



EL DERECHO A LA EDUCACIÓN: marco jurídico y justiciabilidad

MARÍA SOLEDAD CISTERNAS REYES¹

13 :::: Ponencias Marco

1. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA EDUCACIÓN COMO DERECHO HUMANO

1.1. Instrumentos internacionales anteriores al año 2000

El marco jurídico del derecho a la educación se origina en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 26: "Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. Para la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana, el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favoreciendo la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones, todos los grupos étnicos o religiosos, y promoviendo el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos"².

Por su parte, UNESCO aprobó la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza CDEE³, tipificando tal figura como "toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza"⁴.

Se expresan como conductas discriminatorias:

- a. Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza.
- b. Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo.
- c. Instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos.
- d. Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana⁵.

Dicha convención agrega que no se considerará conducta constitutiva de discriminación la creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de estos no sea lograr la exclusión de cualquier grupo sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, siempre que funcionen de conformidad con

1 Miembro del Comité de Expertos sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, Relatora Especial de Comunicaciones para el Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas / CDPD. Integrante del Consejo Asesor del Observatorio Hispano-Argentino de las personas con discapacidad y las situaciones de vulnerabilidad. Abogada, Cientista Política, Profesora en Derecho e investigadora. Directora de distintos proyectos jurídicos. Autora de diversas publicaciones y conferencista a nivel nacional e internacional. Por su experiencia y conocimiento ha sido seleccionada como ponente en estas jornadas.

2 Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, ONU, 1948.

3 Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (CDEE), adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el 14 de diciembre de 1960.

4 CDEE, op cit. Artículo 1.

5 Ibid.

esa finalidad y que la enseñanza corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado⁶.

Este instrumento expresa la obligación de los Estados de adoptar una política nacional encaminada a promover la igualdad de oportunidades y de trato en la esfera de la enseñanza, lo que implica mantener, en todos los establecimientos públicos del mismo grado, una enseñanza del mismo nivel y condiciones en cuanto a la calidad⁷.

Como instrumento vinculante, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC⁸, reconoce el derecho de toda persona a la educación⁹, la que tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, fortaleciendo el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones, todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

En este tratado, se enfatizan los elementos de obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria y también el cumplimiento progresivo de tal gratuidad, tratándose de la enseñanza secundaria y superior. Para estos dos últimos niveles de enseñanza, se acentúa la importancia del acceso al proceso educativo.

En términos análogos, el Protocolo de San Salvador, PSS¹⁰, hace referencia a la educación, agregando como nuevo elemento la diversificación de programas educativos para la formación e instrucción de personas que presentan discapacidad. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, CADDHH¹¹, señala que los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones¹², lo que coincide con las prescripciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PIDCP¹³, del PIDESC y del PSS, en cuanto a la convivencia armónica de los distintos sectores, cualquiera sea su religión. Si bien el proceso educativo se desarrolla durante toda la vida de una persona¹⁴, no es menos cierto que en las etapas de niñez y adolescencia existe una especial atención a esta materia. De este modo, la Convención sobre los derechos del Niño, CDN¹⁵, reafirma los objetivos de la educación en términos de:

1. Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.
2. Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas.
3. Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya.
4. Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena.
5. Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural¹⁶.

Son ejes de esta Convención los principios de “interés superior del niño” y “respeto a su identidad”.

6 CDEE, op.cit. artículo 2, letra c.

7 CDEE, op.cit. artículo 4 letra b.

8 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales PIDESC, aprobado por la Asamblea General de Organización de Naciones Unidas ONU, 1966.

9 PIDESC, op.cit, artículo 13.

10 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado por la Organización de Estados Americanos OEA, año 1988.

11 Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos en San José de Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969.

12 CADDHH, artículo 12.

13 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, artículo 18, n° 4.

14 Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Educación, relativo a la aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General de 15 de marzo de 2006, titulada: “CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS”. El derecho a la educación de las personas con discapacidades. [A/HRC/4/29]: “En primer lugar hay que concebir la educación inclusiva desde una perspectiva expansiva, que abarque el aprendizaje a lo largo de la vida, desde la guardería hasta la formación profesional, la educación básica para adultos y la educación para la vida activa de las personas de más edad”.

15 Convención sobre los Derechos del Niño CDN, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989.

16 CDN, op. cit. artículo 29.



Al igual que las convenciones anteriores, se reiteran los aspectos de acceso a la educación, obligatoriedad y gratuidad. No obstante, se incorporan nuevos elementos, como el deber de informar y orientar a los niños y niñas en cuestiones educacionales y profesionales, fomentar la asistencia a la escuela evitando la deserción, aplicación de disciplina compatible con la dignidad del niño y el fomento de la cooperación internacional en estas materias¹⁷.

Desde otro ángulo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW¹⁸, ha explicitado, como una esfera sustancial, asegurar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el ámbito de la educación. Se resalta la importancia de igualdad de oportunidades en los accesos de la mujer a los distintos niveles de enseñanza, programas de alfabetización, a materiales, a becas, al deporte y a la recreación, adoptando medidas para la reducción de las diferencias de conocimientos entre hombres y mujeres, disminución de la tasa de abandono de los estudios posibilitando su reinicio, así como fomentar la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta¹⁹.

La vigencia de este marco jurídico general no ha impedido situaciones de exclusión educativa y la invisibilidad de ciertos sectores de la población a la hora de ejercer su derecho a la educación, con respecto a los objetivos y directrices mencionados precedentemente. Por lo mismo, debemos tener presente otros cuerpos jurídicos internacionales en derechos humanos.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, CDR²⁰, ha prescrito entre las obligaciones de los Estados Partes, hacer efectivos los objetivos de antidiscriminación e igualdad ante la ley de este tratado, en el ámbito de la educación y la formación profesional²¹. Además, agrega que los Estados deberán adoptar medidas inmediatas y eficaces en esta esfera, para combatir los prejuicios que conducen a la discriminación racial y para promover la convivencia armónica de las naciones, los grupos raciales o étnicos, como también para difundir los principios de Naciones Unidas en este campo²².

Por su parte, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, OIT²³, se ha ocupado de relevar como objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados, impartir conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en el de la comunidad nacional²⁴. Esto implica garantizar para ellos una educación en todos los niveles²⁵. De este modo, se prescribe que los programas y servicios de educación destinados a los pueblos interesados, deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales²⁶. Se refuerza la idea de un diseño participativo de los programas educativos, con amplia consideración de las lenguas nativas, las tradiciones y la cultura de los pueblos indígenas²⁷.

Por otro lado, la Convención Internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, CDTM²⁸, releva que todos los hijos de los trabajadores migrantes gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo²⁹. Esto comprende considerar la libertad del padre, madre o ambos cuando tuvieren el

17 CDN, op. cit. artículo 28.

18 Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, CEDAW, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, año 1979.

19 CEDAW, op.cit. artículo 10.

20 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por las Naciones Unidas, en vigor desde el 4 de enero de 1969.

21 CDR, op.cit. artículo 5, letra e-v.

22 CDR, op.cit. artículo 7.

23 Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo OIT, año 1989.

24 Convenio 169, op.cit. artículo 29.

25 Convenio 169, op.cit. artículo 26.

26 Convenio 169, op.cit. artículo 27 n° 1.

27 Convenio 169, op.cit. artículo 28.

28 Convención Internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 45/158, año 1990.

29 CDTM, artículo 30.

carácter de trabajadores migratorios, para impartir la educación religiosa y moral a sus hijos de acuerdo a sus convicciones³⁰.

1.2 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CDPD³¹: Primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI

Se debe tener presente que una diversidad connatural de los educandos, se sitúa en el ámbito de las necesidades educativas especiales, NNEE³². Desde allí la importancia en el abordaje de las NNEE que presentan algunos de ellos, en un porcentaje que se sitúa en un 20% de la población estudiantil³³. Dentro de esta estimación se considera que alrededor de un 5% corresponde a quienes presentan alguna forma de discapacidad.

La Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales: Acceso y Calidad, "Declaración de Salamanca"³⁴, la Declaración Mundial sobre Educación para Todos³⁵, el Foro Mundial de la Educación Para Todos³⁶, la Conferencia Internacional de Educación, CIE³⁷, el Informe de Seguimiento de la Educación para todo el mundo, 2005³⁸, y las Directrices sobre Políticas de Inclusión en la Educación³⁹, son instrumentos que contienen elementos declarativos y recomendaciones para el abordaje de las necesidades educativas especiales.

No obstante, se puede afirmar que la CDPD es el documento vinculante que de manera específica aborda dicha diversidad, tratándose de las personas con discapacidad, entregando un soporte normativo a la educación inclusiva a todos los niveles, así como la educación a lo largo de la vida.

De este modo, serán objetivos de un sistema de educación inclusiva:

1. Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima, reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana.
2. Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas.
3. Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre⁴⁰.

En consecuencia, toda persona con discapacidad tendrá derecho a una educación primaria y secundaria gratuita, accesible, obligatoria y de calidad. Esto implica que se faciliten los ajustes razonables, los apoyos personalizados para dicho ejercicio y que se presten los soportes en el sistema general de educación para posibilitar la formación efectiva de los educandos⁴¹. Es así como se prohíbe la exclusión de toda persona por motivo de discapacidad, en cualquier nivel de enseñanza.

De este modo, la CDPD entrega importantes orientaciones para la inclusión, en términos de promover la enseñanza y utilización del Braille y otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos, técnicas de orientación y movilidad y el apoyo entre pares. De igual modo, se debe facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas. Se plantea que la educación debe impartirse en los medios y modos de comunicación más apropiados y en entornos que permitan alcanzar el máximo desarrollo académico y social de las personas con discapacidad.

30 CDTM, artículo 12.

31 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CDPD, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, 2006.

32 Informe de la Comisión de Expertos: Nueva Perspectiva y Visión de la Educación Especial, Ministerio de Educación, año 2004, página 18: En el texto, en relación a las Necesidades Educativas Especiales NEE, se expresa que: cualquier alumno o alumna que presente dificultad para progresar en relación con los aprendizajes escolares, por la causa que fuere, debe recibir las ayudas y apoyos especiales que necesite, ya sea de forma temporal o permanente, en el contexto educativo más normalizado posible.

33 Informe de la Comisión de Expertos, op.cit. página 62.

34 Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales: Acceso y Calidad "Declaración de Salamanca", aprobada por aclamación en la ciudad de Salamanca, España, UNESCO, año 1994.

35 Declaración Mundial sobre Educación para Todos, Satisfacción de las Necesidades Básicas de Aprendizaje, UNESCO, Jomtien 1990.

36 Foro Mundial sobre Educación, UNESCO, Dakar, año 2000.

37 Conferencia Internacional de Educación CIE: "La Educación Inclusiva: El camino hacia el futuro", UNESCO, Ginebra, año 2008.

38 Informe de Seguimiento de la Educación para Todos en el mundo 2005, UNESCO, Nueva York 2005.

39 Directrices sobre Políticas de Inclusión en la Educación, UNESCO, Francia, 2009.

40 CDPD, op.cit. artículo 24, n° 1.

41 Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Educación, op.cit.: "Los marcos programáticos y jurídicos de derechos humanos existentes reconocen claramente que la educación inclusiva constituye un elemento indispensable del derecho a la educación para las personas con discapacidad".



Lo anterior supone la presencia de profesionales y personal capacitado en los mencionados medios, modos y formatos, como también la utilización de material adaptado a las necesidades de los educandos.

La CDPD hace notar la importancia de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, proveyendo los ajustes razonables que fueren necesarios⁴².

No podemos dejar de mencionar que la CDPD elevó a nivel de principio del tratado: "el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y el derecho a preservar su identidad"⁴³. Dicho principio se explicita más adelante, en términos de la indispensable garantía para el pleno disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales para los niños y niñas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás y el respeto de su interés superior. Ello incluye el derecho del niño y niña con discapacidad a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer este derecho⁴⁴.

Los elementos aportados por la CDPD constituyen un salto cualitativo en la visualización de los derechos humanos para el siglo XXI. En especial, debemos resaltar que se entenderá por discriminación "cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables"⁴⁵.

A su vez, se entenderán por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales⁴⁶.

Por lo tanto, diversas violaciones del derecho a la educación, por acción o por omisión, incluida la negativa a proporcionar tales ajustes, podrán ser calificadas como discriminación.

2. EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

2.1. Contenido del derecho

El marco jurídico que se ha detallado no define qué se entiende por educación. Algunos pensadores han entregado elementos para su conceptualización.

- Platón: la educación es el proceso que permite a la persona tomar conciencia de la existencia de otra realidad, más plena, a la que está llamada, de la que procede y hacia la que se dirige.
- Jean Piaget: forjar individuos capaces de autonomía intelectual y moral, que respeten esta autonomía en el prójimo, en virtud precisamente de la regla de la reciprocidad.
- Erich Fromm: la educación consiste en ayudar al niño a llevar a la realidad lo mejor de él.
- Hostos: "Educar es hacer lo que hace el agricultor con las plantas que cultiva. Penetrar en el fondo o medio en que la planta arraiga. Facilitar el esparcimiento de las raíces proporcionándole el terreno que tenga las condiciones que han de favorecerle, facilitándole luz, calor y agua. Tratar de que el tallo crezca recto evitándole cambios violentos de temperatura. Cuando ya esté formada y fuerte, abandonarla a su libre albedrío"⁴⁷.

42 CDPD, op.cit., artículo 24 n°5.

43 CDPD, op.cit. artículo 3, h.

44 CDPD, op.cit. Artículo 7. Comité sobre los derechos del Niño, quincuagésimo primer período de sesiones, Comentario General del artículo 12, realizado en ONU, Ginebra, 2009./ Comité sobre los derechos del Niño, op.cit. Párrafo 113: "El derecho del niño a ser oído tiene especial significación, más aún cuando se verifica una decisión de exclusión de un plantel educativo, lo que debe ser revisado judicialmente".

45 CDPD, op.cit. artículo 7.

46 CDPD, op.cit. artículo 2, inciso 4.

47 Tomado de www.slideshare.net/wenceslao/qu-es-educacion

Estas definiciones, de carácter predominantemente filosófico, nos muestran los lineamientos de lo que significa el proceso educativo. Contemporáneamente, se ha enfatizado que “La educación es un derecho humano fundamental y un bien público porque gracias a ella nos desarrollamos como personas y como especie, contribuyendo al desarrollo de la sociedad” (UNESCO, 2007).

Fernando Savater, por su parte, ha señalado a los humanos como seres inconclusos que necesitan permanentemente de la educación para desarrollarse en plenitud, por lo que la finalidad de la educación según este punto de vista sería cultivar la humanidad. En este sentido, la educación posibilita el ejercicio de otros derechos fundamentales, lo cual supone que no puede ser considerada como un mero servicio o una mercancía negociable, sino como un derecho que el Estado tiene la obligación de respetar, asegurar, proteger y promover (UNESCO, 2007).

Desde este punto de partida, que constata el carácter inconcluso de toda persona y la contribución de la educación a su pleno desarrollo, es relevante considerar que la sociedad actual experimenta los retos del multiculturalismo, en términos de concebir una comunidad inclusiva de las connaturales diferencias humanas, lo que jurídicamente se expresa en los denominados “derechos diversificados” (Kymlicka, 1996). Esta diversificación consiste, en buena medida, en ampliar la sustancia que da vida a cada uno de los derechos humanos.

En esta línea es preciso preguntarse: ¿cuál es el contenido del derecho humano a la educación? Será decisivo perfilar la sustancia de este derecho fundamental, de modo de conocer los distintos aspectos para su exigibilidad, entendida como la facultad de demandar su respeto y garantía a los obligados y, en caso de que se incumpla con la obligación, sea por acción u omisión, sancionarlo de acuerdo con lo dispuesto en la ley, buscando la restitución del derecho violado. En general, a la exigibilidad en el plano jurídico se le conoce como justiciabilidad (Farith, 2008).

Cabe señalar que el contenido del derecho a la educación es el reflejo de un largo proceso de evolución socio-jurídico. De este modo, al observar el marco internacional precedente podemos aseverar que la educación no solo se agota en parámetros formales, como la existencia de establecimientos educativos, cuerpos docentes y estudiantes. En efecto, dichos instrumentos normativos aportan diversas vertientes que configuran el contenido del derecho a la educación.

Toda esta sustancia la podemos sistematizar en los siguientes aspectos:

- Son ejes medulares de la educación el desarrollo personal y social hasta el máximo de las posibilidades, la tolerancia, el pluralismo, la convivencia armónica en una sociedad libre, la comprensión, la paz, el respeto de los derechos humanos, libertades fundamentales y la preservación del medio ambiente.
- Igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades e igualdad de trato.
- Respeto a las creencias y religiones.
- Respeto de la identidad cultural y lingüística.
- Inclusión de la diversidad: CDEE de UNESCO, Convenio 169 de la OIT, CDTM, CDR y CDPD.
- Igualdad entre hombres y mujeres en la educación.
- Respeto de la identidad de los niños, de su interés superior, su derecho de ser informado en las materias que les conciernen en el plano educativo y la aplicación de una disciplina compatible con la dignidad de los educandos.
- Expresión de la opinión del educando, lo que implica que sea oído brindándole la asistencia que fuera necesaria para el ejercicio de esta facultad.
- Respeto a la evolución de las facultades de niños y niñas.
- No discriminación, incluida la eliminación de prejuicios.
- Acceso, permanencia y progreso en la educación en los distintos niveles y durante toda la vida.
- Gratuidad y obligatoriedad.
- Diversificación de programas educativos.
- Realización de ajustes razonables y entrega de apoyos personalizados dentro del sistema regular de educación.
- Participación en el diseño educativo.
- Educación de calidad.

Los elementos enunciados tienen un carácter universal. Esto significa que con independencia a las Convenciones que los han relevado, son de aplicación general en los sistemas educativos de las distintas naciones.



Por otro lado, es importante señalar que la calidad es un pilar del derecho a la educación, el cual puede a su vez considerarse como el resumen en el cumplimiento de todos los demás elementos anteriormente señalados. No es posible hablar de educación sin su necesario vínculo a la calidad de la misma. Restar este elemento comprensivo sería dejar el derecho a la educación como una expresión nominal de precario contenido.

El acotamiento del contenido del derecho a la educación es un ejercicio indispensable para determinar el marco de su justiciabilidad. Es preciso subrayar que la educación "no puede quedar limitada a considerarse solo como un servicio el que podría ser diferido, pospuesto y hasta negado" (UNESCO, 2007). Tal visión implicaría la frágil exigibilidad de aquel, con un negativo impacto en los procesos educativos individuales y en el sistema educativo en su globalidad.

Resulta pertinente agregar que el enfoque de la educación como derecho humano impera a todos los componentes del Estado⁴⁸. A su vez, los establecimientos privados estarán llamados a añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, debiendo responder a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, sin realizar exclusión, de acuerdo a lo establecido por la CDEE de UNESCO. Por lo tanto, el origen privado del financiamiento de un plantel no sería una condición que exima el cumplimiento de la obligación de inclusión por los distintos actores, dentro de un Estado democrático de derecho.

De igual modo, el parámetro de la autonomía de los establecimientos de educación superior no podría ser argumento para la exclusión educativa de personas que deseen acceso, permanencia y progreso en carreras compatibles con sus particulares condiciones y méritos. El Relator Especial sobre el derecho a la educación ha expresado que es fundamental la participación no discriminatoria de una amplia gama de otras entidades, además del Estado, para poder hacer realidad la educación inclusiva. En efecto, la inclusión abarca no solo los derechos del alumnado marginado sino además, y de una manera más amplia, la agilización de los cambios culturales y de valores en el sistema educativo y en la comunidad en general⁴⁹.

2.2. Justiciabilidad

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aclara la amplitud operativa de la justiciabilidad al señalar que el derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas al adoptar decisiones tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Esos recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo⁵⁰.

Se debe considerar que los distintos ordenamientos jurídicos internos establecen recursos constitucionales, tales como acciones de protección, para restablecer el imperio del derecho y la debida protección de quienes hayan visto conculcados sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si eventualmente un marco jurídico nacional no estableciere protección específica constitucional del derecho a la educación, de igual modo se puede accionar por esta vía invocando otros derechos constitucionales que se verán afectados en una violación del derecho a la educación. La interdependencia de los derechos humanos nos muestra claramente que la citada vulneración entraña también la violación del derecho a la igualdad, a la honra de la persona en términos de su autoimagen, a la integridad psíquica, a la identidad personal, a la dignidad, a su autonomía y libertad decisional, entre otros. La revisión de algunos casos de frecuente ocurrencia colocan de manifiesto estos aspectos⁵¹.

Por otra parte, los ordenamientos jurídicos suelen tener legislación especial referida a educación, como también normativas relacionadas a distintos sectores de la población (ejemplos: niño, mujer, pueblos indígenas, personas con discapacidad, personas migrantes, entre otros).

48 Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Educación, op.cit.

49 Ibid.

50 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 9: La aplicación interna del Pacto (Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales 19° período de sesiones. 1998. Documento HRI/GEN/1/Rev.6. Párrafo 9).

51 Ver anexo "Casos".

Estas regulaciones pueden establecer acciones judiciales y/o administrativas, que podrán ser interpuestas en casos de vulneración del derecho a la educación.

A su vez, cuando las legislaciones internas tipifican la figura de la discriminación, también se podrá accionar por las vías allí contempladas, en los diversos casos de violación del mencionado derecho.

No obstante, como se ha señalado, es plausible considerar dentro del ámbito de la justiciabilidad, la interposición de otros recursos no judiciales. Estos pudieren concebirse en la esfera de las defensorías del pueblo y comisiones protectoras de derechos, entre otras, siempre –como se ha dicho– bajo condición de ser recursos accesibles, no onerosos, rápidos, eficaces y sujetos a revisión.

Desde otro ángulo, en el mundo contemporáneo los derechos humanos no solo se pueden visibilizar y hacer valer en el plano interno de los Estados. Los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas permiten la presentación de comunicaciones de individuos o grupos de individuos que hayan visto afectados sus derechos fundamentales, entre ellos la educación, y los demás que se ven lesionados en toda acción u omisión discriminatoria en aquel ámbito. Todos estos órganos de tratados establecen como requisito para abrir un procedimiento de investigación, el agotamiento de los recursos internos en el Estado Parte respecto del cual se reclama.

Así, se explicita para el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵², Comité de los Derechos del Niño⁵³, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁵⁴, Comité de derechos de los Trabajadores Migrantes⁵⁵, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁵⁶ y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵⁷. Estos cuerpos colegiados tienen competencia para examinar los casos que se les presentan por violación a cualquiera de los derechos establecidos en las Convenciones de origen. Todas estas prescriben el derecho a la educación. De forma análoga, el sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos opera a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵⁸, siendo posible llegar a este órgano invocando el derecho a la educación y otros derechos vinculados.

Por lo tanto, si dichos Comités pueden examinar aquellas situaciones de vulneración del derecho a la educación exigiendo agotamiento de los recursos internos, es debido a que se considera como un derecho plenamente justiciable en las realidades nacionales.

Es importante conectar este ejercicio de acciones en el plano interno con menciones específicas que los tratados de derechos humanos hacen respecto a “las garantías del debido proceso” y, más recientemente, la amplia formulación de la CDPD en tono al “acceso a la justicia”⁵⁹. En este último caso, tan profundamente se ha consagrado el principio de la autonomía individual, la libertad de tomar las propias decisiones y el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, que ello fundamenta la admisibilidad de toda comunicación individual o de grupo de individuos presentada al Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, cualquiera sea la condición jurídica que estas personas tengan en su país de origen. Vale decir, aun cuando de acuerdo a la legislación interna se reputa que una persona es incapaz por presentar una discapacidad, estará plenamente habilitada para deducir una comunicación ante el mencionado Comité, incluso con mecanismo de apoyo, si ello fuere necesario⁶⁰.

Esto gravita sustancialmente en la posibilidad de reclamar por vulneraciones del derecho a la educación, que muchas veces afectan a quienes presentan discapacidad.

52 Ver www.ohchr.org/spanish/bodies/cescr

53 Ver www.ohchr.org/spanish/bodies/crc

54 Ver www.ohchr.org/spanish/bodies/cedaw

55 Ver www.ohchr.org/spanish/bodies/cmw

56 Ver www.ohchr.org/spanish/bodies/cerd

57 Ver www.ohchr.org/sp/HRbodies/crpd

58 CADDHH, op.cit, capítulo VII, artículo 46, letra a. Agotamiento recursos internos.

59 CDPD, op.cit. artículo 13: “1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”.

60 Reglamento del Comité CDPD, artículo 60: “1. Con el fin de adoptar una decisión sobre la admisibilidad de una comunicación, en el Comité se aplicarán los criterios establecidos en los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo. 2. Con el fin de adoptar una decisión sobre la admisibilidad de una comunicación, el Comité se aplicarán los criterios establecidos en el artículo 12 de la Convención, reconociendo los autores o la capacidad legal de las víctimas ante la Comisión, independientemente de que dicha capacidad se reconozca en el Estado Parte contra la cual se dirige la comunicación”. En: www.ohchr.org/SPdocs/CRPD.



Si bien el derecho a la educación es materia de políticas públicas y medidas de otra índole, para garantizar su pleno ejercicio se debe considerar que los ciudadanos –en una sociedad democrática– cuentan con la facultad de deducir acciones y recursos judiciales y no judiciales en caso que sus derechos sean vulnerados. Se trata de herramientas legítimas que contribuirán a la solidez de un Estado de derecho pleno. En ocasiones, incluso con una derrota judicial a nivel interno se puede promover una revisión social, política y jurídica de los temas, llevando a los cambios necesarios para el más pleno disfrute de tal derecho.

De igual modo, la llegada de un caso a un Comité de Derechos Humanos internacional, puede generar las directrices, orientaciones y recomendaciones hacia un Estado Parte para la aplicación de la “sana doctrina” en la implementación e interpretación de un derecho fundamental.

En definitiva, la justiciabilidad puede contribuir a subrayar el contenido y sustancia del derecho a la educación en un caso particular. No obstante, dicha justiciabilidad también puede abrir el camino hacia una revisión de las políticas públicas y el funcionamiento del sistema educativo, catalizando las transformaciones facilitadoras de una correcta aplicación del derecho a la educación.

3. CONCLUSIONES

- El marco jurídico internacional permite llegar a la configuración del contenido de la educación como derecho humano, en donde claramente se aprecian diversos aspectos que componen su sustancia.
- El acotamiento del contenido del derecho a la educación permite clarificar los parámetros de su exigibilidad, en términos de *qué* se puede reclamar en caso de vulneraciones.
- Dicha exigibilidad, desde una perspectiva jurídica, se traducirá en la justiciabilidad en términos de la posibilidad de la persona de contar con acciones judiciales y/o administrativas en caso de violación del derecho a la educación.
- En general, los ordenamientos jurídicos internos contemplan acciones constitucionales, legales y/o administrativas, a través de las cuales se puede reclamar sobre la vulneración del derecho a la educación.
- En el ámbito legal pueden haber acciones específicas de leyes sobre educación, leyes referidas a determinados sectores de la población y también acciones legales antidiscriminación.
- Las posibilidades constitucionales y legales deben ser creativamente utilizadas para hacer efectiva la justiciabilidad del derecho a la educación.
- Particularmente, si las cartas fundamentales no otorgasen protección directa del derecho a la educación a través de recursos específicos, la interdependencia de los derechos humanos posibilitará accionar por las vías constitucionales existentes en caso de vulneración del citado derecho, invocando otros derechos relacionados, como: la igualdad, a la honra de la persona, en término de su autoimagen, a la integridad psíquica, a la identidad personal, a la dignidad, a su autonomía y libertad decisional, entre otros.
- Los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas abren la posibilidad de realizar comunicaciones (denuncias) por personas o grupos de personas, cuando se vean afectados los derechos contemplados en las Convenciones de origen. En ellas se encuentra el derecho a la educación. Una de las condiciones de estas comunicaciones es el agotamiento de los recursos internos, por lo que podemos aseverar que para estos órganos de Tratados, el derecho a la educación es plenamente justiciable. Lo propio ocurre con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito regional.
- En definitiva, la justiciabilidad podrá contribuir a subrayar el contenido y sustancia del derecho a la educación, con el significativo impacto en las personas individualmente consideradas en el sistema educativo global, como también en la solidez de un Estado de derecho pleno.



4. BIBLIOGRAFÍA

- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1998), observación General n° 9: La aplicación interna del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 19° Período de sesiones.
- Comité sobre los Derechos del Niño (2009). Comentario general del Artículo 12. Quincuagésimo primer período de sesiones.
- Farith, S. (2008). "La institucionalidad efectiva y la garantía de los derechos: algunos apuntes desde la experiencia regional". Ponencia efectuada en el Foro permanente por la niñez y la adolescencia, El Salvador.
- Kymlicka, W. (1995). *Ciudadanía Multicultural*. Editorial Paidós, Barcelona, España.
- Ministerio de Educación de Chile (2004). Informe de la comisión de expertos, Nueva perspectiva y visión de la educación especial. Santiago, Chile.
- OEA (1988). Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".
- OEA (1999). Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas Portadoras de Deficiencia.
- OIT (1989). Convenio N° 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.
- ONU (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- ONU (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- ONU (1969). Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.
- ONU (1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- ONU (1989). Convención sobre los Derechos del Niño.
- ONU (1990). Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias.
- ONU (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- ONU (2006). El derecho a la educación de las personas con discapacidades. Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Educación.
- UNESCO (1960). Convención Relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la Enseñanza.
- UNESCO (1994). Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales: Acceso y Calidad. Salamanca, España.
- UNESCO (2000). Marco de Acción de Dakar. Educación para Todos: cumplir nuestros compromisos.
- UNESCO (2005). Informe de seguimiento de la educación para todo el mundo. Nueva York, EE.UU.

- UNESCO (2007). Educación de calidad para todos: un asunto de derechos humano.
- UNESCO (2008). Conferencia Internacional de Educación CIE: La Educación Inclusiva: El camino hacia el futuro.
- UNESCO (2009). Directrices sobre políticas de Inclusión en la Educación. Francia.



ANEXO: CASOS

Caso 1

Una niña de trece años que cursaba el octavo básico sufría acoso de sus compañeras del liceo y recibía constantes agresiones verbales y físicas, porque era de ascendencia indígena. Los días en que estuvo en el colegio fueron muy difíciles. Estos incidentes habrían provocado un estado de depresión en la niña, quien terminó con su vida. El colegio alegó que no tenía responsabilidad en los hechos, ya que no podían vigilar las relaciones entre las niñas del plantel, ni sus comunicaciones virtuales, pues no estaba dentro de sus competencias ocuparse de aspectos que no eran tan visibles en las relaciones de las estudiantes. <http://teletrece.canal13.cl/t13/html/Noticias/Chile/285498Ipagina2.html>

Caso 2

A un niño de 12 años con síndrome de Asperger –condición que se traduce en dificultad para relacionarse con sus pares, pero sin afectar el coeficiente intelectual– no se le permitió ingresar a sexto básico, en ninguno de los establecimientos educacionales existentes en la región donde vivían. La madre manifestó que se trató de una clara señal de segregación que afectó la posibilidad de educar a su hijo. Finalmente, los padres decidieron viajar a la capital en búsqueda de una escuela para su hijo. http://www.elsur.cl/edicion_hoy/secciones/articulo .

Caso 3

Una niña de nueve años que vive con VIH no asistió a la escuela durante tres años, desde que se promovió su retiro por presiones de maestras y apoderados. Ninguna escuela de la región en que vivía la aceptó en sus aulas. Los profesores no promovieron una mejor interacción entre los niños e incluso le dijeron que podía quedarse en su casa y enviar las pruebas respondidas, a través de sus padres o por correo electrónico. La niña se sintió gravemente afectada porque perdió el contacto con las compañeras de su edad, y no quiso volver al colegio con niños menores para evitar futuras burlas. Ella conversó con sus padres y prefirió quedarse en su casa ante la posibilidad de sufrir nuevamente un proceso como el vivido en la escuela, con sus compañeros y maestros. <http://www.adital.com.br/site/noticia2.asp?lang=ES&cod=11207>

Caso 4

Una niña a punto de terminar el octavo básico avisó en su colegio que estaba embarazada. El establecimiento le recomendó que siguiera estudiando desde su casa, pudiendo dar los exámenes en otro horario fuera de clases, puesto que para el colegio no era bueno que la gente viera a una alumna embarazada. Se debía “cuidar el prestigio del plantel”. Por tal motivo, ella se cambió a otro establecimiento que contaba con sala cuna gratuita y al que asistían adolescentes embarazadas y madres. No obstante, la niña siempre sintió ciertas formas de segregación social. Por ejemplo, en invierno, estaba lloviendo, iba con su hijo y su mochila, subió a un bus y el chofer no aceptó que pagara pasaje escolar, tuvo que bajarse y que esperar que otro bus la llevara. http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20051122/pags/2005112211315.htm

Caso 5

Una niña de 9 años comenzó a sufrir agresiones físicas y verbales por parte de sus compañeros cuando declaró que era gitana. A pesar de que el establecimiento puso en marcha algunas medidas para solucionar el problema, señalaron que no podían establecer sanciones a los otros alumnos por tratarse de una “cosa de niños” y que no deseaban hacer preferencias para unos pocos. Otro argumento que esgrimió el plantel fue que no se podía estar vigilando constantemente a los niños, ya que la defensa de sus intereses debía ser parte del desarrollo de su personalidad y que no había funcionarios suficientes para estar fiscalizando todo el tiempo, por lo que era imposible evitar que se produjera alguna de estas situaciones. La familia, al no obtener soluciones y ver que la situación de acoso continuaba, solicitó el traslado por expreso deseo de la niña, que se encontraba muy afectada. www.gitanos.com/publicaciones/discriminacion06

Caso 6

A un niño de siete años, que presenta displasia esquelética, se le negó la matrícula en un colegio particular subvencionado. La percepción de sus padres es que el niño fue rechazado por su apariencia física, que es distinta al resto de los niños de su edad (baja estatura). Cuando el padre fue a conocer el colegio, le entregaron materiales y todo lo necesario para la matrícula, pero cuando volvió con su hijo, al verlo los directivos se produjo el rechazo. La inesperada determinación de quienes dirigían el plantel provocó en el niño una severa crisis psicológica, debiendo ir a tratamiento especializado. Días antes, el niño había ido a conocer el que sería su futuro colegio. Estuvo en la sala de clases. Tenía en su mente la idea de ser un alumno de primer año básico de ese plantel. El niño, dada su hiperactividad, requiere para su normal desarrollo intelectual estar en una sala de clases con no más de 30 alumnos. El plantel que finalmente lo acogió, en todos los cursos tienen más de 45.

<http://www.lacuarta.cl/diario/2002/04/28>

Caso 7

Un niño de 7 años presenta déficit atencional con hiperactividad asociada, producto de la contaminación con plomo en la ciudad de residencia, desencadenándole secuelas irreparables en su sistema nervioso central. Él fue expulsado de dos jardines infantiles por mal comportamiento. Desde los 4 años se encuentra en tratamiento con una neuróloga, quien le diagnosticó la enfermedad. El establecimiento donde estudiaba el niño sugirió a la madre cambiarlo a un colegio más personalizado y con una psicopedagoga que pudiera ayudarlo en su tratamiento. Es así que el niño ingresó a un nuevo colegio, que contaba con una psicopedagoga. No obstante, volvió a tener problemas. Se le indicó a la madre que el comportamiento del niño ya pasaba de lo normal y que el tratamiento no estaba dando resultados. El plantel le dio dos alternativas: 1. Retirarlo y que se quedara en la casa, dando exámenes libres a fin de año; y 2. recibir las notas del semestre, el informe de personalidad y llevarlo a otro establecimiento, ya que el actuar agresivo y desobediente del niño desprestigiaba al colegio. El interés de la madre es que su hijo pueda ser integrado a un plantel regular sin ser discriminado ni sacado de su actividad normal.

Fuente: Programa Jurídico sobre discapacidad /MSCisternas, UDP, 2000 – 2008.

Caso 8

Una niña de 17 años que presenta espina bífida terminó la enseñanza básica en un colegio de la capital, sin que se registrara mayores dificultades en su proceso educativo. Con posterioridad, ella y su familia se trasladaron a otra ciudad. Al comenzar su enseñanza media su rendimiento bajó debido a su estado de salud, que requería de nuevas cirugías y tratamientos. La dirección del colegio le comunicó a la madre que la niña no podría continuar su educación en ese plantel. Le dijeron que en las pruebas de selección universitaria, la niña “bajaría el promedio del colegio”, siendo este un plantel de alto rendimiento. Por lo mismo no podía aparecer vinculada a dicho establecimiento.

Fuente: Programa Jurídico sobre discapacidad /MSCisternas, UDP, 2000 – 2008.

Caso 9

Un alumno con epilepsia cursa en la universidad el cuarto año de la carrera de Educación Musical, la que le ha dado un aporte significativo en el desarrollo de sus capacidades motoras. En su oportunidad, tomó el curso de folclore, el cual reprobó porque no podía bailar igual que los demás, debido a que los medicamentos que tomaba afectaban su motricidad fina y el estrés perjudicaba aún más su salud, pudiéndolo llevar a situaciones de crisis. Todo ello se comprobó a través de certificados médicos. No obstante, la Secretaría de Estudios le dijo que debía tomar nuevamente el ramo, el que volvió a reprobó. Por tal motivo, presentó nuevamente sus certificados y solicitudes de adecuaciones curriculares para que se diera una solución más acorde a su condición o que se rebajara la asignatura. Argumentó que podían ser trabajos que reemplazaran el baile, y además que no todos los profesores de música bailaban en la práctica. La universidad no respondió a sus peticiones, figurando el alumno para “eliminación”.

Fuente: Programa Jurídico sobre discapacidad /MSCisternas, UDP, 2000 – 2008.