

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SUS ALCANCES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

THE RIGHT TO EDUCATION AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND ITS REACHES IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW.

Sebastián Scioscioli

ABSTRACT.

Education in general has traditionally been studied from various perspectives from the field of politics, economics, sociology and science education, among others. However, in those areas are not many jobs that seek an approach to education as a fundamental right and provide an analytical framework to reflect and argue about the defense, validity and enforceability of the legal positions and the basic contents present on the right to education.

The following pages provide an analytical framework to guide the reader in the development of this thesis. Firstly, we analyze a conceptualization of education as a fundamental right and then its structure will be discussed in terms of contents, from the international law of human rights, resulting in concrete obligations on States. In this task, we analyze in particular the obligational framework under the scheme of "4 A". Finally, we work over some ideas related to the importance of these contents, in terms of obligations of immediate and progressive development, so as to build the "basic floor" of the right to education as a fundamental right.

Key words: *right to education, fundamental right, international obligations of States*

RESUMEN.

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 y que brinden paralelamente un marco de análisis para reflexionar y argumentar en torno a la defensa, vigencia y exigibilidad de las posiciones jurídicas y de los contenidos básicos presentes en el derecho a la educación.

En las siguientes páginas ofrecemos un marco de análisis que guíe al lector en el desarrollo de esta tesis. Se realizará una conceptualización de la educación como derecho fundamental y seguidamente, se analizará su estructura en términos de contenidos que, desde el derecho internacional de los derechos humanos, se traducen en obligaciones concretas a cargo de los Estados. En esta tarea, se analizará en particular el marco obligacional previsto por el esquema de las "4 A". Finalmente, se formulará una reflexión vinculada con la importancia de estos contenidos, y su traducción en obligaciones de cumplimiento inmediato y progresivo, en tanto fijan el "piso mínimo" del derecho a la educación como derecho fundamental.

Palabras clave: *derecho a la educación, derecho fundamental, obligaciones internacionales de los Estados.*

Fecha de recepción: 10 de marzo de 2014.

Fecha de aceptación: 5 de abril de 2014.

INTRODUCCIÓN.

Reconocer la educación como derecho fundamental implica un cambio radical en el modo en que se concibe la relación entre sujetos activos de la educación (especialmente niños/as y adolescentes) 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.

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 por 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) 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” (10).

En igual sentido Pautassi (2010) 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” (2).

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, p.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”.¹

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.

LA ESTRUCTURA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

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. 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.

De acuerdo con Alexy (2008, p.214), todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental. En esta definición 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., p.76). Esto es, en la teoría de Alexy, el enunciado normativo de derecho fundamental que contiene una norma y que la constituye por ende, es una norma de derecho fundamental (Alexy, 2008, p.46). Un tratado, una Constitución de un país contienen enunciados normativos o partes de ellos. Una disposición del derecho a la educación, entre otras por ejemplo, la encontramos en el artículo 13 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), o en el artículo 14 de la Constitución Argentina.

- 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. Pero en este sentido, cabe entender por normas no sólo las normas cuyos enunciados están expresados directamente en una Constitución o un instrumento internacional sino también aquellas normas adscritas interpretativamente a la disposición correspondiente (es decir, existiendo una relación de

¹ 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” (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.

fundamentación entre la norma expresa y la adscripta por vía de interpretación) (Alexy, ob. cit., p.52).² Así por ejemplo, siguiendo con el caso argentino, 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 citada Constitución (art. 75 inc. 19 y 23 de la Constitución Argentina).

- La “*posición jurídica*”. Según Alexy, la posición de derecho fundamental refiere a la capacidad o competencia jurídica para modificar una situación jurídica.³ 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. 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 o internacional (es decir respaldado por las normas que constituyen el plexo constitucional de un Estado o el marco protectorio del derecho internacional de los derechos humanos) 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*.

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, p.155). El enunciado previsto en el artículo XII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre 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 infundamental 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 (Alexy, 2000, p.34). Dicho en otros términos, cada vez que una norma de derecho fundamental garantiza una determinada posición de este mismo carácter, es preciso

² El caso de las normas adscriptas a la Constitución, reviste en el modelo alemán por ejemplo 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 (el artículo 7º) sobre el derecho a la educación.

³ 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: 155).

concluir que esta posición existe y que debe ser jurídicamente protegida (Bernal Pulido, 2003, p.87).

- Finalmente, el “*grado de importancia*” refiere a la relación de fundamentación que encuentra el derecho subjetivo en cuestión en el sistema constitucional (o con el sistema internacional de protección de los derechos humanos). Es decir, esa relación de fundamentación puede provenir directamente de la Constitución o de su bloque de constitucionalidad federal (incluyendo aquí los instrumentos internacionales de derechos humanos) de modo (literal) o bien a 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 un tratado internacional de derechos humanos, 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.

EL DERECHO INTERNACIONAL 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:

- los estándares internacionales y contenidos básicos para la regulación específica de aquellos derechos que deben ser garantizados a todos los seres humanos,
- las correspondientes obligaciones que dichos derechos generan para los Estados hacia sus habitantes en el ámbito de sus respectivos territorios.⁴

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”.⁵ 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

⁴ 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 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 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 guerra 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 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. Cfr. Tomasevski, K. (2004): *El asalto a la educación*, (Barcelona, Intermón Oxfam).

⁵Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996): Folleto informativo N° 16 (Rev. 1), disponible en línea en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf> [consultado: marzo 2014].

control de los sistemas internacionales de protección. Estos pronunciamientos que aún no han sido recogidos en tratados internacionales o en decisiones de organismos estrictamente judiciales, han sido reconocidos como doctrina autorizada o derecho emergente en la materia, también asociado al concepto de *soft law*.⁶ 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).

El derecho a la educación está hoy 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. Sin perjuicio de ello intentaremos analizar la mayor parte de los instrumentos internacionales que involucren al tema educativo.

Tabla 1: Principales tratados de derechos humanos vigentes

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

Fuente: Tomasevski, K. (2004): Manual on rights-based education: global human rights requirements made simple. Bangkok: UNESCO Bangkok.

Estos instrumentos forman parte de diversos sistemas de protección de derechos humanos: 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 latinoamericano, está vigente además el sistema interamericano que cuenta con sus propios mecanismos e instrumentos de funcionamiento y aplicación dentro de la región.

1. LA EDUCACIÓN EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

Seguidamente, haremos un análisis general en perspectiva comparada de los distintos instrumentos de derechos humanos, considerando la estructura, contenidos y mecanismos en ellos previstos, con particular referencia a la educación. Posteriormente, profundizaremos en el contenido de uno de ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

⁶ La alusión a la palabra "*soft law*" se tomó originariamente en oposición al denominado *hard law*, entendido éste como aquellos instrumentos o prácticas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías institucionales de solución de conflictos y derivar en la responsabilidad internacional del Estado. Con la primera se trata de describir enunciados formulados como principios abstractos que aunque *prima facie* puedan carecer de fuerza vinculante, en general no están carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica. Véase también: Toro Huerta, M. (2006): ob. cit.

(en adelante PIDESC), el que reviste especial importancia en la configuración de la educación como derecho fundamental ante su intención 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, dicho instrumento importó la aparición de mecanismos de monitoreo y control a través de la creación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 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 del instrumento.

1.1. 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”.

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 (Nº 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.

1.2. 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 como una 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 PIDESC y que, como analizaremos más en detalle abajo, 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.

1.3. ROL Y ACCIÓN DEL ESTADO.

Un dato clave para comprender la importancia de la introducción del derecho internacional de los derechos humanos 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 basadas en un enfoque de derechos humanos conjuga el respeto y protección de los principios que informan los derechos humanos en el contexto de un Estado de derecho y una sociedad democrática y justa.

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 (que pueden ser clasificadas en orden al deber de cumplimiento inmediato o progresivo que poseen conforme veremos) 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).

1.4. 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.

1.5. 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 PIDESC 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.⁷

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.

1.6. 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

⁷ En torno a este tema puede ser relevante traer a colación lo señalado por Katarina Tomasevsky quien 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 en dicho informe 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.

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.

2. EL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN UN SENTIDO AMPLIO: EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y EL ESQUEMA DE LAS “4 A”.

Sobre la base de la reseña anterior, nos interesa remarcar una serie de contenidos clave del derecho a la educación como derecho fundamental. Estos contenidos deben ser tomados como el *piso básico* respecto del cual los Estados asumen una serie de obligaciones de cumplimiento inmediato y otras de cumplimiento progresivo con vistas a la plena realización del derecho en sus territorios.

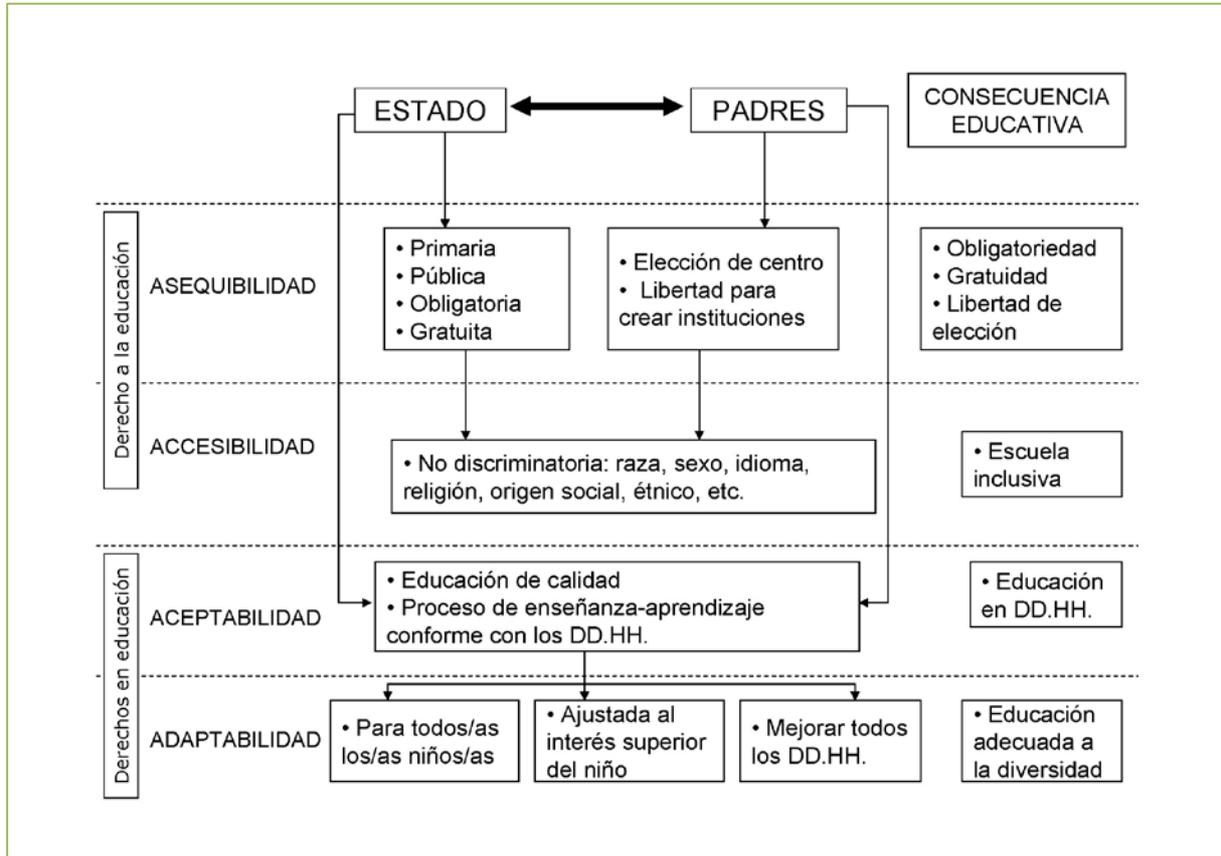
Si bien desde un punto de vista conceptual el término “educación” es muy amplio, y bien podría abarcar la idea de cualquier “aprendizaje” que una persona pudiere obtener así como cualquier “enseñanza” que se impartiera, no es lo mismo en el sentido del derecho a la educación *formal*, que es en suma, la forma en que está mayormente contemplada la educación en los derechos de los Estados nacionales y en el derecho internacional. Desde el marco de análisis propuesto, 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 bajo ciertas condiciones que veremos seguidamente.

En lo que sigue, partiremos en el análisis de su contenido, sobre la base de estándares y de ejemplos, 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 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.

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.

Figura 1: Esquema de las “4 A” del derecho a la educación en el marco internacional de los derechos humanos



Fuente: Davila y Naya (2011).

El cuadro sirve a los fines de una presentación en abstracto de los variados contenidos del derecho previstos en este artículo. Así podemos pasar entonces a una definición amplia que concibe el derecho a la educación como derecho fundamental con el siguiente alcance y características:

a) *Asequibilidad*. 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, p.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”.⁸

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 2º del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: 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)⁹ si bien supeditados a las normas básicas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (párrafos 3º y 4º del artículo 13). La prohibición de castigos corporales también ha sido tenida en cuenta como criterio de aceptabilidad. Agrega Tomasevsky (2001, p.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 1º del artículo 13 hacia el desarrollo de la personalidad humana, su dignidad y el respeto a los derechos humanos.¹⁰

⁸ CDESC, Observación General N° 13, párrafo 29.

⁹ 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 línea en http://www.revistaeducacion.mec.es/rc347_02.html [consultado en marzo 2014].

¹⁰ CDESC, Observación General N° 13, párr. 49.

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 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”.

CONCLUSIONES. EL MARCO DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE EDUCACIÓN CONFORME EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Esta primera aproximación a una definición de la educación - partiendo desde una concepción amplia de derecho fundamental - así como de sus contenidos, nos sirve para poder observar con claridad cuánto mayor es el marco de contenidos susceptibles de ser comprendidos bajo este enfoque; remarcando los déficits provenientes de otras concepciones bajo las cuales ha sido vista también la educación: estas son desde su carácter como un mero bien económico y por ende, como un servicio privado o desde su prestación tan sólo como un servicio público. En efecto, y en sintonía con la hipótesis propuesta en este trabajo, bajo *el enfoque de los derechos fundamentales la educación multiplica en principio su campo de extensión conceptual* como derecho, indicando criterios precisos que permiten la clasificación de un mayor número obligaciones para los Estados.

Los criterios sentados a partir del esquema de las “4 A” avalados por el derecho internacional de los derechos humanos, cuadran perfectamente con la concepción de la educación como derecho fundamental. Estos 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.

La educación en el derecho internacional de los derechos humanos, como derecho humano fundamental, revela el alcance multifacético de los contenidos que es posible trazar a partir de las

distintas funciones del derecho a la educación. Estas funciones aluden a la agrupación de sus contenidos en virtud de las posiciones jurídicas aseguradas: como derecho de defensa y como derecho de prestación. Cada una de estas funciones, permite a su vez ampliar el desarrollo de contenidos que se pueden explicar o traducir en términos de las obligaciones de cumplimiento inmediato y de cumplimiento progresivo.

Las primeras, las obligaciones de cumplimiento inmediato, aluden al contenido fijado como “reglas”, entendidas estas como 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, p.68).¹¹ Las obligaciones de cumplimiento inmediato comprenden el piso mínimo del derecho a la educación previsto en las cláusulas de los instrumentos internacionales. *Constituye ese piso que bajo ningún argumento un Estado puede desatender pues no está sometido a negociación alguna y constituye el mandato jurídico e inmediatamente exigible por el derecho internacional de los derechos humanos.* La idea de un piso de un derecho alude así al contenido indisponible para el Estado, 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 que concibe al derecho en cuestión. Su no respeto conlleva a desvirtuar al derecho y a la pérdida de su carácter deóntico. La más acabada precisión de ese piso está conformada por la alusión a las condiciones mínimas vinculadas con una educación disponible, accesible, aceptable y adaptable, en los términos previstos por los artículos 13 y 14 del PIDESC, de acuerdo a la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Este tipo de obligaciones se complementan con el compromiso internacional asumido por los Estados a través de la firma de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y relacionado con las obligaciones derivadas del principio de progresividad. En efecto, las obligaciones de cumplimiento progresivo conforman el contenido fijado por “principios”, entendidos estos como mandatos de optimización (*Optimierungsgebote*). Estos se traducen en normas que exigen que algo se realizado en la mayor medida posible bajo consideración de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes, siendo aplicadas conforme el método de la ponderación (Alexy, 2008, p.70). La definición y alcance de tales obligaciones ha quedado precisado en el ámbito del sistema internacional de los derechos humanos en 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”.¹²

En el ámbito regional latinoamericano, 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

¹¹ 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.

¹² 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).

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”.

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. Así, en las obligaciones de cumplimiento progresivo 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, p.92). No cualquier medida u acción del Estado implica *per sé* que se cumple con este requisito, el cumplimiento progresivo será real si contribuye verdaderamente a una mayor extensión del reconocimiento del derecho.¹³ La progresividad lleva como correlato directo la *prohibición de inacción y de regresión arbitraria*.¹⁴ El Estado está obligado a mejorar continuamente las condiciones de goce y ejercicio del derecho, no siendo la inacción una opción. *Esto impide así a los Estados 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.

Sobre la base de este marco de obligaciones, puede sintetizarse que se encuentra presente a través de la lectura comparada de los instrumentos internacionales de derechos humanos, los informes y la jurisprudencia que de ellos derivan, un cúmulo de posiciones jurídicas exigibles de cierta precisión y contenido, en el marco de obligaciones tanto de cumplimiento inmediato cuanto de cumplimiento progresivo, entre las que hemos destacamos en este trabajo: 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.

La diversidad de contenidos que es posible desprender de estas obligaciones ponen a cargo de los Estados compromisos sustanciales para con la educación que elevan progresivamente la pretensión del “piso mínimo” a garantizar en sus respectivos territorios, modificando positivamente la actividad estatal en el ámbito de la protección y garantía del derecho, a fin de no incurrir en una “responsabilidad internacional” por su no cumplimiento; ya implique este una omisión o un cumplimiento deficiente.

¹³ 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).

¹⁴ 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.

BIBLIOGRAFÍA.

- 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”. Disponible en línea en: [http://www.dhl.hegoa.ehu.es/ficheros/0000/0057/enfoque de dchos en estrategias y pol iticas desarrollo Am Lat.pdf](http://www.dhl.hegoa.ehu.es/ficheros/0000/0057/enfoque_de_dchos_en_estrategias_y_politicas_desarrollo_Am_Lat.pdf) [consultado en marzo 2014].
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Afonso Da Silva, V. (2003). *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos.
- Alexy, R. (1985). *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos.
- Alexy, R. (2000). “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y libertades* 8, S. 21-41 (traducción de María Cecilia Añaños Meza). [Texto original: *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, en: S. S. Gosepath y G. Lohmann (Hg.) (1998): *Philosophie der Menschenrechte* (Frankfurt/M.).
- 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: ____ (1993): *Teoría de los derechos fundamentales* [traducción de Garzón Valdés, Ernesto] (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- Alexy, R. (2009). "Die Konstruktion der Grundrechte ", en: L. CLÉRICO, y L. SIECKMANN, *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos. Versión en español, (2010). *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Clérico, L. (2001). *Die Struktur der Verhältnismaßigkeit*. Baden-Baden: Nomos. [Versión en castellano: ____ (2009): *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba].
- Dávila, P. y Naya, L. M^a (Dir.) (2011). *Derechos de la infancia y educación inclusiva en América Latina* Buenos Aires: Granica.
- Naya, L.M. y Dávila, P. (2011). Unities and Diversities Regarding the Right to Education in Europe. En J. Grimheden, D. Karlsson y R. Ring (Ed.): *On line Festschrift in honour of Katarina Tomasevski*. Disponible en línea en: http://www.rwi.lu.se/ktfestschrift/Online_festschrift_in_honour_of_Katarina_Tomasevski.html[consultado en junio 2011).
- Pautassi, L. (2010). *Perspectivas de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina*. Buenos Aires: Biblos.

- Scioscioli, S. (2013). *La educación básica como derecho fundamental. Implicancias y alcances en el contexto de un Estado federal*, Tesis de Doctorado. Buenos Aires: Facultad de Derecho/UBA.
- Tomasevski K (2001). *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable*. Gothenburg: Novum Grafiska AB.
- Tomasevski K (2003). *Contenido y vigencia del derecho a la educación*. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Tomasevski K. (2004). *Manual on rights-based education: global human rights requirements made simple*. Bangkok: UNESCO Bangkok.
- 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.

SOBRE EL AUTOR

Sebastián Scioscioli

Abogado, Magíster en Derecho y Economía y Doctor en Derecho Constitucional (UBA).
Docente e investigador en Derecho Constitucional (UBA).

Contact information: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Av. Figueroa Alcorta 2263, 1er. Piso, (+5411) 4809-5710, sebastianscioscioli@derecho.uba.ar