

La estructura y contenido del derecho a la educación como derecho fundamental de defensa y prestación

SEBASTIÁN SCIOSCIOLI¹

RESUMEN

La concepción y estructura del derecho a la educación como derecho fundamental implica el reconocimiento de posiciones jurídicas exigibles, que se traducen en prestaciones positivas y negativas. En el presente trabajo indagaremos sobre el alcance y vigencia del derecho a la educación en las bases constitucionales y normativas de la Argentina y a través de la reconstrucción de los contenidos presentes en las obligaciones del Estado de respetar, proteger, hacer cumplir y garantizar el derecho.

PALABRAS CLAVE

Educación - Derechos humanos - Estado.

The structure and content of the right to education as a positive and negative fundamental right

ABSTRACT

The concept and structure of the right to education as a fundamental right implies the recognition of enforceable legal positions, which can be studied as positive and negative rights. In this paper we investigate

¹ Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho (UBA).

the scope and enforcement of the right to education contents according to Argentinian constitutions norms and through the reconstruction of the contents of the States obligations to respect, protect, enforce and guarantee the right.

KEYWORDS

Education - Human rights - State.

I. INTRODUCCIÓN. LA EDUCACIÓN EN EL DESARROLLO ESQUEMÁTICO CONSTITUCIONAL Y NORMATIVO ARGENTINO

Si pensáramos aun fugazmente en torno a la estructura, alcances y contenidos vinculados con el derecho a la educación, fácilmente deduciríamos que la educación es mucho más que el acceso a la escuela. El reconocimiento del derecho a la educación como derecho humano fundamental y de gran parte de su contenido hoy considerado como básico es ya universalmente aceptado y recogido al menos formalmente en casi todos los tratados y declaraciones de derechos humanos más importantes.² En particular en nuestro país, la Argentina ha tenido un extenso desarrollo legislativo y constitucional desde el momento mismo de su propia conformación como Estado nacional. Si hablamos en torno a la educación escolarizada y básica, basta señalar en este aspecto solo como apunte el espacio que le dedicó la Constitución histórica de 1853 en los arts. 5º, 14, 20 y 67, inc. 16 (actualmente 75, inc. 18), y las principales leyes dictadas hacia finales del siglo XIX y principios del siglo XX, tales como la Ley 1420 (1884), la Ley 4878 (conocida como Ley Láinez de 1905), entre otras. Este entramado jurídico inicial reguló y aseguró en materia educativa cuestiones de trascendencia como la gratuidad de los estudios primarios desde el comienzo del sistema educativo y la organización institucional de la educación y su especial cuidado en la asignación de responsabilidades y competencias entre los distintos niveles federales, así como la existencia de diversos planes de acción y de promoción y fomento del sistema educativo en su conjunto desarrollados por los principales actores

² Véase para un análisis más profundo del tema: SCIOSCIOLI, Sebastián, *El derecho a la educación básica como derecho fundamental. Implicancias y alcances en el contexto de un Estado federal*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.

políticos de aquella época. Todo ello demostró y supuso un alto grado de consideración por parte del Estado hacia los medios, recursos y demás modos de atender al sostenimiento y funcionamiento del servicio educativo público y para llevar adelante la política educativa de la Nación que formó parte del proyecto político del Estado argentino.

La reforma constitucional de 1994 con las adendas ocurridas en el art. 75, inc. 19 y la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia en su art. 75, inc. 22 (con quienes la Constitución pasa a conformar el bloque de constitucionalidad federal) termina por definir un *catálogo normativo*, que excede el marco de lo estrictamente teórico (y exclusivamente nacional) y pone de manifiesto la necesidad de estudiar en detalle *qué implica en concreto todo ello en términos de contenidos, y en particular en términos de obligaciones para los Estados y de cómo ello puede contribuir a mejorar los mecanismos de protección y garantía y exigibilidad del derecho en cuestión*. En suma, debemos embarcarnos en la tarea de verificar y precisar las implicancias de una concepción de la educación fundada en un enfoque de derechos, en el que se realce su calidad de derecho humano fundamental, más allá de su calidad de bien económico o servicio público, a lo que se le suma, en países como el nuestro, el particular contexto federal de su organización territorial.

II. ANÁLISIS ESQUEMÁTICO DE LA EDUCACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL: SU ESTRUCTURA, FUNCIONES Y CONTENIDOS

Probablemente, si quisiéramos acceder rápidamente a una primera identificación del vasto grupo de contenidos que se derivan del derecho a la educación como derecho fundamental, podríamos recurrir, como punto de partida, a la caracterización del esquema de las “4 A” referidas a conceptos en inglés de compleja traducción: *availability* (asequibilidad/disponibilidad), *accessibility* (accesibilidad), *acceptability* (aceptabilidad), *adaptability* (adaptabilidad). Este esquema, elaborado por la primera Relatora Especial de la ONU sobre derecho a la educación Katarina Tomasevski,³ continúa siendo aún hoy, pese al paso del tiempo, el más

³ TOMASEVSKI, Katarina, *Manual on rights-based education: global human rights requirements made simple*, Bangkok, UNESCO, 2004.

completo marco conceptual para fijar las obligaciones de los Estados sobre el derecho a la educación en el plano internacional. Podría decirse que cada uno de aquellos conceptos halla en la definición del art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) su reformulación más completa. Recordemos también que dicho artículo, al igual que el subsiguiente art. 14, merecieron una Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁴ y que con ambos marcos normativos se contribuyó en gran medida a profundizar un contexto de interpretación claro, progresivo y *pro homine* sobre los alcances de cada expresión y definición allí plasmada.⁵

Este conjunto de contenidos constitucionales e internacionales debe verse reflejado en normas legales y políticas públicas concretas. Debería ser, asimismo, el esquema que guíe la interpretación de la legislación básica en la materia, como lo son la Ley de Educación Nacional (Ley 26.206), la ley que garantiza los 180 días de clase (Ley 26.150), la de educación sexual integral (Ley 26.150), la de protección integral de los niños, niñas y adolescentes (Ley 25.864), entre muchas otras. Todo este desarrollo normativo *revela el alcance extenso y multifacético de los contenidos que es posible trazar a partir de las distintas funciones del derecho a la educación 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.

⁴ Véase en tal sentido: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999): Observación General nro. 13, *El derecho a la educación* (art. 13) y Observación General nro. 11, *Planes de acción para la enseñanza primaria* (art. 14) [en línea] <https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html> [consulta: diciembre de 2016].

⁵ Desde luego esta afirmación no pretende desconocer los importantes reconocimientos que formulan en materia de derecho a la educación los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los cuales, por la cantidad de Estados que los han suscripto, su antigüedad y el impacto que han tenido en la temática para la que rigen, es posible destacar: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 5º y 7º), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 10) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 28), entre otros.

Siguiendo pues la clasificación antedicha, según la función que los derechos fundamentales cumplan en la relación Estado-ciudadano, es posible distinguir entre derechos de defensa (derechos de prestación negativa, de no hacer o de no intervención), derechos de prestación positiva (derechos sociales en sentido estricto, de hacer, de dar), derechos de organización y procedimiento y derechos de protección. Los *derechos de defensa* comportan genéricamente 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. En esta función se ubica la obligación constitucional e internacional del Estado, de cara a los instrumentos de derechos humanos, de respetar el derecho a la educación, absteniéndose en particular de intervenir directa o indirectamente en el disfrute de este derecho así como de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas o de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado. En este marco, en nuestra jurisprudencia, se han presentado situaciones que desconocían la prohibición vinculada con aquellos niños que carecen de la documentación mínima (el Documento Nacional de Identidad) para poder ser inscriptos en las escuelas públicas. 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. En este mismo orden, encontramos fallos sobre problemas en el acceso o permanencia en establecimientos educativos en relación con estudiantes embarazadas,⁶ que también podrían caer dentro de este ámbito de protección.

Los *derechos de prestación*, entendidos como derechos sociales o derechos a acciones fácticas positivas, generan obligaciones de dar. Se alude aquí a la obligación de cumplir, a la necesidad de que el Estado consagre y garantice el derecho a la educación en su sistema político y en su ordenamiento jurídico nacional y que arbitre los medios (mayormente materiales) para poder asegurar su ejercicio efectivo. En este sentido,

⁶ Puede verse, en tal sentido, el fallo "A. de M., V. y otro c/ Instituto Santa Isabel", del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa (2000).

este tipo de obligación requiere que el Estado adopte medidas positivas que permitan dar plena efectividad al derecho a la educación. El Estado tiene la obligación de facilitar este derecho especialmente en los casos en que los individuos o grupos de personas no estén en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición. Bajo este marco, es susceptible incorporar el mayor caudal de obligaciones que del Estado se derivan para con la educación como derecho social. En especial, desde esta perspectiva aparece con claridad la obligación indelegable, impostergable y de inversión prioritaria de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones provinciales y locales. En este terreno se juega la obligación del Estado de asegurar la prestación directa del servicio educativo (sin perjuicio de la participación del sector privado) garantizando la disponibilidad de escuelas públicas en cantidad suficiente y de calidad. En este último sentido, la disponibilidad no se limita a la creación de escuelas sino también a dotarlas de la infraestructura y materiales necesarios para el cumplimiento. Un variado número de casos judicializados han sido resueltos desde este plano exigible, como aquellos relacionados con la falta de vacantes suficientes en jardines maternales o la existencia de escuelas con aulas modulares en *containers* en zonas de la Ciudad de Buenos Aires.⁷

En este orden, también en el marco de la obligación de cumplir aparece la función del derecho a la educación como *derecho de organización y procedimiento*, en tanto reclama del Estado que se reconozca el derecho suficientemente en su sistema legal y se adopte una política nacional educativa acompañada de un plan detallado de medidas diversas destinadas a satisfacerlo. También aquí el derecho a la educación exige que el Estado “haga algo”, en el sentido de determinar y disponer de la organización y procedimientos indispensables para que se pueda realizar

⁷ Puede verse, respectivamente, sobre estos temas los siguientes fallos: “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, nro. 11 (2006) y “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/Amparo (art. 14, CCABA)”, Juzgado Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, expte. nro. 23.360/0 (2007).

el derecho a la educación. En esta función entra en juego la labor del Estado de planificar y organizar un sistema educativo, que asegure sus prestaciones cabalmente, que organice y regule la libertad de enseñanza y garantice el correcto funcionamiento de los mecanismos administrativos y judiciales (que eviten la lesión del derecho cuando este se vea amenazado o su restitución inmediata cuando fuere desconocido, sea por un particular o por el propio Estado).

En concordancia con este último punto, y puesto que en educación se reconoce un sistema mixto (por la participación de la oferta pública y del sector privado), el Estado también asume una serie de obligaciones aun respecto de las relaciones que se generan entre particulares (usuarios y colegios privados). Es allí en donde también entra necesariamente en consideración el análisis de las funciones del derecho a la educación como *derecho de protección*. En este orden, la educación importa la obligación del Estado de adoptar las normas u otras medidas que resulten necesarias para impedir que terceros desconozcan, interfieran o amenacen con sus conductas u omisiones la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios educativos. Desde esta función del derecho, las obligaciones del Estado no se reducen a la articulación, control y fiscalización de la prestación del servicio educativo en el ámbito público sino que también debe hacerlo en el ámbito privado. En este último, las violaciones a menudo se han presentado frente a situaciones vinculadas con el uso abusivo del ejercicio del “derecho de admisión o rematriculación” en los colegios privados, el que en ningún caso puede ser ejercido en violación al principio básico de no discriminación.⁸ Así, por ejemplo, queda prohibida la expulsión de un niño durante el ciclo escolar de ese año, o de retenerle o negarle la entrega de un certificado, o impedirle 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.

⁸ En tal sentido, puede verse el fallo “L., M. I. y D. P., M. c/I. C. M.”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín (2007).

A. LOS CONTENIDOS DEL DERECHO EN TÉRMINOS DE OBLIGACIONES EXIGIBLES

Como dijimos, las funciones del derecho a la educación agrupan una variedad de contenidos que pueden ser traducidos, a su vez, en obligaciones concretas a cargo del Estado. Las *obligaciones de cumplimiento inmediato* comprenden el piso mínimo del derecho a la educación. Constituyen el nivel de los *mandados definitivos o reglas*, ese piso que bajo ningún argumento un Estado puede desatender pues no está sometido a negociación alguna y que establece el mandato jurídico e inmediatamente exigible por el derecho constitucional y 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 lleva a desvirtuar al derecho mismo. Una precisión de ese piso está compuesta por los mandatos a que refiere el texto constitucional e infraconstitucional en temas como la gratuidad de la educación pública y que se extiende, por ejemplo, en nuestro sistema, inclusive a la educación superior (arts. 5º, 75, incs. 19 y 22 de la Const. Nac.; art. 13, PIDESC; Observación General –en adelante OG– nro. 13 y nro. 14; Ley 26.206; Ley 26.075; art. 16, Ley 26.061).

Este tipo de obligaciones se complementan con las *obligaciones derivadas del principio de progresividad*. Componen el contenido fijado por los *principios*, entendidos estos como mandatos de optimización. Tales principios se traducen en contenidos que exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible bajo consideración de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes, siendo aplicados conforme al examen de proporcionalidad o al método de la ponderación.⁹ La definición y alcance de tales

⁹ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015 (traducción castellana de Carlos Bernal Pulido), y CLÉRICO, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2001 (versión en castellano: CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009).

obligaciones han sido precisados en el ámbito del sistema internacional de los derechos humanos en el art. 2.1 del PIDESC en cuanto señala que

Cada 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.

En el ámbito regional latinoamericano, el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos agrega:

Los 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.

A su vez, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló en su OG nro. 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. No cualquier medida o acción del Estado implica por sí sola que se cumple con este requisito, el cumplimiento progresivo será real si contribuye verdaderamente a una mayor extensión del reconocimiento del derecho. La progresividad también lleva como correlato directo la *prohibición de inacción y de regresión arbitraria*. El Estado está obligado a mejorar continuamente las condiciones de goce y ejercicio del derecho, no siendo la inacción una opción.

Consecuentemente, el Estado no puede adoptar políticas o sancionar normas que empeoren la situación de reconocimiento del derecho. Así, por ejemplo, no podría retroceder en el reconocimiento de la gratuidad en todos o en alguno de sus niveles, o dejar sin efecto la ley que dispone

un mínimo de 180 días de clases efectivos. Cualquier medida regresiva debe ser justificada ampliamente por el Estado, pues, en principio, se presume violatoria y, por ende, inconstitucional. De este modo, rige para los Estados una clara prohibición de 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.

B. LA ESTRUCTURA FEDERAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

En este ámbito vinculado con los contenidos y alcances del derecho, debemos sumar otro análisis relacionado con la estructura federal de nuestra organización institucional-territorial y el modo de asegurar el cumplimiento y exigibilidad de dichas obligaciones en función de su distribución y garantía en los ámbitos (al menos primariamente) nacional y provincial (local). Para ello, la traducción del lenguaje de las tradicionales competencias en términos de obligaciones inmediatas y mediatas, tal como hemos propuesto, permite poner el foco en la responsabilidad principal del nivel federal para garantizar inexcusablemente un *deber elemental del derecho*, constituido por las normas federales y nacionales que fijan el piso de garantía del derecho a la educación. Así, este deber de mínima constituye una competencia y una obligación exclusiva (e indelegable) del gobierno federal. Los contenidos básicos definitivos escapan en principio a la competencia provincial (no puede modificarlos), 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) y remediar la violación al derecho, cuando la provincia no se ajuste al deber elemental aludido. En este sentido, sería altamente conveniente formular un llamado de atención a que las instituciones y autoridades federales, como el Consejo Federal de Educación o la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, estén especialmente atentas ante los incumplimientos en ese deber elemental y sean más sensibles y permeables a sus reclamos o denuncias.

Esto desde luego no es incompatible con el hecho de que las provincias también puedan dictar sus normas de derecho local con el mismo contenido (de las normas que forman parte de este deber elemental), las reglamenten y contribuyan con un *deber de progresividad*, donde el federalismo aparezca como facilitador del cumplimiento de los derechos para la mejora del piso que fijan las normas de derecho federal y nacional y no como excusa para el desconocimiento de dicho piso. Se habilita, de esta manera, la concurrencia de las provincias para ampliar 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.

III. A MODO DE CIERRE

El catálogo de obligaciones del Estado, que es posible describir y analizar a partir de las funciones del derecho a la educación como derecho fundamental y sobre la base de un modelo de reglas y principios o de obligaciones inmediatas o progresivas, gana así positivamente en una mayor cantidad de contenidos y en la extensión de los sujetos beneficiados. Esto obliga a todos los operadores del derecho a continuar interpelando las normas jurídicas, comenzando por la propia Constitución Nacional, en la búsqueda de ampliar los alcances del derecho y ganar en herramientas hermenéuticas y de argumentación que hagan posible su mayor vigencia y exigibilidad.

El derecho a la educación como derecho fundamental dista en mucho de un mero reconocimiento al acceso a la escuela. No se trata de una libertad de enseñanza, simplemente, ni refiere a prestaciones que sólo implican para el Estado el deber objetivo de prestación de un servicio

público. Como vimos, *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 o quiénes reclamar, y el cómo formularlo.

Fecha de recepción: 29-8-2016.

Fecha de aceptación: 22-2-2017.