg: Novum Grafiska AB.
- Tooley, J. (1999): *The Global Education Industry: Lessons from Private Education in Developing Countries*, Washington: IEA/IFC
- Toro Huerta, M. (2006): "El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional", en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. VI. Madrid: UNAM.
- Torre, J.C. (Director) (2002): "Los años peronistas (1943-1955)", en *Nueva Historia Argentina*, Tomo VIII, Buenos Aires: Sudamericana.
- Torres J.C. & Morrow, R.: "El Estado, los movimientos sociales y la reforma educacional"; en: Mora-Ninci & Ruiz (editores) (2009): *Sociología política de la educación en perspectiva internacional y comparada: las contribuciones de Carlos Alberto Torres*, Buenos Aires: Miño y Dávila.
- Treacy, G. F. (2005): "El principio de igualdad y las personas nacidas en el exterior: problemas y perspectivas", en *JA* 2005-IV-517
- Tugendhat, E. (1995): *Vorlesungen über Ethic*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Tushnet, M. (2004): "Supreme Court rules on affirmative action", en *Int. J. Constitutional Law*, 2 (1), 158-173.
- Vaillant, D. (2006): *SOS Profesión docente: al rescate del currículum escolar*, Ginebra: UNESCO/IBE.
- Vanossi, J.R. (2005): "La Constitución nacional de 1949". Comunicación en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 9/11/2005. Disponible en internet: www.ancmyp.org.ar/user/files/La_constitucion.pdf, (fecha de consulta: diciembre 2011).
- Vélaz de Medrano Ureta, C. (2005): *Retos de la educación básica en américa latina. Prioridades para la Ayuda Oficial al Desarrollo*, Madrid: Fundación Carolina, CeALCI.
- Veleda, C. (2005): "Efectos segregatorios de la oferta educativa. El caso del conurbano bonaerense", Documento de trabajo N° 5, CIPPEC.
- Verger Planells, A. (2005): "Transformaciones globales y educación pública. El caso del Acuerdo General de Comercio de Servicios del OMC"; en *Aula. De innovación educativa*, N°41, mayo 2005, Barcelona: Grao.
- Viciano Pastor, R y Martínez Dalmau, R: "Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? Trabajo presentado en el VIII World Congress of International Association of Constitutional Law, México, 6-10 de diciembre de 2010. Disponible en: www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf, (fecha de consulta: julio 2011).
- Viciano Pastor, R y Martínez Dalmau, R. (2010): "Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano" en: *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito.
- Viñao Frago, A. (2012): "El desmantelamiento del derecho a la educación: discursos y estrategias neoconservadoras", en *Areas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*, N° 31,

Universidad de Murcia. Disponible en: <http://revistas.um.es/areas/article/view/165031> (fecha de consulta: febrero de 2013).

- Vior, S. (directora) (1999): *Estado y educación en las provincias*, Buenos Aires: Niño y Dávila.
- Vita, L. (2012): *La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar. La Legitimidad en Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*, Tesis de doctorado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Vita, L. (2013): "Modelos de Estado y derecho a la salud en Argentina: descubriendo los presupuestos políticos de un sistema estructuralmente desigualitario", en: Clérico/Ronconi/Aldao, *Tratado de Derecho a la Salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013 (en edición).
- Waldmann, P. (1986): *El peronismo 1943-1955*, Biblioteca Argentina de Historia y política, Buenos Aires: Hyspamérica Argentina.
- Walsh, C. (2001): *La interculturalidad en la Educación*. Ministerio de Educación. Programa FORTE-PE. Lima.
- Weinberg, G. (1984): *Debate Parlamentario: Ley 1420*, tomos 1 y 2, Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- Wilkinson, R. & Pickett, K. (2009): *Desigualdad. Un análisis de la (in)felicidad colectiva*, Madrid: Turner Noema.
- Wlasic, J.C. (2006): *Manual crítico de derechos humanos*, Buenos Aires: La Ley.
- Wright, D.S. (1978): *Understanding intergovernmental Relations*, Massachusetts: Duxbury Press.
- Wolff, L; González, P y Navarro, J.C. (2002): *Educación privada y política pública en América Latina*, Santiago de Chile: PREAL/BID.
- Young, R. (1980): "Autonomy and the 'Inner Self'", en *American Philosophical Quarterly*, 17, N° 1, (Enero).
- Zanatta, L. (1999): *Perón y el mito de la nación católica. Iglesia y Ejército en los orígenes del peronismo (1943-1946)*, traducción de Daelli L., Buenos Aires: Sudamericana.
- Zegarra Valdivia, D. (2005): *El servicio público. Fundamentos*, Lima: Palestra Editores.
- Zorraquín Becú, R. (1958): *El federalismo argentino*, Buenos Aires: Perrot.
- Zuluaga Garcés, O. L. (2007): "De la educación estamental a la educación como servicio público", en *Revista educación y pedagogía*, 2007, V. 19, N° 47.

Documentos e informes institucionales

- ACIJ (2010): *Falta de transparencia y profundización de desigualdades educativas*. Disponible en: www.acij.org.ar (fecha de consulta: diciembre 2010).
- Banco Mundial (2000): *La Educación Superior en los Países en Desarrollo: Peligros y Promesas*. Washington, D.C.
- Banco Mundial (1999): *Education Sector Strategy*, Washington D.C.
- Banco Mundial (1999): *World Development Report 1998/99: Knowledge for Development*, Oxford University Press: Nueva York. Disponible en internet (fecha de consulta: junio 2011): <http://web.worldbank.org>.
- Banco Mundial (1994): *Prioridades y Estrategias para la Educación*, Washington, D.C.
- Banco Mundial (1993): *Educación Superior: Lecciones de la Experiencia*, Washington, D.C.

- Banco Mundial (1987): *Argentina. Reasignación de los recursos para el mejoramiento de la educación*, Washington, D.C.: Serie de estudios del Banco Mundial sobre países.
- Banco Mundial (1986): *El Financiamiento de la Educación en los Países en Desarrollo*, Washington, D.C.
- Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, abril 1993.
- Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, agosto 1992.
- Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, 1918.
- Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, Buenos Aires, 1906, T. III.
- Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Debate parlamentario, diciembre de 2006.
- Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, mayo 1992.
- Cardinaux, N. y Clérico L. (Directoras): Proyecto UBACyT – (Resolución (CS) N° 4895/12, correspondiente a la programación científica 2012-2015): "*La permeabilidad de la administración de justicia a las nuevas demandas de igualdad canalizadas a través del litigio complejo: el caso del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires*"
- CELS (2011): *Derechos humanos en Argentina. Informe 2011*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- CELS (2008): *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2008*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- CELS (2008b): *La lucha por el derecho*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- CELS (2007): *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2007*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- CEPAL (1998): *La descentralización de la educación y la salud: un análisis comparativo de la experiencia latinoamericana*. Disponible en <http://www.eclac.org> <http://www.eclac.org>, (fecha de consulta: julio 2011).
- Centre international d'études pédagogiques (2011): *Mapa regional latinoamericano sobre educación en prisiones*, disponible en línea: www.redlece.org (fecha de consulta: marzo 2011).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011): *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA. Disponible en internet en: <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MujeresDESC2011.pdf>, (fecha de consulta: julio de 2012).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007): *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accessodesciii.sp.htm>, (fecha de consulta julio de 2011).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1999): *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA, 26 febrero 1999.
- Comité de los Derechos del Niño (2010): *Informe de Argentina*, del 11 de junio de 2010.
- Comité de los Derechos del Niño (2001): *Observación General N° 1: Propósitos de la educación*.
- Comité de los Derechos del Niño (1995): *Informe sobre el octavo período de sesiones*.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996): *Folleto informativo N° 16 (Rev. 1)*, disponible en internet: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf> (fecha de consulta: febrero de 2010).
- Consejo Nacional de Educación (1910): *La educación común en la República Argentina, años 1909 – 1910*, CNE, Buenos Aires.

- Convención Nacional de 1898. *Antecedentes: Congreso Constituyente de 1853 y Convenciones Reformadoras de 1860 y 1866*. (1898). Buenos Aires: Compañía Sud – Americana de Billetes de Banco.
- IESALC (Cámpoli, O.: consultor) (2004): *La formación docente en la República Argentina*, Buenos Aires: IESALC.
- Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras (1937): *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires: Fac. de Filosofía y Letras de la UBA, T III.
- Muñoz Villalobos, V. (2007): *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, “El derecho a la educación de las personas con discapacidades”*, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/29, 19 de febrero de 2007.
- Muñoz Villalobos, V. (2007): *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, “El derecho a la educación de las personas privadas de libertad”*, A/HRC/11/8, del 2 de abril de 2009.
- Muñoz Villalobos, V. (2006): *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, “El derecho a la educación de las niñas”*, E/CN.4/2006/45, ONU.
- Muñoz Villalobos, V. (2004): *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, “El derecho a la educación”*. Informe de 17 de diciembre de 2004. Documento E/CN.4/2005/50, ONU.
- Observatorio Argentino de Violencia en las escuelas (2008): *Violencia en las escuelas: un relevamiento desde la mirada de los alumnos*, Buenos Aires, Ministerio de educación. Disponible en: http://www.me.gov.ar/construccion/pdf_observatorio/violencia_en_las_escuelas.pdf (fecha de consulta julio de 2012).
- OREALC/UNESCO Santiago (2007): “El derecho a una educación de calidad para todos en América Latina y El Caribe”, en *Revista Electrónica Iberoamericana sobre calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, vol. 5, N° 3.
- OREALC/UNESCO (2005): *Condiciones de trabajo y salud docente. Estudios de casos en Argentina, Chile, Ecuador, México, Perú y Uruguay*. Santiago de Chile: UNESCO.
- ONU (2000): *Objetivos de desarrollo del Milenio*.
- ONU (2004): *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Ginebra y Nueva York.
- ONU (2003): *Declaración de Entendimiento Común*. Disponible en: www.un.org/es/rights, (fecha de consulta: marzo de 2011).
- ONU (2010): *Informe nacional sobre desarrollo humano 2010. Desarrollo humano en Argentina: trayectos y nuevos desafíos*, Buenos Aires: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- ONU - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996): *Folleto informativo N° 16 (Rev. 1)*, disponible en internet: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf> (fecha de consulta: febrero de 2010).
- Tomasevski, K. (2004): *Informe presentado por Relatora Especial sobre el derecho a la educación*, Comisión de Derechos Humanos. Disponible en internet: www.ap.ohchr.org, fecha de consulta, noviembre de 2012.
- Tomasevski, K. (2000): *Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación*, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2000/9 de la Comisión de Derechos Humanos. ONU. Disponible en internet: www.ap.ohchr.org, (fecha de consulta: noviembre de 2012).

- Tomasevski, K. (1999): *Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación*, Consejo Económico y Social, ONU, 13 de enero de 1999. Disponible en internet: www.ap.ohchr.org, (fecha de consulta: noviembre de 2012).
- Tomaševski, K. (1999): *Informe provisional de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación*, presentado de conformidad con la resolución 1999/25 de la Comisión de Derechos Humanos. Disponible en internet: www.ap.ohchr.org, (fecha de consulta: noviembre de 2012).
- Tomaševski, K. (1998): *Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación*, presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos. Disponible en internet: www.ap.ohchr.org, (fecha de consulta: noviembre de 2012).
- UNESCO (2008): *Informe de Seguimiento de la EPT en el Mundo. Educación para todos 2015 ¿Alcanzaremos la meta?*, París: UNESCO.
- UNESCO (2008): *The right to education: Monitoring standard-setting Instruments of UNESCO*, Paris: UNESCO. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001611/161161e.pdf>, (fecha de consulta: junio de 2011).
- UNESCO/UNICEF (2008): *Un enfoque de la educación para todos basado en los derechos humanos*, UNICEF: Nueva York Disponible en internet <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001588/158893s.pdf>, (fecha de consulta junio 2011):
- UNICEF (2009): *Los pueblos indígenas en Argentina y el derecho a la educación. Situación socioeducativa de niñas, niños y adolescentes de comunidades rurales wichí y mbyá guaraní*. Disponible en http://www.oei.es/pdf2/Libro_EIB.pdf, (fecha de consulta: junio 2010).
- UNICEF Argentina, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (2008): "Adolescentes en el Sistema Penal. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación". Disponible en línea: http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes_en_el_sistema_penal.pdf, (fecha de consulta: marzo de 2011).

Lista de gráficos y tablas

- Gráfico N° 1. Bases constitucionales en educación.
- Gráfico N°2: Esquema de las "4 A" del derecho a la educación en el marco internacional de los derechos humanos.
- Gráfico N°3: El supuesto de hecho amplio en el derecho a la educación.
- Tabla N° 1. Principales tratados internacionales de derechos humanos.
- Tabla N° 2. Cuadro comparativo sobre el derecho a la educación en las constituciones provinciales.
- Tabla N° 3. Cuadro comparativo sobre instrumentos internacionales de derechos humanos con incidencia en el derecho a la educación.

Jurisprudencia

Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

- CSJN, "A.G.U.E.E.R.A (Asociación Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina)" (1999), Fallos 322: 1781.

- CSJN, "Almirón, Gregoria c/Ministerio de Educación de la Nación s/acción de amparo" (1983), Fallos 305: 1489.
- CSJN, "Arenzón, Gabriel D. c. Gobierno nacional, Ministerio de Educación -Dirección Nacional de Sanidad Escolar" (1984), Fallos 306:400.
- CSJN, "Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social – Estado nacional s/ amparo" (1999), Fallos: 323: 1339, La Ley, 2001-B, 226.
- CSJN, "Asociación de Testigos de Jehová c. Consejo Provincial de Educación del Neuquén" (2005), LA LEY, 23/11/2005.
- CSJN, "Badaro" (2007), Fallos 329: 3089.
- CSJN: "Barrick Exploraciones Argentinas S.A y otro v. Estado nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (expte. B.140.XLVII), Fallos: 334:715 (2011).
- CSJN, "Barros" (1979), Fallos 301: 151.
- CSJN, "Bazterrica" (1986), Fallos: 308:1392.
- CSJN, "Blengio, Aroldo c. Ministerio de Educación y Cultura de la Prov. de Buenos Aires" (1981), LA LEY 1982-A, 277.
- CSJN, "Bonetto, Rodolfo A. y otros c. Provincia de Córdoba y otro" (2002), 324:4048.
- CSJN, "Boto, Armando c/ Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros s/diferencias salariales" (1997), Fallos: 320:786.
- CSJN, "Cambiaso Péres de Nealón, Celia M. A. y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas" (2007), Fallos 330:3725.
- CSJN, "Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Ministerio de Salud y Acción Social, Secretaría de Programas de salud y Banco de Drogas Neoplásticas" (2000), Fallos: 323: 3229.
- CSJN, "Camussi Gas del Sur S.A. c. Pcia de Río Negro" (2008), Fallos 331:2178.
- CSJN, "Chapla, Arnaldo E. c. Universidad Nac. de Cuyo" (1979), Fallos 304: 410.
- CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado nacional y otra" (2007), LA LEY2007-F, 111.
- CSJN, "Don Pedro Bergés contra el Gobierno Nacional, por reposición en el cargo de profesor titular de la Universidad de Buenos Aires en la Facultad de Agronomía y Veterinaria" (1932), Fallos 166: 265.
- CSJN, "Estado nacional c. Universidad Nacional de Córdoba" (1999), Fallos 322: 875.
- CSJN, "Etchverry" (2001), Fallos 324: 677.
- CSJN, "Ferrer de Leonard, Josefina y otros c. Provincia de Tucumán" (2003), DJ 2005-1, 139 -JA.
- CSJN, "Ferrocarril del Oeste", Fallos 105: 80.
- CSJN, "Ferrocarril Sud c. Municipalidad de Juárez" (1939), Fallos 183: 190.
- CSJN, "Galina" (1982), Fallos 304: 391.
- CSJN, "García Méndez, Emilio" (2008), LA LEY2008-F, 705.
- CSJN, "Gladys, Elizabeth –Rivero" (2009), DJ19/08/2009, 2296.
- CSJN, "Griet" (1922), Fallos 137: 212.
- CSJN, "González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nac. de Córdoba" (2000), Fallos 323:2659.
- CSJN "Halabi, Ernesto c. P.E.N. s/amparo" (2009), Fallos: 332:111.
- CSJN, "Hidalgo de Feltan" (1977), Fallos 299: 358.

- CSJN, "Hospital Británico" (2001), Fallos: 324: 754.
- CSJN, "I. C. F. c. Provincia de Buenos Aires" (2009), Fallos: 331:2135.
- CSJN, "Leiva" (1993), Fallos 315: 1013.
- CSJN, "Lifschitz, Graciela B. y otros c. Estado nacional" (2008), Fallos 327: 2413.
- CSJN, "Loza, Rina M. c. Gobierno nacional" (1993).
- CSJN, "Mendoza, B. S. y otros c. Estado nacional y otros" (2008), Fallos 329:2317.
- CSJN, "Ministerio de Cultura y Educación – Estado nacional s/ artículo 34 de la ley N° 24.521" (2008), Fallos 331:2257.
- CSJN, "Ministerio de Cultura y Educación de la Nación contra U. N. Cuyo" (1999), M. 1788 XXXII.
- CSJN, "Ministerio de Cultura y Educación de la Nación observa Estatuto Universidad Nacional del Litoral (1999), M.544 XXXIII.
- CSJN, "Ministerio Nacional de Educación c. Universidad Nacional de San Juan" (1999), M. 1892 XXXII.
- CSJN, "Ministerio de Cultura y Educación s/ observa estatuto de la Universidad Nacional del Sur" (1999), M. 2033 XXXII.
- CSJN, "Monteserín, Marcelino O. c. Estado nacional"(2001), Fallos 324: 3527.
- CSJN, "Morel de Maltagliati, Alicia y otros" (1987), Fallos 310: 2085.
- CSJN, "O., S. B. c. Provincia de Buenos Aires y otros" (2005), LA LEY 07/10/2005, 8.
- CSJN, "Padres de alumnos de colegios dependientes de la Universidad Nac. de Cuyo" (1999), Fallos: 322:270, LA LEY1999-F, 315.
- CSJN, "Provincia de Salta c. Estado nacional" (2002), Fallos 325:2367.
- CSJN, "Quinteros" (1937), Fallos 179:113.
- CSJN, "R., K. V. v. Estado nacional" (2007), R-1148. XLI.
- CSJN, "Ramos" (2002), Fallos 325:396.
- CSJN, "Repetto" (1988), Fallos 311: 2272.
- CSJN, "Salas, Dino y otros, c. Provincia de Salta y otro" (2008),Fallos 331:2925.
- CSJN, "Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios" (2005), Fallos 328:1602.
- CSJN, "Santa Cruz, Hilario y otro" (1981), LA LEY 1982-A, 283.
- CSJN, "Segarra, Marcelo Fernando c. Instituto de Obra Social del Ejército" (2008), LA LEY 2008-E, 166.
- CSJN, "Sejean" (1986), Fallos 308:2268.
- CSJN, "Telefónica de Argentina S.A." (2007), Fallos 330: 3098.
- CSJN, "Verbitsky, Horacio", (2005), LA LEY 2005-E, 39.

Fallos de tribunales superiores provinciales

- Corte de Justicia de Salta, "M. de D., M. y otro c. Instituto San Nicolás S. R. L." (2000).
- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa, "A. de M., V. y otro c. Instituto Santa Isabel" (2000).

- Superior Tribunal de Entre Ríos, sala Procesal Constitucional y Penal, “G., J. E. J. y otra v. Instituto de Instrucción Primaria Niño Jesús D-6 y otros” (2011).
- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala I de procedimientos constitucionales y penal, “Albornoz, José Luis y otra c. I.O.S.P.E.R.” (2009), LLLitoral 2009 (abril), 292.
- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, “Frank, Silvia s/amparo s/competencia” (2009), LA LEY 27/04/2009.
- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, "Matar, Silvia s/amparo" (2008).
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “Gerez, María Cecilia c. Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes”, resuelto por la” (2007), LA LEY2008-C, 158.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, “Romboli, Mónica G. y ot. p/ su hijo menor c. Colegio Instituto San Buenaventura”(2008), LLGran Cuyo 2009-abril, 249.
- TSJ: “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires” (2003).
- TSJ; “Salgado, Graciela Beatriz c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. N° 826/01.
- TSJ, “Sandez, Carlos Armando c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, expte. N° 482/00.
- Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba: “Conet c. Cooperativa de Luz y Fuerza de Villa de Soto” (1991), LLC1991, 970.

Fallos de tribunales de instancias inferiores

- Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala III, “F.B.R. B.”(2010), La Lley on line: AR/JUR/32198/2010.
- Tribunal de Casación Penal de Bs. As., Sala I, “Jóvenes alojados en Centro de Recepción de Lomas de Zamora” (2010), LLBA 2010 (mayo), 438.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, “Adba, Fernando A. c. Fundación Universidad de Belgrano” (1991). LA LEY1991-E, 385.
- CNCiv., Sala G, "Fidel, Luis Samuel y otro c. Instituto Sara Chamberlain de Eccleston", (1989), El Derecho, 156-255;
- C3ªCC Córdoba, “Echegaray Ferrer, Carlos J”, (1983), El Derecho, 109- 498.
- Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 4, “D'A., P. F.” (1981), LA LEY1981-D, 169.
- Juzgado Nacional de 1° Instancia del Trabajo N° 69, “Sindicato Argentino de Docentes Particulares c. PEN” (2001), La Ley 2002-C, 306.
- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, “Gómez Myriam Beatriz c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Incidente de apelación (de medida cautelar)” (2007).
- Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán – sala I, “R. C. S. y otro c/ I.P.S.S.T. y otro s/ amparo” (2005).
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, “Asociación Cultural Italiana Crisóforo Colombo c/DNCI-DISP 446/10”.

- Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, "Montenegro Patricia Alejandra y Otros contra Gcba s. Amparo (Art. 14 Ccaba)"(2005).
- Cámara Cont. Ad. y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala I, "Asesoría Tutelar c. GCBA s/amparo" del 1/6/01
- Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires N° 11,"José Antonio Iglesias y Beatriz M. E. Campos C/ Gobierno de la Ciudad Autónoma s/amparo" (2006).
- Juzgado Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, Expte. N° 23.360/0 "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. GCBA s/ amparo (artículo 14 CCABA)" (2007).
- Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 5, "Asociación de los Derechos Civiles (ADC) y otros v. Estado nacional, Poder Judicial de la Nación, nota 68/2002 s/amparo ley 16.986" (2003).
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín,"L., M. I. y D. P., M. c. I. C. M." (2007), RCyS 2007, 533.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala III, en el caso "Castillo, Carina Viviana y otros vs. Gobierno de la Prov. de Salta y Ministerio de Educación de la Prov. de Salta sobre amparo" (2012).
- Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Resistencia, Sala I, "Hidalgo, Raúl A y Rodríguez, María Itatí" (2010), La Ley Litoral 2010 (sep).
- Juzgado de 1° Instancia en lo Civil y Comercial de Junín de los Andes, "Painefilú, Mariano y otros c/ Consejo de Educación de Neuquén" (2000).
- Juzgado de 1° Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 4a Nominación de Rosario, "Malvestiti, Marisa c. Provincia de Santa Fe y otra" (2005), LLLitoral 2006 (Febrero).

Fallos de tribunales extranjeros y supranacionales

- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T 110 de 2010.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-393/09.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-944 de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia, T-695/99
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-656 de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia, T-101 de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-441/97.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-290 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-248/96.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-252/95.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-476/95.

- Tribunal Constitucional Alemán , BVerfGE 93, 1 –"Kruzifix" (2003).
- Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE 108, 282 - "Kopftuch" (2003)
- Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE 52, 223 – "Schulgebet" (1979).
- Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE 47, 46; - "Sexualkundeunterricht" (1977).

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen” (1976).
- Corte Suprema de los Estados Unidos, “Wisconsin vs. Yoder”, 406 U.S. 205 (1972).
- Corte Suprema de los Estados Unidos, “West Virginia Board of Education v. Barnette”, 319 U.S. 624 (1943).
- Tribunal Constitucional (España). Sala Primera: “Recurso de amparo promovido por don Antonio Gómez Linares y otros”, (Auto 163/2008, de 23 de junio de 2008).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Acevedo Buen día y otros vs. Perú”, sentencia del 1 de julio de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia del 4 de julio de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, sentencia de 17 de junio de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Yean y Bosico vs. República Dominicana”, Sentencia de 8 de septiembre de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, sentencia de 28 de febrero de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva N° 18/03: “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003.

Organismos internacionales

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Solución Amistosa. Petición 12.046, Mónica Carabantes Galleguillos – Chile, 12 de marzo de 2002.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1978): Caso 2137. Testigos de Jehová. Resolución de 18 de noviembre de 1978 [Informe anual 1978].
- Comisión Europea de Derechos Humanos (1989): Caso “André Simpson c. Reino Unido”, solicitud N° 14688/89, decisión sobre admisibilidad del 4 de diciembre de 1989, Decisiones e informes, vol. 64.

- Comité de Derechos Humanos (ONU): Caso “Carl Henrik Blom c. Suecia”, comunicación N° 191/1985, observaciones del 4 de abril de 1998.
- Comité de Derechos Humanos (1993): Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999): Observación General N° 13, “El derecho a la educación” (artículo 13)”.
 - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999): Observación General N° 11, “Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo14)”.
 - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990): Observación General N° 3: “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 Pacto)”.

Abreviaturas

AGCS: Acuerdo General sobre Comercio de Servicios

CCABA: Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

CDESC: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

CFE: Consejo Federal de Educación

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CN: Constitución Nacional

CNE: Consejo Nacional de Educación

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación

OCM: Organización Mundial del Comercio

OG: Observación General

ONU: Naciones Unidas

PEN: Poder Ejecutivo Nacional

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos