



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DOCTORADO

**EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL ALUMNO EN EL
CONTEXTO DE LA RELACIÓN EDUCACIONAL**

ALFONSO HENRIQUEZ RAMIREZ

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

Profesor Guía:

Dr. Claudio Nash Rojas

Santiago de Chile, agosto de 2017

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, agradezco el apoyo que me otorgó la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT), esta tesis no hubiese sido posible sin él. En segundo lugar, agradezco la oportunidad que me dio el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile para poder llevar a cabo mi investigación, la ayuda que me brindaron en su momento mis compañeros de promoción, y lo siempre oportunos comentarios de mi profesor guía, el Dr. Claudio Nash Rojas. En tercer lugar, agradezco a los directivos y profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, mi *alma máter*, y en particular, a mis colegas del Departamento de Historia y Filosofía del Derecho. Ellos me dieron todas las facilidades para poder completar este trabajo. Por último, y de manera especial, agradezco a mi esposa Antonieta, y a mis queridos hijos Julián y Antito, sin su amor y comprensión, este trabajo nunca hubiese visto la luz.

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
Resumen	7
Introducción	8
1.- Consideraciones generales acerca de los derechos sociales	8
2.- Planteamiento del problema y propuesta de solución	10
3.- Hipótesis	11
4.- Discusión metodológica	12
4.1.- Objetivo general	12
4.2.- Objetivos específicos	12
4.5.- Metodología	13
5.- Plan de la tesis	14
Sección I	
Estándares internacionales relativos a la protección del derecho a la educación	16
Capítulo I	
La protección del derecho a la educación en el derecho internacional de los derechos humanos	16
1.- Objetivo	16
2.- Introducción	16
3.- La obligación de garantizar la asequibilidad de la educación	19
3.1.- La obligación de garantizar la disponibilidad de centros de enseñanza	20
3.2.- La obligación de otorgar prioridad al gasto en educación	22
3.3.- La obligación de contar con personal docente idóneo e infraestructura adecuada	27
3.4.- La obligación de respetar la libertad de los particulares de crear centros de enseñanza	30
4.- La obligación de garantizar la accesibilidad de la educación	33
4.1.- La obligación de fomentar el acceso a la educación infantil	34
4.2.- La obligación de garantizar que la enseñanza primaria sea obligatoria y gratuita	35
4.3.- La obligación de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la enseñanza secundaria y superior	38
4.4.- La obligación de garantizar la entrega de becas y ayudas económicas	40
4.5.- La obligación de fomentar la educación para adultos y el aprendizaje a lo largo de toda la vida	42
4.6.- La obligación de garantizar la no discriminación en el acceso a la educación	43
4.7.- La obligación de garantizar la accesibilidad material	49
4.8.- La obligación de respetar la libertad de elección del centro de enseñanza	50
5.- La obligación de garantizar la aceptabilidad de la educación	53
5.1.- La obligación de garantizar que los contenidos de la educación persigan ciertos fines	53
5.2.- La obligación de establecer normas mínimas en materia de enseñanza	62
5.3.- La obligación de garantizar que la educación se imparta	

de un modo acorde con la dignidad del alumno	64
6.- La obligación de garantizar la adaptabilidad de la educación	65
6.1.- La obligación de fomentar la asistencia regular a la escuela	66
6.2.- La obligación de garantizar la adaptabilidad de la educación en relación a las personas con discapacidad y a los pueblos indígenas	68
6.3.- La obligación de garantizar que la enseñanza se imparta en una lengua que sea comprensible para el alumno	71
7.- Conclusiones	72
Sección II	
La tutela del derecho a la educación en la jurisprudencia comparada	75
Capítulo II	
La protección del derecho a la educación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	75
1.- Objetivos	75
2.- Introducción	75
3.- La protección del derecho a la educación en relación con el deber de Estado de garantizar la existencia de centros de enseñanza	77
3.1.-La disponibilidad de centros y las obligaciones positivas del Estado	77
4.- La protección del derecho a la educación por medio de la garantía del acceso a la enseñanza	82
4.1.-El derecho de los padres para poder educar a sus hijos en su propio hogar	83
4.2.- El acceso a la educación en relación a ciertos grupos étnicos y la obligación del Estado de garantizar el respeto al principio de no discriminación	88
4.3.-La discriminación en el acceso a la educación respecto de los alumnos migrantes	94
4.4.-El acceso a la educación universitaria: el problema de los criterios de admisión	100
5.- La protección del derecho a la educación en el contexto de la obligación del Estado de garantizar la aceptabilidad de la enseñanza	108
5.1.- El derecho a recibir una educación objetiva, crítica y pluralista	109
5.2.- El ejercicio de la potestad disciplinaria y el respeto a las convicciones filosóficas de los padres	119
6.- La protección del derecho a la educación a través de la obligación del Estado de garantizar la adaptabilidad de la enseñanza	126
6.1.- El derecho a que la educación se imparta en una lengua comprensible para el alumno	127
6.2.- El derecho a la educación respecto de personas con necesidades especiales	133
6.3.- La existencia de símbolos religiosos dentro del sistema público de educación	135
7.- Conclusiones	141
Capítulo III	
La protección del derecho a la educación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	146
1.- Objetivos	146
2.- Introducción	146
3.- Marco normativo	147
4.- Estrategias generales para exigir el cumplimiento de la obligación	

de asegurar el derecho a la educación con base en la Convención	152
4.1.- La protección directa del derecho a la educación	153
4.1.1.- La protección del derecho a la educación, en relación con la obligación de desarrollo progresivo contenida en el art. 26	153
4.1.2.- La protección del derecho a la educación, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos contenidos en el art. 26	157
5.2.- La protección indirecta del derecho a la educación	160
6.- Estándares jurisprudenciales relativos a la protección del derecho a la educación en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos	162
6.1.- La obligación de garantizar la disponibilidad de la enseñanza como parte del contenido del derecho a la vida digna	162
6.2.- La obligación de garantizar la no discriminación en el acceso a la enseñanza	175
6.3.- La obligación de garantizar la adaptabilidad de la enseñanza en relación con el derecho a la educación de los alumnos con VIH	180
7.- Conclusiones	187

Capítulo IV

La protección del derecho a la educación

en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

	191
1.- Objetivos	191
2.- Introducción	191
3.- La obligación del Estado de garantizar el adecuado cubrimiento del servicio educativo	196
3.1.- La vulneración del derecho a la educación por falta de personal docente	196
4.- La obligación del Estado de asegurar el acceso a la educación en condiciones de igualdad	202
4.1 La obligación de respetar el principio de no discriminación en el acceso a los centros de enseñanza	203
4.2.- La accesibilidad económica como parte del contenido esencial del derecho a la educación	209
5.- El derecho a que la educación satisfaga un cierto estándar de aceptabilidad	213
5.1.- La falta de personal docente y su relación con la obligación de asegurar la calidad de la enseñanza	213
5.2.- Los derechos fundamentales del alumno como límite al ejercicio de la potestad disciplinaria	219
6.- El deber de efectuar adecuaciones curriculares y académicas como parte de la obligación del Estado de garantizar el disfrute efectivo del derecho a la educación	232
6.1 El derecho a la educación de las personas con discapacidad	232
7.- Conclusiones	241

Sección III

La tutela del derecho a la educación en la jurisprudencia de los tribunales chilenos

	244
1.- Introducción	244

Capítulo V

La protección del derecho a la educación en el contexto del acceso a la enseñanza

	253
1.- Objetivos	253

2.- El acceso a la educación en relación con los criterios de selección que establecen los centros privados	253
3.- La obligación del Estado de garantizar la accesibilidad económica	285
4.- El derecho a acceder a la educación universitaria en condiciones de igualdad	298
5.- La accesibilidad económica en el contexto del acceso a la educación superior	302
6.- Conclusiones	307
Capítulo VI	
La exigibilidad del derecho a recibir una educación aceptable y que se adapte a las necesidades del educando	309
1.- Objetivos	309
2.- El deber del Estado de garantizar los derechos fundamentales del educando durante el desarrollo de su proceso formativo	309
3.- El derecho a recibir una educación objetiva, crítica y pluralista	327
4.- El derecho a disfrutar de los beneficios de la educación que se reciba	332
5.- La protección del derecho a que la enseñanza se adapte a las necesidades del alumno	334
6.- Conclusiones	343
Sección IV	
El principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional	346
Capítulo VII	
Configuración del principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional y directrices para su aplicación	346
1.- Objetivos	346
2.- Introducción	346
3.- Delimitación conceptual del principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional	348
3.1.- Argumento evolutivo	352
3.2.- Interpretación sistemática interna	362
3.3.- Interpretación sistemática externa	372
3.4.- El derecho comparado como argumento a favor de la existencia del principio de protección del alumno	378
4.- Estructura, función y características del principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional	389
5.- Directrices generales para la aplicación del principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional	396
5.1.- Ámbito de aplicación del principio de protección del alumno	396
5.2.- Alegación del principio de protección del alumno por parte de los sujetos a quienes beneficia	397
5.3.- Aplicación del principio de protección del alumno por parte de los Tribunales de Justicia	399
5.4.- Una relectura de la sentencia Rol N° 1009-2014 de la Corte de Apelaciones de Concepción a la luz del principio de protección del alumno	408
6.- Conclusiones	414
Conclusiones generales	418
Bibliografía	424

1.- Libros, Revistas, Documentos	424
2.- Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos	442
3.- Sentencias Tribunal de Justicia de la Unión Europea	444
4.- Sentencias Comité Europeo de Derechos Sociales	444
5.- Decisiones Comisión Europea de Derechos Humanos	444
6.- Sentencias Corte Interamericana de Derechos Humanos	444
7.- Sentencias Corte Constitucional de Colombia	445
8.- Sentencias Tribunal Constitucional de Chile, Corte Suprema y Cortes de Apelaciones	445

RESUMEN

La jurisprudencia nacional se caracteriza por razonar en base a la idea que la libertad de enseñanza, equivale simplemente a libertad para contratar, privilegiando así los intereses de los sostenedores, en desmedro de la protección efectiva de los derechos de los estudiantes, quedando estos en una posición subordinada o de segundo orden.

En este sentido, nuestra hipótesis de trabajo será la siguiente:

a) Que, la aplicación de la normativa internacional, junto con el estudio del derecho comparado relativo al derecho a la educación, permiten una mejor protección de los derechos fundamentales de los estudiantes.

b) Que, esta mejor protección se funda en la existencia de un principio, el cual denominamos principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional, el cual se basa tanto en fuentes de derecho internacional, como de derecho comparado.

c) Que, para alcanzar dicho objetivo, este estándar establece que el intérprete debe dar prioridad, en caso de conflicto, al aseguramiento de los derechos de los educandos.

INTRODUCCION

1.- Consideraciones generales acerca de los derechos sociales

Siguiendo una clasificación tradicional, basada en si al Estado le corresponden obligaciones negativas o de abstención, o positivas o de prestación, distinguiremos entre derechos de defensa y derechos sociales prestacionales. Constituyen derechos de defensa, aquellos encargados de “preservar de la intervención estatal una serie de posiciones, situaciones y actuaciones consideradas de primordial importancia o especialmente vulnerables”¹, mientras que derechos sociales prestacionales, son todos los que “suponen una acción positiva de los poderes públicos y, excepcionalmente, de los particulares, para la satisfacción de necesidades básicas que no pueden ser resueltas con la propia fuerza del afectado, impidiendo el desarrollo moral y de los planes de vida de la persona”². Entre los segundos, encontramos entre otros, el derecho a la seguridad social, al trabajo, a la salud y desde luego aquel que será objeto del presente proyecto, el derecho a la educación.

Sin embargo, a pesar que dicha clasificación destaca sus diferencias estructurales, ella no nos autoriza a concluir que se trata de derechos radicalmente distintos. En efecto, en la Declaración Universal de Derechos Humanos se recogen tanto derechos de defensa como de prestación, sin que ella establezca divisiones o categorías que lleven a pensar en derechos de naturaleza diferente. La razón de ello descansa en el

¹ ESCOBAR ROCA, Guillermo. Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. Pamplona, Aranzadi, 2012. p. 494.

² NOGUEIRA ALCALÁ, Roberto. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. México D.F, UNAM, 2003. p. 63.

carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos, el cual deriva de la propia indivisibilidad de la dignidad humana en tanto todos los derechos contribuyen efectivamente a su promoción³. Dicho carácter, trae tres consecuencias en torno a las cuales la doctrina a la cual adherimos, se encuentra conteste: los derechos humanos, sean de defensa o de prestación, constituyen en su conjunto derechos de igual importancia y jerarquía; deben interpretarse y reforzarse recíprocamente y por último, tanto unos como otros deben ser igualmente efectivos⁴.

En efecto, y en relación a nuestro derecho, Peña sostiene que existe una tendencia al interior del Tribunal Constitucional: “que permite confirmar que efectivamente se ha producido un vuelvo en el reconocimiento y garantía de los derechos sociales que, como el derecho a la protección de la salud, se encuentra expresamente asegurado a todas las personas por la Constitución”⁵. Igualmente, autoras como Zúñiga, han entendido que tanto de la jurisprudencia de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional se puede colegir el reconocimiento que los derechos sociales

³ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. E. Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración? Anuario de Filosofía del Derecho. XIV: 1996. p. 694. ESCOBAR ROCA, Guillermo. Indivisibilidad y derechos sociales. De la declaración universal a la Constitución. Revista jurídica de los derechos sociales. 2: 2012. p. 52. Este aspecto es recogido de forma clara en la Declaración de Teherán al afirmar que “los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, resultando imposible el disfrute completo de los derechos civiles y políticos sin el de los derechos económicos, sociales y culturales”, como en la Declaración de Viena cuando expresa que “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.

⁴ ESCOBAR ROCA, Guillermo. Indivisibilidad y derechos sociales. *Op. Cit.* p. 52. ABRAMOVICH, V. COURTIS, C. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta, 2002. PISARELLO, Gerardo. Del Estado social legislativo al Estado social constitucional. Isonomía. 15: 2001. PISARELLO Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid, Trotta, 2007. GARCIA SHWARZ, Rodrigo. Derechos sociales: imprescindibilidad y garantías. Pamplona, Aranzadi, 2011. PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La positividad de los derechos sociales: un enfoque desde la filosofía del derecho. Derechos y Libertades. 14(2): 2006. p. 165 y ss. HOLMES, S., SUNSTEIN, C. El costo de los derechos, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

⁵ PEÑA TORRES, Marisol. Aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales por el Tribunal Constitucional chileno. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (ed.) Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Doctrina y Jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú. Santiago, Librotecnia, 2010. p.317.

son verdaderos derechos, así “la nueva doctrina (...) ha cuestionado la relación entre el Estado y la economía y, en especial, las obligaciones que el texto constitucional genera en el órgano público, con independencia de lo que puedan o quieran hacer los particulares bajo el prisma del llamado principio de subsidiaridad”⁶. En la misma lógica, Jordán ha argumentado que nuestra Constitución, “utiliza un criterio de asimilación entre derechos constitucionales y derechos fundamentales, no estableciendo diferencias entre los derechos fundamentales”⁷.

De esta forma, y para los efectos de nuestra investigación, partimos de la base que los derechos sociales, tales como el derecho a la educación, son verdaderos derechos fundamentales, y que por tanto, deben ser objeto de tutela por parte de los tribunales de justicia.

2.- Planteamiento del problema y propuesta de solución

La jurisprudencia chilena en materia de educación presenta dos falencias importantes. En primer lugar, los tribunales nacionales suelen razonar en torno a la idea que la libertad de enseñanza, equivale simplemente a libertad para contratar, de manera que los sostenedores tienen un amplio margen de discrecionalidad para poder establecer los requisitos de admisión, aplicar castigos, o expulsar estudiantes. En segundo lugar, y a consecuencia de lo anterior, la protección de los derechos los alumnos, quienes por lo

⁶ ZUÑIGA, Alejandra. Las teorías de la justicia detrás de nuestra Constitución. El caso de los derechos sociales. En: AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (Ed.). Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno. Santiago, Librotecnia, 2012. p. 57.

⁷ JORDAN, Tomás. La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución chilena. Revista de Estudios Constitucionales. 5(2):2007, p. 202.

demás, constituyen los principales actores del proceso formativo, pasa a ocupar un lugar de segundo orden, quedando subordinada al aseguramiento de los intereses de los titulares de la libertad de enseñanza.

Este problema es relevante, entre otras razones, porque la educación constituye un derecho fundamental, cuyo goce resulta determinante para que el sujeto pueda desarrollar su plan de vida, perseguir sus propios objetivos, y ejercer el conjunto de sus garantías fundamentales. En este sentido, nosotros nos preguntamos si es posible identificar a partir del contenido de las obligaciones que asume el Estado en virtud de sus compromisos internacionales, y del estudio de la jurisprudencia comparada, un principio o conjunto de estándares, que sean compatibles con el derecho chileno, y que permitan orientar la labor de los tribunales, hacia la maximización de los derechos fundamentales de los estudiantes.

A este respecto, vamos a demostrar que existe un principio que permite cumplir con esta función, el cual denominaremos principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional, de acuerdo con el cual, los poderes públicos deben dar prioridad a la protección de los derechos del alumno en el evento que estos entren en conflicto con las garantías que el ordenamiento jurídico les reconoce al resto de los sujetos que integran la comunidad educativa.

3.- Hipótesis

Esta tesis va a demostrar:

- a) Que, la aplicación de la normativa internacional, junto con el estudio del derecho comparado relativo al derecho a la educación, permiten una mejor protección de los derechos fundamentales de los estudiantes.
- b) Que, esta mejor protección se funda en la existencia de un principio, denominado principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional, el cual se basa tanto en fuentes de derecho internacional, como de derecho comparado.
- c) Que, para alcanzar dicho objetivo, este estándar establece que el intérprete debe dar prioridad, en caso de conflicto, al aseguramiento de los derechos de los educandos.

4.- Discusión metodológica

4.1.- Objetivo general

Fundamentar que a partir de la aplicación de la normativa internacional y del estudio derecho comparado, se puede inferir la existencia de un principio, denominado principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional, el cual establece que el intérprete tiene el deber de dar prioridad, en caso de conflicto, al aseguramiento de los derechos de los educandos

4.2.- Objetivos específicos

-Identificar las principales obligaciones internacionales que asume el Estado con el fin de garantizar el derecho a la educación.

-Determinar los estándares conceptuales más relevantes que ha desarrollado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el objeto de asegurar el pleno ejercicio del derecho a la educación.

-Identificar los principales estándares jurisprudenciales que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el contexto de su competencia contenciosa, con el fin de asegurar el pleno ejercicio del derecho a la educación.

-Analizar los principios más relevantes que ha utilizado la Corte Constitucional de Colombia, relativos a la protección del derecho a la educación.

-Analizar críticamente los estándares que ha desarrollado la jurisprudencia chilena en relación al acceso a la educación.

- Identificar las principales líneas jurisprudenciales que se han desarrollado en nuestro país en el ámbito de la aceptabilidad y la adaptabilidad de la enseñanza.

- Demostrar la existencia del principio de protección del alumno, definir su estructura y sus funciones más relevantes, y establecer las directrices generales que debe seguir el intérprete para su correcta aplicación.

4.5.- Metodología

En primer lugar, utilizaremos el método dogmático. Este nos permitirá precisar el contenido de las obligaciones que ha asumido el Estado con el objeto de asegurar el derecho a la educación. En segundo lugar, recurriremos al método jurisprudencial. En

este sentido, estudiaremos la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Constitucional de Colombia, del Tribunal Constitucional de Chile, de la Corte Suprema de Chile y de las Cortes de Apelaciones. Finalmente, haremos uso del método analítico, el cual nos permitirá poner en relación tanto el derecho internacional, como la jurisprudencia nacional y comparada, a fin de justificar nuestra hipótesis de trabajo.

5.- Plan de la tesis

Nuestro trabajo estará dividido en cuatro secciones y siete capítulos. La primera sección, comprenderá el capítulo relativo al estudio de las obligaciones que tiene el Estado en materia educacional. La segunda sección, estará dedicada al análisis de la jurisprudencia comparada. Este apartado comprenderá tres capítulos, los cuales estarán dirigidos a estudiar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la Corte Constitucional de Colombia respectivamente. La tercera sección, estará reservada al análisis crítico de la jurisprudencia chilena sobre educación. A su vez, esta sección estará integrada por dos capítulos. El primero, versará sobre los problemas relativos al acceso a la enseñanza, mientras que el segundo, lo hará acerca de la obligación que ha asumido el Estado en orden a garantizar la aceptabilidad y adaptabilidad de la educación. Finalmente, en la cuarta sección, la cual comprende un solo capítulo, demostraremos la existencia del principio de protección del alumno, definiremos su estructura y sus funciones más relevantes, y estableceremos las directrices generales que debe seguir el intérprete para

su correcta aplicación. Por último, reservaremos un apartado con el fin de exponer las principales conclusiones de nuestro trabajo.

SECCIÓN I

ESTÁNDARES INTERNACIONALES RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

CAPÍTULO I

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.- Objetivo

La finalidad que nos proponemos alcanzar con este capítulo, consiste en identificar las principales obligaciones internacionales que asume el Estado con el objeto de garantizar el derecho a la educación. Los tratados y declaraciones sobre derechos humanos delimitan los estándares básicos aplicables a todos los ciudadanos, de tal manera que su estudio resulta necesario para valorar el actuar del Estado y la pertinencia e idoneidad de sus decisiones.

2.- Introducción

Para autores como García Manrique, a cuya propuesta nos adherimos, la libertad puede ser entendida como “la capacidad de un individuo para elegir y llevar a cabo un plan de vida que pueda ser considerado satisfactorio por él y por los demás; es decir, la

libertad es la capacidad para la autonomía”⁸. Este concepto de libertad supone el rechazo de la premisa que caracteriza al primer constitucionalismo, de acuerdo con la cual, basta con garantizar la libertad formal y el aseguramiento de derechos puramente negativos para que cada sujeto pueda alcanzar su bienestar⁹. En efecto, y como comenta Grimm, los derechos fundamentales entendidos como derechos preferentemente de abstención, solo conducen a la justicia en condiciones sociales de equilibrio de fuerza, en caso contrario, la libertad formalmente igual para todos se transforma de facto, en el derecho del más fuerte¹⁰. Debido a esta circunstancia, y dado que por regla general el individuo es incapaz de satisfacer por sí mismo o con la ayuda de su entorno social inmediato sus necesidades más básicas, el Estado deba asegurar a todos un mínimo de bienestar¹¹. Este deber general de protección se justifica, en razón que los bienes que cautelan garantías como la educación, la salud, la seguridad social o el trabajo, constituyen los requisitos para que las personas puedan desarrollar su plan de vida, de tal forma que nadie se encuentra legitimado para privar a otros del acceso a su disfrute, sin violar al mismo tiempo las condiciones que posibilitan el logro de sus objetivos¹².

⁸ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. Libertad. En: ESCOBAR ROCA, Guillermo (ed.). Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. Pamplona, Aranzadi, 2012. pp. 321 y ss.

⁹ CARBONELL, Miguel. Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. Revista de Estudios Constitucionales, 6 (2): 2008. p. 50.

¹⁰ GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Trotta, Madrid, 2006. pp. 162-163. En el mismo sentido: BOKENFORDE, Ernst. Escritos sobre derechos fundamentales. Baden-Baden, Nomos, 1993. pp. 89 y ss. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008. pp. 446 y ss. Una postura contraria a la consideración de los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales, puede verse en: SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial, 1996. p. 174.

¹¹ CARBONELL, Miguel. Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. *Op. Cit.*, p. 46.

¹² GARZON VALDES, Ernesto. Los deberes positivos generales y su fundamentación. *Doxa*, 3:1986. p. 32. AÑON ROIG, María José. Derechos Humanos y Obligaciones Positiva. En: BERNUZ BENÉITEZ, María José, CALVO GARCIA, Manuel (eds.). La eficacia de los derechos sociales. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013. p. 46.

De acuerdo con estas ideas, la educación se presenta como una exigencia de la libertad, en atención que a través del proceso formativo, el sujeto aprende a razonar y argumentar correctamente, a reflexionar de manera crítica e informada sobre su persona, a comprender su entorno, a evaluar los distintos estilos de vida que ofrece la sociedad, a formarse su propia concepción del bien¹³, y en general, a conocer y a ejercer el resto de sus derechos humanos¹⁴.

¹³ RABIN, Yoram. The Many Faces of the Right to Education. En: BARAK-EREZ Daphne, GROSS, Aeyal (eds.) Exploring social rights, between theory and practice. Oxford, Hart Publishing, 2008. p. 269. NUSSBAUM, Martha, El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal. Paidós, Barcelona, 2005. p. 50. NUSSBAUM, Martha, Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano. Paidós, Barcelona, 2012. p. 53. McCOWAN, Tristan. Education as a Human Right. London, Bloomsbury Academic, 2013, pp. 63 y ss. BRIGHOUSE, Harry. Moral and Political aspects of education. En: SIEGEL, Harvey. The Oxford Handbook of Philosophy of Education. Oxford, Oxford Handbooks Online, 2009. p. 36. CORNGOLD, Josh. Misplaced Priorities: Gutmann's Democratic Theory, Children's Autonomy, and Sex Education Policy. Studies in Philosophy and Education. 30: 2011. pp. 71 y ss. HODGSON, Douglas Charles. The Role and Purposes of Public Schools and Religious Fundamentalism: An International Human Rights Law Perspective. Forum on Public Policy: A Journal of the Oxford Round Table. 1: 2012. p. 7. Para el CDESC "la importancia [de la educación] no es únicamente práctica, pues disponer de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana". COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13 El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto),E/C.12/1999/10, 1999. párr. 1.

¹⁴ Las palabras de Tomasevski son elocuentes: "Muchos derechos individuales, especialmente los asociados al empleo y la seguridad social, están fuera del alcance de quienes han sido privados de educación. La educación es un multiplicador que aumenta el disfrute de todos los derechos y libertades individuales cuando el derecho a la educación está efectivamente garantizado, y priva a las poblaciones del disfrute de muchos derechos y libertades cuando se niega o viola ese derecho. Sin educación no hay acceso al empleo. Un nivel educativo inferior disminuye habitualmente las perspectivas de carrera. Los salarios bajos afectan negativamente a la seguridad en la vejez. La negación del derecho a la educación provoca la exclusión del mercado laboral y la marginación en el sector no estructurado, junto con la exclusión de los sistemas de seguridad social derivada de la previa exclusión del mercado laboral". TOMASEVSKI. Katarina. Contenido y vigencia del derecho a la educación. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 2003. p. 1. Un argumento similar en: CHACON MATA. Alfonso. Contenido y alcance del derecho a la educación en el ámbito internacional. Actualidades Investigativas en Educación. v. 7 (2): 2007. p. 7. Lo anterior, también encuentra respaldo en la doctrina del CDESC "La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual". COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 1. Sin embargo, en este punto existe un problema. En efecto, para algunos autores, dicha función no puede ser la base que permita justificar el reconocimiento de un derecho a la educación. La razón que se esgrime, reside en que en este caso, el vínculo entre educación y derechos humanos es simplemente accesorio o accidental, de tal modo, que si el sujeto pudiera alcanzar el goce de sus derechos por otras vías, la educación no sería necesaria. A nosotros nos parece que se trata de un argumento cuestionable, en atención al principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Una crítica en este sentido se puede ver: McCOWAN, Tristan. *Op. Cit.* pp. 63 y ss. SNOOK, I. LANHSHEAR, C. Education and Rights. Melbourne, Melbourne University Press, 1979. p. 36.

Ahora bien, desde el punto de vista de sus obligaciones internacionales, y tal como veremos a continuación, el Estado debe garantizar que la educación se preste bajo ciertas condiciones materiales e institucionales a fin de asegurar a toda la población la satisfacción efectiva de sus necesidades de aprendizaje. En concreto, esta obligación se traduce en el deber de asegurar la asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad de la enseñanza¹⁵.

3.- La obligación de garantizar la asequibilidad de la educación

A efectos de satisfacer la demanda educativa, el Estado debe crear centros de enseñanza en cantidad suficiente, y de manera correlativa, respetar la libertad de los particulares para establecer instituciones distintas de las públicas. Por otro lado, esta obligación también supone que los centros cuenten con los medios materiales y con el personal para cumplir con su función, y que el Estado destine todos los recursos de los que disponga para alcanzar este objetivo. En nuestro parecer, constituye una obligación básica, dado que si no existen escuelas, colegios y universidades en cantidad suficiente, el titular del derecho no podrá desarrollar su proceso formativo. En este contexto, autores como Tomasevski afirman con claridad “la obligación del Estado de asegurar la disponibilidad de instrucción académica constituye un pilar del derecho individual a la educación, y el hecho de que un Estado no sostenga la instrucción disponible constituye

¹⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 6. Para autores como Dávila y Naya “La utilidad de este esquema es evidente pues supone poner en marcha toda una serie de dispositivos que afectan a las obligaciones gubernamentales, a los padres, al currículo escolar, a las diferentes situaciones sociales y personales de los niños y niñas y, también, a unos objetivos educativos que tengan presente el enfoque de los derechos humanos”. DAVILA, Paulí, NAYA, Luís María. El derecho a la educación en Europa: una lectura desde los derechos del niño. *Bordón*. 61(1): 2009. p. 63. En un mismo sentido: McCOWAN, Tristan. Education as a Human Right. p. 39. PRANEVIČIENĖ, Birutė, PURAITĖ, Aurelija. Right to Education in international legal documents. *Jurisprudencia*. 3(121), 2003. p. 139.

una manifiesta violación del derecho a la educación”¹⁶. De esta manera la asequibilidad incluye: la obligación de garantizar la disponibilidad de centros de enseñanza, la obligación de otorgar prioridad al gasto en educación, la obligación de contar con personal docente e infraestructura adecuada, y la obligación de respetar la libertad de los particulares de crear centros de enseñanza distintos de los públicos¹⁷.

3.1.- La obligación de garantizar la disponibilidad de centros de enseñanza

En relación a la presente obligación, existen dos modelos, el de la subsidiaridad, y el de la principalidad¹⁸. De acuerdo con el principio de subsidiaridad, la administración debe intervenir en este ámbito, solo en caso que los particulares no puedan o no quieran desarrollar proyectos educativos, de manera que su intervención únicamente se reduce a suplir la falta de iniciativa de estos últimos. Sin embargo, en atención a que la educación constituye un servicio de esencial e ineludible satisfacción, tal enfoque resulta incompatible con el sentido de las obligaciones que asumen los Estados en la esfera de la enseñanza¹⁹. En efecto, contar con instituciones en cantidad suficiente, representa la garantía más básica del derecho a la educación, de manera que en este contexto el Estado no se rige por el principio de subsidiaridad, por el contrario, es el obligado

¹⁶ NACIONES UNIDAS-TOMASEVSKI, Katarina. “Informe provisional de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 1999/25 de la Comisión de Derechos Humanos” 1° de febrero de 2000. 56° período de sesiones. E/CN.4/2000/6. párr. 32

¹⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 6.

¹⁸ En este sentido, véase: GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. el derecho a la educación en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003. p. 40.

¹⁹ Para autores como Fernández-Miranda, basta para refutar el principio de subsidiaridad, el que el Estado sea el garante último de la oferta educativa y el principal responsable de la satisfacción de la educación pública. FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mercado educativo. En: de Esteban Millar, Mercedes. HERRERO-TEJEDOR, ALGAR, Carmen. Escolarización del alumno en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas. Valladolid, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006. p. 46.

principal en orden a asegurar la disponibilidad de centros²⁰. En nuestra opinión, esta tesis se funda en el propio texto del PIDESC, en particular en su art. 13 e), el cual dispone que el Estado tiene la obligación de “proseguir *activamente* el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza” (el destacado es nuestro). Sin embargo, el alcance de esta obligación depende del ciclo respectivo, pues se incrementa de forma especial en relación a la educación primaria²¹. En efecto, en el caso de este nivel, y en atención a su carácter obligatorio, el Estado debe garantizar que la disponibilidad de centros satisfaga de manera inmediata y como cuestión de prioridad toda la demanda, de manera que nadie quede excluido del acceso a la educación, y que todo alumno tenga un cupo en alguna institución²². Sin embargo con respecto al resto del sistema, esta obligación se debilita progresivamente. Así, y en el supuesto de la

²⁰ NACIONES UNIDAS-TOMASEVSKI, Katarina. Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Sra. Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos. 13 de enero de 1999. 55º período de sesiones. E/CN.4/1999/49. párr. 51. En mismo sentido: GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. el derecho a la educación en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. *Op. Cit.* p. 41. EMBID IRUJO, Antonio. Las libertades en la enseñanza. Madrid, Tecnos, 1982, p. 187. COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional. Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2012. p. 172. DOMINGUEZ-BERRUETA de Juan, Miguel Ángel, SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. Derecho y educación. Régimen jurídico de la educación. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2005. p. 56. COOMANS, Fons. Exploring the normative content of the right to education as a human right: recent approaches. *Persona y Derecho*. 50: 2004. p. 86.

²¹ “A este respecto, es preciso insistir en dos elementos del artículo 13. En primer lugar, 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; los Estados Partes reconocen, por ejemplo, que “se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza” (apartado e) del párrafo 2 del artículo 13). En segundo lugar, habida cuenta de las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 en lo que respecta a la enseñanza primaria, secundaria, superior y fundamental, los parámetros por los que se mide la obligación del Estado Parte de cumplir (facilitar) no son los mismos para todos los niveles de la enseñanza. En consecuencia, a la luz del texto del Pacto, la obligación de los Estados Partes de cumplir (facilitar) se acrecienta en relación con el derecho a la educación, pero el alcance de esta obligación no es el mismo respecto de todos los niveles de educación. El Comité observa que esta interpretación de la obligación de cumplir (facilitar) respecto del artículo 13 coincide con el derecho y la práctica de numerosos Estados Partes.” COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 48.

²² “Como ya se ha observado, las obligaciones de los Estados Partes respecto de la enseñanza primaria, secundaria, superior y fundamental no son idénticas. Habida cuenta de la redacción del párrafo 2 del artículo 13, los Estados Partes están obligados a dar prioridad a la implantación de la enseñanza primaria, gratuita y obligatoria. Refuerza esta interpretación del párrafo 2 del artículo 13 la prioridad que se da a la enseñanza primaria en el artículo 14. La obligación de proporcionar instrucción primaria a todos es un deber inmediato de todos los Estados Partes”. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 51.

enseñanza secundaria, el Estado únicamente debe asegurar que la misma sea generalizada, esto es, que se imparta en todo su territorio, mientras que en el contexto de la enseñanza superior, solo se obliga a que esta se encuentre disponible para todo aquel que tenga las capacidades requeridas por la disciplina respectiva²³. Por último, solo nos resta destacar que no existe fundamento alguno para sostener en base a las consideraciones precedentes, que el Estado se encuentra autorizado para monopolizar el sistema educativo. En efecto, el reconocimiento de la libertad de enseñanza conduce necesariamente a la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado, y a la prohibición de todo monopolio estatal o público sobre la educación²⁴. De este modo lo único que revela la obligación en análisis, es que el estándar de cumplimiento que se le exige al Estado es particularmente alto, lo cual no resulta algo excepcional, en atención a que las normas sobre derechos humanos tienen por función precisamente, el establecer límites normativos a la administración.

3.2.- La obligación de otorgar prioridad al gasto en educación

Con el objeto de asegurar la plena efectividad de los derechos sociales, los Estados se comprometen a “adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles”²⁵. De esta obligación, se deriva el deber consistente en otorgar prioridad al

²³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 19.

²⁴ CASTILLO CORDOVA, Luis. Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.p. 201.

²⁵“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.”. PACTO

gasto en educación, en especial, con respecto al resto de las partidas que eventualmente integren el presupuesto nacional²⁶. Para nosotros, esto se justifica pues sobre el Estado recae el mandato jurídico objetivo consistente en avanzar hacia la mejora permanente del bienestar de su población²⁷. En este mismo sentido se pronuncia el CDESC cuando señala:

“Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de *prioridad*, [sus] obligaciones” (el destacado es nuestro)”²⁸.

Con miras a alcanzar este objetivo, consideramos que el gasto debe sujetarse a ciertos estándares, a saber: los recursos deben estar disponibles, deben permitir el logro de los fines de la educación, y deben destinarse a la mejora continua del sistema en todos los niveles de enseñanza.

INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC). 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor: 3 de enero de 1976). Art. 2.1.

²⁶COOMANS, Fons. Exploring the normative content of the right to education as a human right: recent approaches. *Op. Cit.* p. 86. COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional. *Op. Cit.* p. 166. NACIONES UNIDAS-TOMASEVSKI, Katarina. Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2000/9 de la Comisión de Derechos Humanos. 57° período de sesiones. *Op. Cit.* párr.10. El gasto público en educación incluye “el gasto del Gobierno en instituciones educativas (públicas y privadas), administración educativa y subsidios para entidades privadas (estudiantes/hogares y otras entidades privadas)”. BANCO MUNDIAL <http://datos.bancomundial.org/indicador/SE.XPD.TOTL.GB.ZS> [consulta: 10 de marzo de 2015]

²⁷ “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.” PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC). *Op. Cit.* Art. 11.1.

²⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/2000/4, 2000. párr. 47.

En primer lugar, algunos organismos recomiendan que para asegurar la disponibilidad de recursos, el gasto se fije en términos de un determinado porcentaje del PIB²⁹. Este criterio es deseable, pero en nuestra opinión, no resuelve de manera definitiva el problema, dado que en este evento, el monto de los recursos tiene un carácter contingente al depender esencialmente del crecimiento económico, con el consiguiente riesgo de que en épocas de recesión, momento en el cual más se requiere garantizar el disfrute de los derechos sociales, los individuos no puedan acceder a la satisfacción de sus necesidades educativas³⁰. Para evitar esta circunstancia, la administración debe tomar en cuenta otros factores, tales como el tamaño de la economía y de la población, la diversidad de necesidades de los titulares del derecho, la situación de los grupos más vulnerables, y la adopción de medidas contra cíclicas³¹.

²⁹ La Federación Iberoamericana de Ombudsmán recomienda “Incrementar con urgencia la inversión pública en educación hasta alcanzar, de acuerdo con la UNESCO y el Relator de las Naciones Unidas para el Derecho a la Educación, al menos el 6% del Producto Interior Bruto”. FEDERACION IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN. VI Informe sobre derechos humanos. Educación. Guillermo Escobar (Dir.) Madrid, Trama Editorial 2008. p. 731.

³⁰En efecto, para la UNESCO “Se ha constatado un incremento sostenido de los recursos públicos asignados a la educación; sin embargo, dicho incremento es el resultado del crecimiento de la economía y de la recaudación tributaria y no de una mayor prioridad dada al sector, ya que ésta –expresada como porcentaje del gasto público total destinado a la educación- ha tendido a permanecer estable”. UNESCO. Situación Educativa de América Latina y el Caribe: garantizando la Educación de Calidad para Todos. Informe Regional de Revisión y Evaluación del Progreso de América Latina y el Caribe hacia la Educación para Todos en el marco del Proyecto Regional de Educación (EPT/PRELAC) Santiago de Chile, 2007. p. 21.

³¹ UNESCO. Educación de calidad para todos, un asunto de derechos humanos. Documento de discusión sobre políticas educativas en el marco de la II Reunión Intergubernamental del Proyecto Regional de Educación para América Latina y el Caribe (EPT/PRELAC). Santiago de Chile, 2007. p. 66. En este contexto, la Federación Iberoamericana de Ombudsmán recomienda “Establecer normativa y materialmente un sistema sostenible de financiación del sistema educativo, con garantías de estabilidad y permanencia, fundado preferentemente en los presupuestos generales del Estado y que resulte adecuado al cumplimiento del mandato, contenido en los artículos 2.1 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de mejora progresiva del nivel educativo existente en el país”. FEDERACION IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN. VI Informe sobre derechos humanos. Educación. *Op. Cit.* p. 731. Entre sus objetivos, La Declaración Mundial sobre Educación para Todos, establece el compromiso de movilizar todos los recursos que sean necesarios a fin de satisfacer las necesidades básicas de aprendizaje. DECLARACIÓN MUNDIAL SOBRE EDUCACIÓN PARA TODOS. Aprobada por la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos, celebrada en Jomtien (Tailandia) del 5 al 9 de marzo de 1990. Art. IX. Finalmente y en relación a las necesidades de ciertos grupos vulnerables, el ex relator de las Naciones Unidas para el derecho a la educación recomienda “c) garantizar un presupuesto creciente para los programas y departamentos encargados de la educación indígena y educación intercultural. (...) d) Fortalecer la inversión y el desarrollo de

En segundo lugar, contar más recursos no garantiza una mejor educación, ya que para cumplir con este objetivo, el Estado debe proceder a una distribución eficaz de los mismos³². Esto significa que la población debe tener la posibilidad real para desarrollar las capacidades, los conocimientos, las habilidades y las aptitudes que les permitan su mayor desarrollo personal y material³³. Ahora bien, la doctrina se encuentra conteste en que para evaluar esta circunstancia, es necesario contar con indicadores cuantitativos y cualitativos que suministren información objetiva relativa a la vigencia práctica del derecho³⁴. Estos indicadores pueden incluir por ejemplo, información sobre el número de estudiantes por profesor, resultados en pruebas estandarizadas, tasa de deserción escolar, tasa de retención escolar según nivel, sector y zona, año de escolaridad

infraestructura, materiales educativos y recursos de apoyo para los centros educativos que atienden a las personas con discapacidad, de modo que permitan su inclusión progresiva al sistema educativo regular” NACIONES UNIDAS-MUÑOZ, Vernor. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Sr. Vernor Muñoz. Misión a México. 14º período de sesiones. A/HRC/14/25/Add.4. 2 de junio de 2010. párr.108.

³² TORRES INSTITUTO, Rosa María. 12 Tesis para el cambio educativo, Justicia educativa y Justicia Económica. Madrid, Tecnos, 1997. p. 26

³³ En este sentido, La Declaración Mundial sobre Educación para Todos reitera la necesidad de concentrar los esfuerzos en el aprendizaje efectivo “Que el incremento de las posibilidades de educación se traduzca en un desarrollo genuino del individuo o de la sociedad depende en definitiva de que los individuos aprendan verdaderamente como resultado de esas posibilidades, esto es, de que verdaderamente adquieran conocimientos útiles, capacidad de raciocinio, aptitudes y valores.”. DECLARACIÓN MUNDIAL SOBRE EDUCACIÓN PARA TODOS. *Op. Cit.* Art. IV. Para autores como Cotino, el derecho a la educación se traduce precisamente en un derecho al aprendizaje. COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. *Op. Cit.* p. 56.

³⁴PEREZ MURCIA, Luís Eduardo. ¿Cómo medir el cumplimiento de los derechos sociales? Un modelo de indicadores para monitorear y evaluar el disfrute del derecho a la educación. En: PEREZ MURCIA, Luis Eduardo. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar. Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá, IDEP, 2007. pp. 133 y ss. GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. el derecho a la educación en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. *Op. Cit.* TOMASEVKI, Katarina. Indicadores del Derecho a la Educación. INDH. 40:2004. pp. 381 y ss. KALANTRY, Sital, GETGEN Jocelyn E., ARRIGG KOH, Steven. Enhancing Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights Using Indicators: A Focus on the Right to Education in the ICESCR. *Human Rights Quarterly*. 32: 2010. p. 257. NACIONES UNIDAS. Report on indicators for monitoring compliance with international human rights instruments. 6 de junio de 2008. HRI/MC/2008/3. párr. 7. NACIONES UNIDAS. Informe del Relator Especial sobre la Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, U.N. ESCOR, Comisión sobre Derechos Humanos, 43era Sesión, punto 8 en Agenda, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/17 (1991), pág. 18, (I) párr. 4.

promedio por sexo, nivel socioeconómico al cual pertenece el estudiante, entre otros³⁵. Desde nuestra perspectiva, el uso de indicadores sobre derechos humanos constituye una consecuencia del deber que tiene la administración en orden a realizar un seguimiento constante de la situación de los derechos sociales, y de levantar informes periódicos sobre el cumplimiento de sus obligaciones³⁶.

En tercer lugar, los recursos deben estar dirigidos a la mejora permanente de todo el sistema de enseñanza. En efecto, el Estado debe diseñar e implementar una estrategia global de desarrollo que otorgue prioridad al fomento de la educación primaria, pero que junto con ello, también incentive la escolarización en todos los niveles³⁷. En este sentido, sostenemos que la administración debe tomar medidas concretas, continuas y eficaces, y destinar recursos para tal fin, con el objeto de aumentar de manera progresiva la cobertura, la calidad y la equidad de la educación, tanto en el nivel secundario como superior³⁸.

³⁵ La Federación Iberoamericana de Ombudsman recomienda "Presentar las distintas partidas del gasto educativo de forma clara y sistemática, incluyendo datos desagregados por centro educativo, para facilitar su conocimiento y control público y su utilización en las tablas comparativas internacionales. Establecer mecanismos eficientes de supervisión del gasto educativo, incluyendo auditorías externas y sanciones eficaces para los supuestos de desviación del gasto". FEDERACION IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN. VI Informe sobre derechos humanos. *Op. Cit.* p. 731. PRUNELLA, Sandra. Childre`s Rights in Education. *Prospects*. XXIX (2): 1999. p.186.

³⁶ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 1. Aplicación Del Pacto Internacional De Económicos, Sociales Y Culturales, Observación general 1, Presentación de informes por los Estados Partes (Tercer período de sesiones, 1989), E/1989/22, 1989. párr. 4.

³⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 25 "La exigencia de "proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza" significa que el Estado Parte tiene la obligación de formular una estrategia global de desarrollo de su sistema escolar, la cual debe abarcar la escolarización en todos los niveles, pero el Pacto exige que los Estados Partes den prioridad a la enseñanza primaria (véase el párrafo 51). "Proseguir activamente" indica que, en cierta medida, la estrategia global ha de ser objeto de prioridad gubernamental y, en cualquier caso, ha de aplicarse con empeño."

³⁸ La Federación Iberoamericana de Ombudsman recomienda "prestar atención a todos los niveles educativos y a todos los colectivos (incluyendo adultos), de manera equitativa entre las diferentes regiones (adoptando al respecto criterios objetivos, como número de habitantes, índices de pobreza, centros existentes, condiciones de los mismos, características geográficas, capacidad de gasto o recursos propios y necesidades especiales de la población estudiantil)." FEDERACION IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN. VI Informe sobre derechos humanos. *Op. Cit.* p. 731.

3.3.- La obligación de contar con personal docente idóneo e infraestructura

adecuada

El Estado debe asegurar que la prestación educativa se suministre por docentes competentes y bien remunerados, y que el proceso formativo se desarrolle dentro de instituciones cuya infraestructura satisfaga ciertos requisitos mínimos de salubridad, seguridad, espacio y medios materiales. Desde nuestra perspectiva, constituye una obligación esencial, dado que el deber de garantizar la disponibilidad de instituciones educativas, supone necesariamente el deber de dotar a dichos centros de los medios personales y materiales para que puedan cumplir con su cometido.

En lo que toca al primer aspecto, el PIDESC establece con claridad, que para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la educación, el Estado debe “mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente”. En nuestra opinión, la Recomendación de la Unesco relativa a la Condición del Personal Docente de 1966, establece algunas directrices que le permiten al intérprete determinar el alcance de esta obligación³⁹. En efecto, este texto reconoce que el éxito de la educación depende esencialmente de la formación y de la competencia del profesorado⁴⁰. Producto de lo anterior, el Estado deba garantizar por ejemplo, que los maestros se formen en

³⁹Este documento debe ser complementado con la Declaración de la Unesco relativa a la Condición del Personal Docente de la Educación Superior de 1 de noviembre de 1977.

⁴⁰RECOMENDACIÓN DE LA UNESCO RELATIVA A LA CONDICIÓN DEL PERSONAL DOCENTE. 5 de octubre de 1966. párr. 4. CASSASUS. Juan. La escuela y la (des)igualdad. Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2003. pp. 127-134. Para Tomasevki, no obstante que los maestros son los que traducen los programas a los alumnos, sus derechos no ocupan un lugar relevante dentro del derecho internacional, ni tampoco representan un elemento especialmente destacado por parte de las estrategias globales de desarrollo en materia educacional. TOMASEVKI, Katarina. Indicadores del Derecho a la Educación. INDH, 40: 2004. p 376. Por otro lado, el CDESC interpreta que los profesores también gozan del derecho a organizarse y negociar colectivamente. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 27

instituciones que los habiliten para adquirir los conocimientos necesarios para el buen desempeño de su función⁴¹, que tengan la posibilidad de desarrollar una carrera funcionaria⁴², que puedan perfeccionarse constantemente⁴³, que las condiciones en las cuales desplieguen su trabajo sean las adecuadas en términos de favorecer el cumplimiento eficaz de sus tareas⁴⁴, que su remuneración guarde armonía con la importancia de su labor, que esta les permita gozar de salarios competitivos y que la misma les asegure un modo de vida satisfactorio para ellos y para sus familias⁴⁵.

Por otro lado, el concepto de enseñanza no solo abarca la educación en todos sus niveles, sino que también, el acceso a ella, su calidad, y las condiciones en que se da⁴⁶. De esta forma, para asegurar el logro de los objetivos de la educación, los Estados se obligan a que los centros de enseñanza cuenten con ciertos estándares mínimos de infraestructura y medios materiales. Sin duda, constituye una obligación de la máxima relevancia, ya que sin estos elementos el disfrute efectivo del derecho en análisis se hace

⁴¹ RECOMENDACIÓN DE LA UNESCO RELATIVA A LA CONDICIÓN DEL PERSONAL DOCENTE. párr. 19. “El objetivo de la formación del personal docente debería consistir en desarrollar sus conocimientos generales y su cultura personal; su aptitud para enseñar y educar, su comprensión de los principios fundamentales para el establecimiento de buenas relaciones humanas dentro y más allá de las fronteras nacionales; la conciencia del deber que le incumbe de contribuir, tanto por medio de la enseñanza como con el ejemplo, al progreso social, cultural y económico.” En este contexto, también se debe tener presente lo que dispone el art. 4 de la Convención de la Unesco Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza. “Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen, además, a formular, desarrollar y aplicar una política nacional encaminada a promover, por métodos adecuados a las circunstancias y las prácticas nacionales, la igualdad de posibilidades y de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial, a (...) “d. Velar por que, en la preparación para la profesión docente, no existan discriminaciones.”

⁴² *Ibidem*. párr. 40.

⁴³ *Ibidem*. párr. 41.

⁴⁴ *Ibidem*. párr. 86.

⁴⁵ *Ibidem*. párr. 115

⁴⁶ CONVENCIÓN DE LA UNESCO RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA. 14 de diciembre de 1960. Art. 1.2 2. “A los efectos de la presente Convención, la palabra “enseñanza” se refiere a la enseñanza en sus diversos tipos y grados, y comprende el acceso a la enseñanza, el nivel y la calidad de esta y las condiciones en que se da.”

ilusorio⁴⁷. Entre estas condiciones, el CDESC entiende que los centros educativos deben contar con instalaciones sanitarias adecuadas, con servicios de agua potable, alcantarillado y luz, con protección contra los elementos⁴⁸, y con facilidades para personas con necesidades especiales, tales como rampas de acceso o baños acondicionados al efecto⁴⁹. De la misma manera, dichas instituciones deben estar dotadas de bibliotecas, los estudiantes deben poder acceder a materiales de estudio pertinentes, deben contar con servicios de transporte o alimentación⁵⁰ y deben desarrollar su proceso de aprendizaje en un espacio idóneo, lo que supone por ejemplo, la exigencia de un máximo de alumnos por clase⁵¹.

⁴⁷ COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. *Op. Cit.* p. 178. BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. Infraestructura Escolar y Aprendizajes en la Educación Básica Latinoamericana: Un análisis a partir del SERCE. División de Educación (SCL/EDU). 2011. p. 2.

⁴⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 6.

⁴⁹ En este ámbito, el CDESC se refiere a la importancia que los profesores tienen para el logro de los objetivos de la educación en relación a las personas con discapacidad "Para llevar a la práctica ese principio [de igualdad de oportunidades], los Estados deben velar por que los profesores estén adiestrados para educar a niños con discapacidad en escuelas ordinarias y se disponga del equipo y el apoyo necesarios para que las personas con discapacidad puedan alcanzar el mismo nivel de educación que las demás personas" COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 5. Aplicación Del Pacto Internacional De Económicos, Sociales Y Culturales, Observación general 5, Personas con discapacidad (11 período de sesiones, 1994), U.N. Doc. E/C.12/1994/13. 1994. Párr. 35. El CDN se pronuncia en un sentido similar "Para ejercer plenamente su derecho a la educación, muchos niños necesitan asistencia personal, en particular, maestros formados en la metodología y las técnicas, incluidos los lenguajes apropiados, y otras formas de comunicación, para enseñar a los niños con una gran variedad de aptitudes, capaces de utilizar estrategias docentes centradas en el niño e individualizadas, materiales docentes apropiados y accesibles, equipos y aparatos de ayuda, que los Estados Partes deberían proporcionar hasta el máximo de los recursos disponibles." COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 9. 43° período de sesiones. 2006. párr. 65. En este contexto, se debe tener presente lo dispuesto por el art. 24.2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad "Al hacer efectivo este derecho [a la educación], los Estados Partes asegurarán que: e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión."

⁵⁰ La UNICEF destaca de manera especial, la relevancia que tiene la alimentación para el goce del derecho "De todas formas, los niños en edad escolar no estarán capacitados para beneficiarse de la educación, si el hambre y las enfermedades crónicas son sus compañeras cotidianas, no obstante el hecho que los gobiernos hagan enormes inversiones para proporcionar escuelas a la niñez. Esta gran inversión de escasos recursos económicos destinada a la educación primaria, es "protegida" y/o complementada por los programas de alimentación escolar, los cuales aseguran hasta cierto punto al menos, que los niños se beneficien de la enseñanza que se les otorga" UNICEF. La alimentación escolar como un servicio a la niñez. París, UNICEF, 1985. p. 2.

⁵¹ Tomasevski destaca el hecho que muchos niños no pueden acceder a la educación, debido a que las escuelas no cuentan con infraestructura adecuada. "Una encuesta experimental de UNESCO/UNICEF sobre las escuelas primarias en los países menos adelantados ha demostrado que la existencia de servicios de electricidad o agua corriente es más bien la excepción y no regla, y que muchos niños pueden terminar la escuela primaria sin haber visto nunca un solo

3.4.- La obligación de respetar la libertad de los particulares de crear centros de enseñanza

La libertad de crear centros de enseñanza, se refiere a aquella pretensión que habilita a su titular, para fundar escuelas, colegios e instituciones educativas en general y dotar a estas de un ideario propio. Incluye tanto un derecho de creación, como también, un poder de dirección, aspecto sin el cual, la primera prerrogativa quedaría vacía⁵². Dicho poder se traduce en la posibilidad de gestionar el centro, fijar su reglamento interno, contratar profesores, definir los criterios de admisión de alumnos y especificar la dirección administrativa, económica y pedagógica⁵³. También involucra la facultad de contar con un proyecto educativo o ideario propio, el cual está integrado por todas aquellas metas últimas que se propone perseguir el establecimiento, generalmente relacionadas con aspectos morales, religiosos o formativos⁵⁴.

El PIDESC reconoce de manera expresa esta libertad, de forma que el Estado asume la obligación de no impedir que los particulares puedan crear centros de

libro de texto en su idioma materno. Es necesario modificar esta realidad porque es improbable que las escuelas tan sólo aparentemente disponibles atraigan a los niños, como lo demuestra la convicción de los padres de que sus hijos no se beneficiarán con una instrucción ofrecida en esas condiciones o el hecho de que los niños "voten con los pies" y abandonen los estudios" NACIONES UNIDAS-TOMASEVSKI, Katarina. Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Sra. Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos. 13 de enero de 1999. 55º período de sesiones. E/CN.4/1999/49. párr. 52. Para Coomans, existen muchos factores que pueden impedir el acceso a la educación, tales como la falta de servicios sanitarios o de agua potable. COOMANS, Fons. Exploring the normative content of the right to education as a human right: recent approaches. *Op. Cit.* p. 84.

⁵² DIAZ REVORIO, Francisco Javier. Los derechos fundamentales en el ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha. Toledo, Cortes de Castilla-La Mancha, 202. p. 84

⁵³ CALVO CHARRO, María. Régimen de Admisión a los centros sostenidos con fondos públicos. En: REQUERO, José Luís, MARTINEZ, José Luís. Los derechos fundamentales en la educación. Valladolid, Cuadernos de Derechos Judicial, 2007. p. 88

⁵⁴ DOMÍNGUEZ-BERRUETA de JUAN, Miguel Ángel, SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. Derecho y Educación: Régimen jurídico de la educación. *Op. Cit.* p. 93.

enseñanza distintos de los públicos⁵⁵. Ahora bien, como la libertad de enseñanza constituye en este ámbito una garantía destinada a asegurar la disponibilidad de instituciones educativas, el Estado no puede dejar que esta se regule únicamente por el principio de autonomía contractual. En efecto, de manera general, la administración debe adoptar las medidas legislativas, administrativas, económicas o de otro tipo, que sean necesarias para asegurar la plena efectividad de los derechos sociales⁵⁶. Dicho mandato se traduce, como indica Melish, en la obligación de “imponer límites legales a las conductas públicas y privadas que puedan afectar la vigencia de los derechos humanos y establecer como infracción sancionable según el ordenamiento jurídico interno el incumplimiento de tales límites”⁵⁷. Por otro lado, también abarca el deber de remover toda aquella normativa que constituya un obstáculo para el goce efectivo de los derechos humanos⁵⁸. En el caso del derecho a la educación, el Estado se encuentra

⁵⁵ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC). *Op. Cit.* Art. 13.4 “Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza”.

⁵⁶ *Ibidem*. Art. 2.1 “1. 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.***” (el destacado es nuestro). En una misma línea, debemos tener presente lo dispuesto por los arts. 16 y 17 de los Principios de Limburgo: “16. Todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar de inmediato a adoptar medidas que persigan la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto.” “17. Los Estados Partes utilizarán todos los medios apropiados a nivel nacional, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales, coherentes con la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir sus obligaciones bajo el Pacto”. LOS PRINCIPIOS DE LIMBURGO SOBRE LA APLICACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 2 al 6 de junio de 1986. Arts. 16 y 17.

⁵⁷ MELISH, Tara. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Quito, Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), 2003. p. 179. La obligación precedente, se encuentra muy relacionada con el principio de reserva de ley, y en particular, con la consideración de este principio como una garantía de los derechos sociales. En este sentido: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático latinoamericano. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Santiago, Librotecnia, 2010. p. 43, GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo. Derechos sociales: Imprescindibilidad y garantías. *Op. Cit.* p. 98.

⁵⁸ LOS PRINCIPIOS DE LIMBURGO SOBRE LA APLICACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Op. Cit.* Art. 72 “Un Estado Parte incurre en una

expresamente facultado para regular el ejercicio de la libertad de enseñanza, en especial, a través de la exigencia de requisitos mínimos para que los centros educativos puedan optar al reconocimiento estatal⁵⁹. El objetivo consiste en asegurar que los titulares del derecho en comento, puedan desarrollar su proceso de aprendizaje en un marco de pleno respeto a sus garantías fundamentales, sin que ningún poder, sea público o privado, pueda lesionar su dignidad. El fundamento de lo anterior, reside en que en esta materia el Estado tiene la obligación de asegurar que libertad de enseñanza no provoque disparidades extremas de posibilidades entre los diversos grupos de la sociedad, deber que se relaciona con el derecho a la igualdad de oportunidades y con el derecho al disfrute del derecho a la educación sin discriminación alguna⁶⁰. Ahora bien, entre los requisitos que puede establecer el Estado para logro de dicha meta, encontramos por ejemplo, normas relativas al régimen de admisión, a los contenidos de la educación o a la potestad disciplinaria. Sin embargo, como tales elementos se relacionan con el

violación del Pacto, inter alia, si: (...) no elimina rápidamente los obstáculos a que está obligado a eliminar para permitir la efectividad inmediata de un derecho". DIRECTRICES DE MAASTRICHT SOBRE VIOLACIONES A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 22-26 de enero de 1997. Art. 15 "Las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales también pueden resultar de la omisión o incumplimiento del Estado en relación a la adopción de las medidas necesarias derivadas de sus obligaciones legales. A continuación se menciona algunos ejemplos de dichas violaciones: (b) La no modificación o revocación de cualquier legislación que sea claramente inconsistente con una obligación prevista en el Pacto".

⁵⁹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC). *Op. Cit.* Art. 13.4 "Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado."

⁶⁰ "Con arreglo al párrafo 4 del artículo 13, todos, incluso los no nacionales, tienen la libertad de establecer y dirigir instituciones de enseñanza. La libertad se aplica también a las "entidades", es decir personas jurídicas o instituciones, y comprende el derecho a establecer y dirigir todo tipo de instituciones de enseñanza, incluidas guarderías, universidades e instituciones de educación de adultos. En aplicación de los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades y participación real de todos en la sociedad, el Estado tienen la obligación de velar por que la libertad consagrada en el párrafo 4 del artículo 13 no provoque disparidades extremadas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad." COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13°. *Op. Cit.* párr. 30. GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. el derecho a la educación en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. *Op. Cit.* p. 79.

cumplimiento de otras obligaciones, su estudio será pospuesto para ser retomado en el apartado que corresponda.

4.- La obligación de garantizar la accesibilidad de la educación

El Estado deba remover todos aquellos obstáculos, económicos o de otro tipo, que constituyan una barrera para que las personas puedan acceder en igualdad de condiciones a la satisfacción de sus necesidades educativas⁶¹. En este sentido, debe garantizar en primer lugar, que la enseñanza primaria sea obligatoria y gratuita para todos. En segundo lugar, debe garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la enseñanza secundaria y superior. En tercer lugar, debe garantizar la no discriminación en el acceso a la educación. Y en cuarto lugar, debe respetar la libertad de elección del centro de enseñanza. A las anteriores obligaciones también se agregan: la obligación de fomentar el acceso a la educación infantil, la de fomentar la educación para adultos y el aprendizaje a lo largo de toda la vida, la de garantizar el acceso a ayudas y becas, y la de garantizar la accesibilidad material. En palabras de Meix, estas obligaciones suponen “una concreción muy significativa de las condiciones de acceso que los poderes públicos han de procurar en relación con estas etapas de enseñanza”⁶².

⁶¹UPRIMNY YEPES, Rodrigo, RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar. Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria En: PEREZ MURCIA, Luis Eduardo. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar. Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá, IDEP, 2007. p. 48.

⁶²MEIX CERECEDA, Pablo. El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014. p. 39

4.1.- La obligación de fomentar el acceso a la educación infantil

Los tratados no contemplan de manera expresa la obligación de garantizar el acceso a este ciclo de enseñanza⁶³. Sin embargo y en nuestra opinión, esta omisión debe ser subsanada, en atención a que el derecho en estudio, en tanto derecho humano, comienza en realidad con el nacimiento, y se extiende a lo largo de toda la vida. En efecto, el CDN recomienda que los niños y las niñas reciban educación en el sentido más amplio, pues “Las investigaciones realizadas demuestran que los programas de educación de calidad pueden repercutir de forma muy positiva en la transición con éxito de los niños pequeños a la escuela primaria, en sus logros educativos y en su integración social a largo plazo”⁶⁴. Por otro lado, también recuerda que los Estados “tienen una función esencial que desempeñar al ofrecer un marco legislativo para la prestación de servicios de calidad suficientemente dotados de recursos, y para velar porque los criterios se adapten a las circunstancias de los grupos e individuos concretos, y a las prioridades de desarrollo de determinados grupos de edad, desde la lactancia hasta la transición a la escuela”⁶⁵.

Para nosotros, se trata de un ciclo de enseñanza que de manera progresiva, puede someterse al mismo régimen que el previsto para la educación primaria, esto es, ofrecerse de manera obligatoria y gratuita⁶⁶. Los argumentos para sostener lo anterior,

⁶³ McCOWAN, Tristan. Education as a human right. *Op. Cit.* p. 28.

⁶⁴ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia. 40° período de sesiones. 2007. párr. 30.

⁶⁵ *Ibidem*. párr. 31

⁶⁶ Para Cotino, esto no sería posible, pues de lo contrario, existiría una lesión al derecho de los padres a impartir a sus hijos una educación doméstica en sus primeros años de vida COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. *Op. Cit.* p. 140.

residen en que el Estado debe garantizar que el niño, desde su nacimiento, pueda desarrollar su personalidad, sus aptitudes y su capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades⁶⁷, y en que el ente público debe proseguir activamente el perfeccionamiento del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza⁶⁸.

4.2.- La obligación de garantizar que la enseñanza primaria sea obligatoria y gratuita

Con respecto a los niños, la educación primaria debe ser obligatoria. Como argumenta Fernández Miranda, la obligatoriedad se hace residir en la edad del sujeto, no en sus necesidades educativas, lo cual explica que no se imponga la educación fundamental a un adulto analfabeto⁶⁹. La razón que justifica lo anterior, reside en que la educación primaria tiene por objeto el desarrollo de las capacidades más básicas, y en el hecho que los niños no pueden decidir por sí mismos, de manera que nadie se encuentra autorizado, ni aun los padres, para imposibilitar a los menores el acceso a este tipo de formación⁷⁰. Por ello, el Estado debe garantizar que la enseñanza primaria sea

⁶⁷ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN). 20 de noviembre de 1989 (entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990). Art. 28 1 a) “Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”

⁶⁸ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC). Op. Cit. Art. 13 “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.”

⁶⁹ FERNANDEZ MIRANDA, Alfonso. De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988. p. 46. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC). Op. Cit. Art. 13.2. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente”. La universalización de esta tipo de enseñanza, constituye uno de los objetivos del milenio. “Objetivo 2: Lograr la enseñanza primaria universal. Meta 2.A: Asegurar que, en 2015, los niños y niñas de todo el mundo puedan terminar un ciclo completo de enseñanza primaria”.

⁷⁰ En el mismo sentido: HALVORSEN, Kate. Notes on the Realization of the Human Right to Education. *Human Rights Quarterly*. 12 (3): 1990. p. 351. COOMANS, Fons. Exploring the normative content of the right to education as a human right: recent approaches. *Op. Cit.* p. 83. SCHINKEL, Anders. On the justification of compulsory schooling.

obligatoria para todos y sancionar los actos que tengan por propósito o por efecto impedir el goce del derecho⁷¹.

Sin embargo, en este punto existe un problema, en atención a que los tratados no hacen referencia al tiempo durante el cual debe extenderse el ciclo obligatorio. En opinión de Tomasevski, esto supone que cada Estado debe fijar dicho período, de tal forma que en algunos casos, los niños pueden terminar su educación antes de cumplir la edad mínima para trabajar, con el consiguiente riesgo de verse expuestos a situaciones que lesionen sus derechos⁷². De ahí que los Estados deban considerar lo señalado por la OIT, en orden a que la edad mínima para acceder al trabajo no debe ser inferior a la edad en que cesa la educación obligatoria, la cual a su vez no puede bajar de los 15 años⁷³.

Ahora bien, la normativa internacional se construye sobre el principio consistente en que la educación no puede ser obligatoria, sin ser al mismo tiempo gratuita, ya que los niños deben tener la posibilidad real de acceder a ella. En este sentido, nosotros

Philosophy of Education Society of Great Britain. Annual Conference New College, Oxford. 30 March –1 April 2012. pp. 6 y ss. 83. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (20° período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/4. 1999. párr. 6.

⁷¹ El fundamento de esta obligación se encuentra en la CDN: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: (...) e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar." CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN). 20 de noviembre de 1989 (entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990). Art. 28.1 e). Como indica Volio, los niños son los principales beneficiarios del derecho a la educación, y es para ellos que los sistemas y técnicas pedagógicas están diseñadas principalmente. VOLIO, Fernando. The child's right to education: a survey. En: MIALARET. Gaston. The child's rights to education. Paris, UNESCO, 1979. p. 23

⁷² NACIONES UNIDAS-TOMASEVSKI, Katarina. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos. 59° período de sesiones. E/CN.4/2003/9. 16 de enero de 2003. párr. 12. FEDERACION IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN. VI Informe sobre derechos humanos. *Op. Cit.* p. 44. COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. *Op. Cit.* 2012. p. 354.

⁷³ CONVENIO 138 OIT. Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo. Ginebra, 58ª reunión CIT, 26 junio 1973. Art. 2.3. CONVENIO 182 OIT. Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. Ginebra, 87ª reunión CIT, 17 junio 1999. Art. 7.

consideramos que el cobro de derechos de matrícula, y en general de otros costos asociados al desarrollo del proceso educativo, constituyen uno de los principales factores que frenan el acceso a la educación en igualdad de condiciones, dado que conducen a la estratificación de la oferta, y a la concentración de los alumnos de escasos recursos en los centros de más baja calidad. En este sentido concordamos con Tomasevski cuando señala “la educación, como instrumento fundamental para la reducción de la pobreza, es incompatible con el cobro de derechos de matrícula⁷⁴. Debido a lo anterior, en el derecho internacional la gratuidad se fórmula de manera expresa e inequívoca con el objeto de asegurar como cuestión de prioridad, la disponibilidad de enseñanza primaria tanto para el niño como para sus familias o tutores⁷⁵. Ahora bien, los tratados guardan silencio en cuanto al alcance de esta garantía, de manera que en principio constituye una materia sujeta a la discrecionalidad del Estado. Sin embargo, la gratuidad debe abarcar al menos los costos directos de la educación (matrículas, mensualidades, aranceles), y también, ciertos costos indirectos (uniformes, textos de estudio, transporte), en atención a que estos últimos de igual forma pueden constituir un obstáculo para el ejercicio del derecho⁷⁶.

⁷⁴ NACIONES UNIDAS-TOMASEVSKI, Katarina. Informe presentado por Katarina Tomasevski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación. 60º período de sesiones. E/CN.4/2004/45. 25 de enero de 2004. párr. 19.

⁷⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (20º período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/4. 1999. párr. 7

⁷⁶ *Ibidem*. párr. 7. Además de la anteriores, la gratuidad podría incluir también, el financiamiento del costo de oportunidad en el que incurren algunas familias por enviar a sus hijos a las escuelas. Esta opción no obstante no encuentra respaldo en la doctrina del CDESC. En este sentido: UPRIMNY YEPES, Rodrigo, RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar. Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria. *Op. Cit.* p. 63.

Para el CDESC, constituye una obligación de efecto inmediato e inderogable, de tal manera que su incumplimiento no admite justificación bajo ninguna circunstancia⁷⁷. Sin embargo, los Estados que no cuentan con un sistema de enseñanza obligatorio y gratuito, deben formular un plan detallado de acción, dentro del plazo de dos años contados desde la entrada en vigencia del Pacto, con el objeto de garantizar de manera progresiva pero en un tiempo razonable, la implantación dentro de su territorio, de un sistema de enseñanza que reúna dichas características⁷⁸. Según se aprecia, el estándar difiere del que se exige para la satisfacción de otros derechos sociales, pues en el caso de la educación primaria, se establecen plazos concretos, lo que se justifica por la necesidad de asegurar que los niños y las niñas puedan acceder lo más pronto posible a este tipo de formación⁷⁹.

4.3.- La obligación de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la enseñanza secundaria y superior

En primer término, la educación secundaria debe ser accesible de manera generalizada. Para el CDESC, La expresión "generalizada" significa en primer lugar

⁷⁷ “Ejemplos de violaciones del artículo 13 son: (...) el no implantar, con carácter prioritario, la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos.” COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 59.

⁷⁸ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC). *Op. Cit.* art. 14: “Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos”. En este sentido, el CDESC establece: “El plan de acción debe tener como objetivo el logro de la aplicación progresiva del derecho a la enseñanza primaria obligatoria y gratuita, previsto en el artículo 14. Al contrario que la disposición contenida en el párrafo 1 del artículo 2, el artículo 14 especifica que de todas formas la fecha meta debe ser "un número razonable de años" y, además, que el calendario deberá ser "fijado en el plan". COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 11. *Op. Cit.* párr. 10.

⁷⁹ BUSTOS BOTTAL, Rodrigo. Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional. Santiago, Librotecnia, 2014. p. 75.

“que la enseñanza secundaria no depende de la aptitud o idoneidad aparentes de un alumno y en segundo lugar, que se impartirá en todo el Estado de forma tal que todos puedan acceder a ella en igualdad de condiciones”⁸⁰. Esto supone que la enseñanza secundaria no es obligatoria, y que es compatible con el cobro de ciertos derechos de matrícula o admisión. No obstante ello, se establece un importante límite, en atención a que para garantizar el acceso, los centros de enseñanza no pueden tomar en cuenta el rendimiento escolar pasado o potencial del postulante.

Por nuestra parte, concordamos con autores como Grover, en el sentido que estas obligaciones configuran un estándar de realización relativamente bajo, toda vez que los conocimientos y capacidades que proporciona la educación primaria, no son suficientes en el contexto actual para garantizar el mínimo de formación que requiere el alumno, objetivo que en realidad se cumple, a través de la educación secundaria⁸¹. Debido a lo anterior, nos parece que los Estados debiesen avanzar hacia la obligatoriedad de este ciclo educativo. Un estándar distinto es el que se establece con respecto a la educación superior, pues en este caso, la enseñanza debe ser accesible pero sobre la base de la capacidad del postulante, no de manera generalizada. En este contexto, nos parece oportuno destacar que la expresión “capacidad” tiene un carácter objetivo, dado que hace referencia a las aptitudes que se precisan para poder desempeñar una actividad

⁸⁰ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC). *Op. Cit.* Art. 13.2 “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”. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 13.

⁸¹ GROVER, Sonja. Secondary education as a universal human right. *Education and the Law*. Vol. 16 (1): 2004. p. 24.

profesional o académica. De esta forma el concepto de “mérito”, que encontramos por ejemplo en la DUDH, no tiene cabida como requisito para acceder a este tipo de formación⁸². Por último, el Estado debe garantizar que tanto la educación secundaria como la superior, sean accesibles por medio de la implantación progresiva de la enseñanza gratuita. Ahora bien y en principio, la gratuidad solo constituye un medio entre otros posibles al cual puede recurrir el Estado con el objeto de asegurar el acceso a estos niveles⁸³. No obstante ello y en nuestra opinión, el PIDESC establece con claridad que el acceso debe garantizarse, “en particular”, a través de la gratuidad. Esto supone que la administración no puede permanecer en la inactividad, y que debe tomar medidas concretas con el fin de alcanzar este objetivo⁸⁴.

4.4.- La obligación de garantizar la entrega de becas y ayudas económicas

El sentido de esta obligación, reside en asegurar el acceso a la educación sobre la base de la igualdad de oportunidades, para todos aquellos que no tengan los recursos suficientes como para solventar los costos que se derivan de la enseñanza⁸⁵. En general,

⁸²DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Art. 26 “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.”

⁸³ UPRIMNY YEPES, Rodrigo, RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar. Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria. *Op. Cit.* p. 52.

⁸⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 13. “La implantación progresiva de la enseñanza gratuita” significa que, si bien los Estados deben atender prioritariamente a la enseñanza primaria gratuita, también tienen la obligación de adoptar medidas concretas para implantar la enseñanza secundaria y superior gratuitas”. PRINCIPIOS DE LIMBURGO. *Op. Cit.* Art. 21 “La obligación de “lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos” requiere que los Estados Partes actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos. Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad. Al contrario, todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto”.

⁸⁵ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC). *Op. Cit.* Art. 13 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”. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN). 20 de noviembre de 1989 (entrada en vigor: 2 de

y siguiendo a Cotino, podemos entender que las becas dependen de los rendimientos académicos de los alumnos, mientras que las ayudas financieras, se encuentran condicionadas a la situación socio económica del educando⁸⁶. En este último caso, dichas ayudas pueden ser directas, por ejemplo a través del otorgamiento de créditos, o bien indirectas, por medio del establecimiento de un sistema de subvenciones. En todo evento sin embargo, el Estado debe garantizar el respeto al principio de no discriminación en la entrega de estas ayudas⁸⁷. Ahora bien y en nuestro parecer, las subvenciones no configuran un derecho subjetivo a favor del titular del centro que las recibe, dado que su función reside en asegurar el derecho a la educación, no la libertad de enseñanza. Por esta razón, el Estado se encuentra facultado para imponer a estos establecimientos ciertos requisitos que no son exigibles para aquellos centros que no reciben financiamiento estatal, en el entendido que estos tienen por objeto cautelar que los fondos públicos garanticen efectivamente el acceso a la enseñanza⁸⁸.

septiembre de 1990). Art. 28 b “Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad”. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW). 18 de diciembre de 1979 (en vigor: 3 de septiembre de 1981). Art. 10 e) “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios”.

⁸⁶ COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. *Op. Cit.* p. 26. El CDESC dispone que la exigencia de "implantar un sistema adecuado de becas" debe leerse conjuntamente con las disposiciones del Pacto relativas a la igualdad y la no discriminación; el sistema de becas debe fomentar la igualdad de acceso a la educación de las personas procedentes de grupos desfavorecidos.” COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 26.

⁸⁷“Ningún Estado Parte tiene la obligación de financiar las instituciones establecidas de conformidad con los párrafos 3 y 4 del artículo 13, pero si un Estado decide hacer contribuciones financieras a instituciones de enseñanza privada, debe hacerlo sin discriminación basada en alguno de los motivos prohibidos”. *Ibidem.* párr. 54.

⁸⁸ A este respecto, concordamos con Atria cuando comenta: “Hay un obvio interés público en especificar las condiciones bajo las cuales puede accederse a la subvención estatal y el modo en que puede ésta ser utilizada. El Estado tiene innegablemente el deber de velar por la correcta utilización de los fondos públicos, lo que se traduce en su deber de crear mecanismos de fiscalización adecuados al modo en que esos recursos se invierten. Esto desde luego justifica que exista un régimen que permita el control del uso de los fondos estatales en establecimientos privados”.

4.5.- La obligación de fomentar la educación para adultos y el aprendizaje a lo largo de toda la vida

El derecho a la educación tiene por objeto el desarrollo de la personalidad humana hasta el máximo de sus capacidades. Es por esta razón, que no es posible restringir la educación al término del ciclo regular de enseñanza, en atención a que los retos que plantean el desarrollo, la globalización y las nuevas tecnologías, conducen a que el sujeto deba actualizar de forma permanente su saber⁸⁹. En este sentido, en la regulación internacional se recomienda a los Estados que fomenten la existencia de programas que permitan a los individuos la satisfacción continua de sus necesidades educativas y que se garantice a las personas que no hayan podido terminar su educación primaria, que puedan finalizar con éxito dicho ciclo formativo⁹⁰.

ATRIA, Fernando. El sentido de la educación pública. *Docencia*, 41: 2010. p. 34. FLORES RIVAS, Juan Carlos. Derecho a la Educación. Su contenido esencial en el derecho chileno. *Revista Estudios Constitucionales*. 12 (2): 2014. p. 126.

⁸⁹ TORRES INSTITUO, Rosa María. 12 Tesis para el cambio educativo, Justicia educativa y Justicia Económica. Op. Cit. p. 83. McCOWAN, Tristan. Education as a Human Right. Op. Cit. p. 65. Desde luego, en este caso las personas no tienen un derecho subjetivo, existiendo tal solo el deber del Estado de alcanzar este objetivo de manera progresiva, y en la medida en que los recursos con los que cuente así lo permitan.

⁹⁰ La Declaración de Hamburgo sobre la Educación de Adultos establece “La educación básica para todos supone que todas las personas, cualquiera sea su edad, tengan una oportunidad, individual y colectivamente, de realizar su potencial. No es sólo un derecho, sino también un deber y una responsabilidad para con los demás y con la sociedad en su conjunto. Es indispensable que junto al reconocimiento del derecho a la educación a lo largo de toda la vida se adopten medidas para crear las condiciones que propicien el ejercicio de este derecho”. DECLARACION DE HAMBURGO SOBRE LA EDUCACION DE ADULTOS. UNESCO, 14-18 de julio de 1997. Art. 9. De manera especial, se debe considerar lo dispuesto por el PIDESC “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”. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC). Op. Cit. Art. 13 d).

4.6.- La obligación de garantizar la no discriminación en el acceso a la educación

En el contexto de la educación, se entiende por discriminación: “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”⁹¹. Desde nuestra perspectiva, este catálogo debe ampliarse, dado que no abarca todas las hipótesis de exclusión que afectan a los titulares del derecho⁹². En este sentido, y sobre la base de la interpretación del CDESC, también deben considerarse como motivos prohibidos de discriminación: la discapacidad⁹³, la pertenencia étnica, el estado civil, la condición de refugiado o migrante⁹⁴, el estado de salud, la orientación sexual y la situación política⁹⁵.

Sin duda, el respeto al principio de no discriminación constituye una obligación de efecto inmediato, dado que las prácticas discriminatorias afectan la dignidad de los sujetos, impiden la cohesión social y el encuentro de estudiantes de distintos orígenes, y

⁹¹ CONVENCION RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA. París, 14 de diciembre de 1960. Art. 1.1.

⁹² TOMASEVSKI, Katarina. Indicadores del Derecho a la Educación. *Op. Cit.* p.368.

⁹³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 5. Aplicación Del Pacto Internacional De Económicos, Sociales Y Culturales, Observación general 5, Personas con discapacidad (11 período de sesiones, 1994), U.N. Doc. E/C.12/1994/13. 1994. párr. 5.

⁹⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). párr. 5.

⁹⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22° período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4. 2000. párr. 18.

favorecen que los alumnos más vulnerables se concentren en los mismos centros⁹⁶. Debido a esta circunstancia, el Estado debe regular el ejercicio de la libertad de enseñanza, de manera que ninguna clase de establecimiento, sea público o privado, exija condiciones de acceso que menoscaben la dignidad del alumno. En este orden de ideas, la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, es muy clara, pues señala que no constituye discriminación:

“La creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, *siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo* sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado”(el destacado es nuestro)⁹⁷.

⁹⁶ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 31. En este caso, se debe tener presente que constituye una violación a los derechos reconocidos en el Pacto, “La denegación activa de estos derechos a determinados individuos o grupos mediante cualquier forma de discriminación legislada o impuesta”. DIRECTRICES DE MAASTRICHT SOBRE VIOLACIONES A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 22-26 de enero de 1997. Art. 14 b). Por otro lado, el respeto al principio de no discriminación, constituye un derecho directamente exigible. Los Principios e Limburgo son muy claros a este respecto “35. El artículo 2 (2) es de aplicación inmediata y requiere de una garantía explícita por parte de cada uno de los Estados Partes. Por lo tanto, esto debería ser sujeto a la revisión judicial y a otros recursos procesales.” LOS PRINCIPIOS DE LIMBURGO SOBRE LA APLICACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Op. Cit.* Art. 35. UNESCO. Situación Educativa de América Latina y el Caribe: garantizando la Educación de Calidad para Todos. Informe Regional de Revisión y Evaluación del Progreso de América Latina y el Caribe hacia la Educación para Todos en el marco del Proyecto Regional de Educación (EPT/PRELAC) Santiago de Chile, 2007. p. 8.

⁹⁷ CONVENCION RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA. París, 14 de diciembre de 1960. Art. 2 c). En este caso, nos parece oportuno indicar que la UNESCO reafirma este punto, al recomendar que las normas que prohíben la discriminación, también se hagan extensivas a los centros privados: “Es igualmente importante que el alcance de las leyes relativas a la no discriminación no esté limitado a las instituciones educativas públicas, ya que esto comprometería el objetivo de la Convención de 1960. Por

De este modo, el respeto al principio de no discriminación, constituye un verdadero límite inmanente al ejercicio de la libertad de enseñanza, de manera que ni aun el expreso acuerdo de las partes contratantes, puede legitimar la aplicación de este tipo de medidas.

Por otro lado, el Estado debe eliminar tanto la discriminación directa, como también, la discriminación indirecta. En el primer caso, un sujeto es excluido del acceso a la educación por alguno de los motivos prohibidos, mientras que en el segundo supuesto se llega al mismo efecto, pero a través de la existencia de leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras, que influyen de manera desproporcionada en el ejercicio del derecho, y que afectan en particular, a ciertos grupos de la población⁹⁸. En este sentido, el Estado asume dos obligaciones: asegurar que ni la Constitución ni las leyes contengan normas que establezcan diferencias arbitrarias, lo cual incluye derogar las disposiciones legislativas y administrativas que entrañen discriminaciones y tomar “de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto”⁹⁹.

consiguiente, el principio de no discriminación de la Convención de 1960 debe interpretarse de modo que los actos de discriminación que se produzcan en instituciones privadas también queden prohibidos. En los informes no queda claro en qué medida esto es así en los Estados Miembros”. APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN Y RECOMENDACIÓN RELATIVAS A LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA. Resultados de la octava consulta de los Estados Miembros (2011-2013). París, UNESCO, 2013. p. 11.

⁹⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 42º período de sesiones. E/C.12/GC/20. 2 de julio de 2009, párr. 10.

⁹⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). párr. 8. CONVENCIÓN RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA. París, 14 de diciembre de 1960. Art. 3.

En este contexto y en virtud de una serie de normas de derecho internacional, el Estado debe otorgar especial atención a la situación de la mujer, de las personas con discapacidad, de los migrantes, de los niños en situación de emergencia, y de los pueblos indígenas¹⁰⁰. Esto se debe a que constituyen colectivos históricamente excluidos del acceso a los servicios educativos, de manera que en muchos casos requieren la aplicación de medidas que compensen dichas disparidades:

-En el primer caso, debe garantizar que la mujer pueda acceder a los mismos programas de estudios, centros de enseñanza y docentes que los hombres, y a las mismas oportunidades de becas y ayudas financieras que estos reciben¹⁰¹. Sin embargo, conviene tener presente que la brecha de género en el acceso a la educación, no obedece solo a razones financieras, sino que también a la existencia de prejuicios, barreras culturales, y a la falta de voluntad política por parte de los Estados para solucionar este problema¹⁰². En este sentido, el estándar básico lo establece la CEDAW, al disponer que la administración debe eliminar todo estereotipo de género dentro de su sistema educativo, estimular la educación mixta, y modificar los planes de estudio y los métodos de enseñanza de modo que reflejen la igualdad intrínseca entre hombre y mujer¹⁰³.

¹⁰⁰ ESPEJO, Nicolás. Manual sobre justiciabilidad de derechos sociales para jueces de Iberoamérica. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Oxfam y Red Iberoamericana de Jueces, 2009, p. 121.

¹⁰¹ CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW). *Op. Cit.* Art. 10 e). Para autores como Nussbaum, la educación constituye el principal instrumento en la lucha por la reivindicación de los derechos de la mujer. NUSSBAUM, Martha. Women's education: A global challenge. 2003. *Signs* 29(2): 2003. p. 332,

¹⁰² NACIONES UNIDAS-MUÑOZ, Vernor. El derecho a la educación de las niñas Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Sr. V. Muñoz Villalobos. 62º período de sesiones. E/CN.4/2006/45. 8 de febrero de 2006. párr. 122. NACIONES UNIDAS-TOMASEVSKI, Katarina. Informe presentado por Katarina Tomasevski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación. 60º periodo de sesiones. E/CN.4/2004/45. 25 de enero de 2004. párr. 26.

¹⁰³ CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW). *Op. Cit.* Art. 10 c). En todo caso, se debe destacar que la existencia de un sistema de educación

-Los niños con discapacidad gozan del mismo derecho a la educación que el resto de la población¹⁰⁴. De esta manera, el Estado debe garantizar de forma inmediata que no se establezcan requisitos que tengan por propósito o por efecto excluir a estas personas del acceso a la enseñanza, y de manera correlativa, les debe asegurar el acceso a una educación primaria y secundaria inclusivas, y en igualdad de condiciones con los demás alumnos¹⁰⁵.

-La ciudadanía se puede convertir en un obstáculo para el goce efectivo de los derechos humanos, pues como señala con acierto Ferrajoli “existe un nexo profundo entre democracia e igualdad y, a la inversa, entre desigualdad y racismo. Del mismo modo que la igualdad en derechos genera el sentido de igualdad basada en el respeto al otro como igual, la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual”¹⁰⁶. Por esta razón, el Estado debe garantizar que los no nacionales, y en especial los migrantes, no sean excluidos del acceso a la educación por no tener la nacionalidad del país en que residen o por ser hijos de padres indocumentados¹⁰⁷.

separado por razón de género, no constituye un motivo prohibido de discriminación, “siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes”. CONVENCION RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA. *Op. Cit.* Art. 2 a). Sin embargo, el Estado puede optar por no otorgar recursos públicos a este tipo de centros, aduciendo para ello, el cumplimiento de sus compromisos internacionales en materia de igualdad de género. ALÁEZ CORRAL, Benito. El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública. *Revista española de derecho constitucional*. 29 (86): 2009. pp. 31 y ss.

¹⁰⁴ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 9. 43° período de sesiones. 2006. párr. 62.

¹⁰⁵ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 13 de diciembre de 2006 (en vigor: 3 de mayo de 2008). Art. 24.

¹⁰⁶ FERRAJOLI. Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, Trotta, 2009. p. 44.

¹⁰⁷ Las obligaciones esenciales del Estado en esta materia las desarrolla el CEDR: “29. Suprimir los obstáculos que impidan a los no ciudadanos disfrutar de los derechos económicos, sociales y culturales, sobre todo en las esferas de la educación, la vivienda, el empleo y la salud. 30. Velar por que las instituciones docentes públicas estén abiertas a los no ciudadanos y a los hijos de los inmigrantes indocumentados residentes en el territorio de un Estado Parte; 31. Evitar la escolarización segregada y la aplicación de normas de trato distintas a los no ciudadanos por motivos de raza,

También debe asegurar que puedan acceder a los centros de enseñanza “en las mismas condiciones que los nacionales, con independencia de que sus padres estén en situación de regularidad o no, o incluso cuando sea el propio hijo el que no esté en situación de regularidad”¹⁰⁸. En el caso de los niños en situación de emergencia, tales como desplazados, refugiados, solicitantes de asilo, víctimas de conflictos armados o de algún desastre natural, estos deben recibir toda la protección humanitaria que requieran para el goce efectivo de sus derechos, lo cual se traduce para Vernor Muñoz, en “la obligación de proveer pronto y completo acceso a la educación y una rápida integración en el sistema educativo regular”¹⁰⁹.

-Por último, y en relación a los pueblos indígenas, el estándar básico lo establece el Convenio 169 de la OIT. De acuerdo con este texto, el Estado debe garantizar que los indígenas tengan la posibilidad de acceder a todos los niveles del ciclo educativo, y en

color, ascendencia y origen nacional o étnico en la escuela elemental y secundaria y en el acceso a la enseñanza superior”. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. Recomendación general N° 30. Discriminación contra los no ciudadanos. 65 período de sesiones, 2004. párr. 29-30-31.

¹⁰⁸CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. 18 de diciembre de 1990. Art. 30.

¹⁰⁹ NACIONES UNIDAS-MUÑOZ, Vernor. El derecho a la educación en situaciones de emergencia. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz. Octavo período de sesiones. A/HRC/8/10. 20 de mayo de 2008. párr. 44. Por otro lado, la CDN dispone: “Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.” CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN). *Op. Cit.* Art. 22. En esta materia, también se deben tener presente las “Normas Mínimas para la educación en situaciones de emergencia, crisis crónicas y reconstrucción temprana”, elaboradas por UNESCO. Este instrumento elabora algunos principios básicos con el objeto de garantizar el derecho a la educación en las situaciones que indica. En general, se recomienda que el Estado elabore una estrategia de diagnóstico, respuesta, seguimiento y evaluación de la emergencia, y que fomente la participación de la comunidad local cuando esto sea posible. NORMAS MÍNIMAS PARA LA EDUCACIÓN EN SITUACIONES DE EMERGENCIA, CRISIS CRÓNICAS Y RECONSTRUCCIÓN TEMPRANA. Paris, Unesco, 2004. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. 19 de agosto de 2014. párr. 104.

pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional¹¹⁰. En este ámbito, el Estado puede crear un sistema especial de admisión que contemple por ejemplo cuotas de ingreso, u otorgar prioridad a todo aquel que pertenezca a una minoría indígena en el caso de becas o ayudas económicas.

4.7.- La obligación de garantizar la accesibilidad material

Para el CDESC, “La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia)”¹¹¹. En este sentido, algunos autores dan cuenta que en zonas rurales, los alumnos deben caminar largas horas para llegar a la escuela, que las familias que desean que sus hijos continúen estudiando en la educación secundaria deben realizar esfuerzos importantes para enviarlos a la ciudad y que la educación universitaria solo se encuentra disponible en los grandes centros urbanos¹¹². Desde nuestro punto de vista, esto se traduce en que el Estado debe garantizar que los centros de enseñanza se encuentren ubicados de tal manera que el acceso a ellos, no importe grandes sacrificios para los titulares del derecho. Lo anterior puede significar por ejemplo, la construcción de

¹¹⁰ CONVENIO 169 OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES. Art. 26. También resulta relevante lo que establece la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje. 2. Los indígenas, en particular los niños, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación. 3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, conjuntamente con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma”. DECLARACION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS. 13 de septiembre de 2007. Art. 14.

¹¹¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 6.

¹¹² TORRES INSTITUO, Rosa María. 12 Tesis para el cambio educativo, Justicia educativa y Justicia Económica. *Op. Cit.* p. 30.

escuelas en regiones rurales o indígenas, proporcionar un medio de transporte para determinados grupos, o utilizar tecnología como un medio alternativo de enseñanza¹¹³.

4.8.- La obligación de respetar la libertad de elección del centro de enseñanza

La libertad de elección engloba a un conjunto de facultades que habilitan a su titular para decidir por sí mismo, o por otro a nombre de él, el lugar donde habrá de recibir su educación. Se traduce en la prohibición de amparar un sistema de destinos forzosos, de tal forma que en todo momento, el sujeto deberá contar con la posibilidad de optar por el establecimiento de su preferencia, surgiendo para el Estado, el deber correlativo consistente en generar los mecanismos que reflejen y tomen en cuenta dicho derecho de opción¹¹⁴.

Abarca la libertad de elección del centro de enseñanza y la libertad de elección en materia de formación moral o religiosa¹¹⁵. La primera, se traduce en el derecho de elegir la institución educativa que mejor satisfaga sus intereses. Sin embargo, el ejercicio

¹¹³ KALANTRY, Sital, GETGEN Jocelyn E., ARRIGG KOH, Steven. Enhancing Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights Using Indicators: A Focus on the Right to Education in the ICESCR. Human Rights Quarterly. 32: 2010. p. 277.

¹¹⁴ DOMINGUEZ-BERRUETA de Juan, Miguel Ángel, SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. Derecho y educación. Régimen jurídico de la educación. *Op. Cit.* p. 112. COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. *Op. Cit.* p. 189.

¹¹⁵ Esta libertad se reconoce de forma expresa tanto en el PIDESC, como en el PIDCP. “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.” PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC). *Op. Cit.* Art. 13.3 “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (PIDCP). 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor: 23 e marzo de 1976) Art. 18.4.

de esta facultad está sujeta a ciertas restricciones, las cuales En pueden ser fácticas, como por ejemplo que la oferta de plazas supere ampliamente a la demanda; geográficas, tales como la ausencia de colegios o universidades que se encuentren a una distancia razonable del hogar del educando; institucionales, en el caso que el establecimiento cuente con requisitos de ingreso o pruebas de selección; y jurídicas, cuando sea el propio ordenamiento, el que basado en razones debidamente justificadas, límite el derecho de elección a ciertos centros, o bien, imponga a estos restricciones para poder aceptar o rechazar alumnos. En este sentido, la libertad de elección solo ampara la posibilidad de optar por un determinado establecimiento, y que dicha expectativa sea protegida de un modo más o menos razonable por el legislador, pero en modo alguno, implica la seguridad de que la opción elegida, deba efectivamente concretarse. La segunda libertad, supone la garantía para su titular, que los contenidos o materias que se impartan en una institución, no afectarán su libertad de conciencia, reconociéndole por tanto la facultad de elegir un establecimiento con un ideario que se corresponda con sus propias convicciones, o bien, a eximirse de aquellas materias que la lesionen gravemente. De esta forma se establece para el Estado la prohibición, y en general para cualquier sujeto que desarrolle una actividad en la esfera de la enseñanza, de adoctrinar o manipular ideológicamente al alumno¹¹⁶, pues dicha libertad busca garantizar un

¹¹⁶CASTILLO CORDOVA, Luis. Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.p. 278. MEIX, Pablo. Descentralización de la enseñanza y derechos fundamentales: un estudio comparado entre España y Alemania. Pablo Meix Cereceda. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013. p. 188.

espacio protegido, para que las personas puedan emprender de manera autónoma su propia búsqueda sobre el sentido de la vida¹¹⁷.

En otro orden de ideas, estas libertades pueden asumir dos modalidades de ejercicio. En la primera, existirá coincidencia entre quien ejerza alguna de ellas, y el titular del derecho a la educación, en la segunda, un sujeto distinto decidirá por él. Este será por ejemplo, el caso de los padres o tutores respecto de sus hijos o pupilos. La distinción que proponemos tiene enorme importancia. Si el derecho de opción es ejercido por el propio titular del derecho a la educación, entonces existirá coincidencia entre el interés del titular de la libertad de elección, y el interés del titular del derecho a la educación. Sin embargo, si nos colocamos en el segundo supuesto, dicha coincidencia no se producirá. En efecto, dado que se trata de una libertad que busca proteger el libre desarrollo de la personalidad del alumno, quien la ejerza a nombre de otro, deberá hacerlo no con la finalidad de satisfacer su interés, sino que, el interés del titular del derecho a la educación¹¹⁸. Como en la mayoría de los casos nos enfrentaremos a situaciones en las cuales serán los padres o tutores quienes deberán elegir el centro de enseñanza o la formación que quieran para sus hijos, ello nos obligará a interpretar dicho ejercicio, en términos del derecho a la educación del menor, de forma que solo constituirá un ejercicio legítimo, aquel que no lesione su interés. Esto se traducirá, como

¹¹⁷ Conviene aclarar que este deber no implica que la enseñanza religiosa esté prohibida, por el contrario, solo implica que las instituciones de enseñanza no pueden privar al alumno del disfrute de su libertad de conciencia.

¹¹⁸ VALERO, HEREDIA. Ana. La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. p. 167. DOMINGUEZ-BERRUETA de Juan, Miguel Ángel, SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. Derecho y educación. Régimen jurídico de la educación. *Op. Cit.* p. 109. COTINO, Lorenzo. Reflexiones en favor de una concepción funcional de la libertad de enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo. Cuadernos Constitucionales. 22/23: 1998.p. 92.

veremos más adelante, en que los padres no podrán elegir cualquier centro, ni optar por cualquier formación moral o religiosa, sino solo por aquellas que satisfagan ciertas condiciones.

5.- La obligación de garantizar la aceptabilidad de la educación

No es suficiente con garantizar el acceso a la enseñanza, pues como indican UNESCO y UNICEF, esta circunstancia no asegura de manera necesaria “una educación que habilite a las personas para alcanzar sus objetivos económicos y sociales y para adquirir las competencias, los conocimientos, los valores y las actitudes que hacen surgir una ciudadanía responsable y activa”¹¹⁹. A raíz de lo anterior, el Estado debe garantizar que el servicio educativo satisfaga ciertos estándares de calidad, lo cual conlleva la obligación de asegurar que los contenidos de la educación persigan determinados fines, la de establecer normas mínimas en materia de enseñanza, y la de procurar que la educación se imparta de un modo acorde con la dignidad del alumno.

5.1.- La obligación de garantizar que los contenidos de la educación persigan ciertos fines

Los tratados le imponen al Estado la obligación de velar porque el servicio educativo sea de calidad, lo cual se traduce en el deber de asegurar que en todos los ciclos de enseñanza se respeten y desarrollen los propósitos de la educación¹²⁰. Estos fines se

¹¹⁹ UNESCO-UNICEF. Un enfoque de la educación basado en los derechos humanos. Nueva York, UNESCO, 2008. p. 27.

¹²⁰ Se discute si el objeto del derecho alcanza a la educación superior. Nosotros entendemos que la respuesta es afirmativa, dado que el art. 13 del PIDESC, al establecer cuáles deben ser los fines de la educación, recurre a una

establecen en numerosos instrumentos de derecho internacional, siendo los más relevantes los contemplados en los arts. 13 del PIDESC¹²¹, 29 de la CDN¹²², 10 de la CEDAW¹²³, 24 de la CRPD¹²⁴, 7 de la ICERD¹²⁵, y 5 de la Convención de la UNESCO

formula genérica, esto es, sin referir los fines a un ciclo en particular. Solo distingue entre educación primaria, secundaria y superior, en el inciso siguiente, pero en el contexto de las obligaciones que asumen los Estados en relación a cada nivel. También se discute si los propósitos de la enseñanza se proyectan sobre la educación no formal. Si la respuesta fuese afirmativa, ello supondría que el objeto impondría límites a cualquier transmisión de ideas y en cualquier ámbito humano. Es por esta razón que más allá de la educación formal, el objeto debe tener un alcance limitado. Una discusión en este sentido: COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. *Op. Cit.* pp. 85-86.

¹²¹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC). *Op. Cit.* art. 13.1 “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”

¹²² CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN). *Op. Cit.* Art. 2.1 “Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”

¹²³ CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (CEDAW). *Op. Cit.* Art. 10 “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza. (...) h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

¹²⁴ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CRPD). 13 de diciembre de 2006 (en vigor: 3 de mayo de 2008). Art. 24.1 “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a: a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana; b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas; c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.”

¹²⁵ CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL (ICERD). 21 de diciembre de 1965 (en vigor: 4 de enero de 1969) Art. 7 “Los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención.

relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza¹²⁶. Ahora bien, y sobre la base de estos corpus normativo, podemos afirmar siguiendo a Llamazares que los fines de la educación son los siguientes:

“la dignidad de la persona y el pleno desarrollo de la personalidad hasta el máximo de sus posibilidades, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, la comprensión, tolerancia y amistad entre los pueblos y los grupos étnicos o religiosos, la paz, el respeto del diferente, de uno mismo y de la propia identidad y de la identidad de los otros, la participación responsable en una sociedad libre y el respeto del medio ambiente natural”¹²⁷.

Sin embargo, lejos de carecer de relevancia jurídica, o de constituir simples declaraciones de buenas intenciones, estos propósitos generan obligaciones concretas para el Estado¹²⁸:

-En primer lugar, los Estados asumen la obligación inmediata de incorporar los fines descritos a su derecho interno. De esta forma el CDESC dispone “Los Estados Partes han de velar por que los planes de estudio, en todos los niveles del sistema educativo,

¹²⁶ CONVENCIÓN DE LA UNESCO RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA. *Op. Cit.* Art. 5.1 “1. Los Estados Partes en la presente Convención convienen: a. En que la educación debe tender al pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y a reforzar el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que debe fomentar la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales o religiosos, y el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”

¹²⁷ LLAZAMARES, Dionisios. Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia. Madrid, Safekat, 2010. p. 77.

¹²⁸ En contra de esta tesis: SNOOK, I. LANHSHEAR, C. Education and Rights. Melbourne, Melbourne University Press, 1979. p. 31.

estén orientados a los objetivos definidos en el párrafo 1 del artículo 13”¹²⁹. En el mismo sentido se pronuncia el Comité de los Derechos del Niño “Si no hay un refrendo oficial concreto en el derecho o las normas nacionales, parece poco probable que los principios pertinentes se apliquen o vayan a ser aplicados para inspirar de verdad las políticas educativas”¹³⁰.

-En segundo lugar, los Estados se obligan a revisar, y si se da el caso, a modificar sus planes de estudio. Esto se justifica, pues toda la legislación debe guardar armonía con los objetivos de la educación¹³¹.

-En tercer lugar, surge la obligación de capacitar a todos los que intervengan en la esfera de la enseñanza, sean estos profesores, administrativos, o a cualquier otro que participe de manera relevante en el proceso educativo, dado que los métodos pedagógicos empleados, deben reflejar efectivamente los propósitos de la educación¹³².

-En cuarto lugar, los Estados deben garantizar un nivel mínimo esencial de educación. Esta obligación se cumple entre otros modos, a través de la introducción de los fines prescritos por el derecho internacional. En este contexto el CDESC dispone:

¹²⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 49.

¹³⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 1. Propósitos de la educación, HRI/GEN/1/Rev.7 at 332, 2001. párr. 17. Como la Convención no entrega pautas que permitan discernir en abstracto cual objetivo es más valioso, los Estados no tienen libertad en la elección de algunas finalidades por sobre otras. HODGSON, Douglas Charles. The Role and Purposes of Public Schools and Religious Fundamentalism: An International Human Rights Law Perspective. *Forum on Public Policy: A Journal of the Oxford Round Table*. 1: 2012. p. 21.

¹³¹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 1. *Op. Cit.* párr. 18. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 49

¹³² COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 1. *Op. Cit.* párr. 18.

“En su Observación general N° 3, el Comité confirmó que los Estados Partes tienen "una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos" enunciados en el Pacto, incluidas las "formas más básicas de enseñanza". En el contexto del artículo 13, esta obligación mínima comprende: (...) que la enseñanza corresponda a los objetivos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13”¹³³.

De acuerdo a lo anterior, los Estados adquieren el deber de procurar que el objeto de la enseñanza se concrete y desarrolle en toda su normativa, y en que los distintos planes y programas que la administración impulse en la materia, se orienten a dichos fines¹³⁴. Este aspecto es de la máxima relevancia, pues un marco regulatorio y una política pública diseñadas bajo un enfoque coherente de respeto a los derechos fundamentales y a los principios de universalidad, interdependencia y no discriminación, permitirá el cumplimiento efectivo de las obligaciones que los Estados asuman en este ámbito¹³⁵. Ahora bien, esta obligación dota al proceso educativo tanto una de dimensión cualitativa como de otra axiológica:

¹³³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 57.

¹³⁴ Los propósitos de la educación constituyen mandatos de optimización. Esto significa que los Estados solo asumen el deber de orientar su legislación hacia un determinado fin, pero sin que la normativa descrita les diga cómo hacerlo. En este sentido, la administración gozará de un cierto margen de apreciación, el cual podrá estar determinado por ejemplo, por las circunstancias históricas propias de cada país, por su cultura, su idioma, su estructura social, o bien, por otros factores diversos. Sobre las normas de derechos humanos como principios: PRIETO SANCHIS, Luis. Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Madrid, Trotta, 2009. p. 180. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. *Op. Cit.* p. 67. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismos garantista. *Doxa*, 34: 2011. p. 37. ZAGREBLESKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid, Trotta, 2011. p. 110. BOCKENFORDE, Ernst. Escritos sobre derechos fundamentales. Baden-Baden, Nomos, 1993. p. 80.

¹³⁵ PEREZ MURCIA, Luis. Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas. En: PEREZ MURCIA, Luis. UPRIMNY, Rodrigo. RODRIGUEZ, Cesar. Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá, IDEP, 2007. p. 75.

- Los fines de la educación y la dimensión cualitativa del proceso educativo. Esta obligación se traduce en que el sistema educativo debe entregar conocimientos y destrezas que le permitan al educando, de manera real y efectiva, perseguir su propio plan de vida¹³⁶. De acuerdo con este enfoque, la enseñanza supone más que la alfabetización y la adquisición de los conocimientos matemáticos elementales, implica que el individuo pueda desarrollar todas aquellas capacidades que le permitan gozar de una vida humana floreciente¹³⁷. El CDN se encarga de precisar que estas habilidades incluyen entre otras: la capacidad para adoptar decisiones ponderadas, para resolver conflictos de forma no violenta, para llevar una vida sana, para tener relaciones sociales satisfactorias y la capacidad para desarrollar el sentido crítico y las dotes creativas¹³⁸.

- Los fines de la educación, y la dimensión axiológica del proceso educativo. Por otro lado, los propósitos del derecho buscan asegurar que el proceso formativo se encamine hacia la promoción los valores que encarnan los derechos humanos¹³⁹. En este orden de ideas, debemos recordar que la doctrina generalmente diferencia al menos en

¹³⁶ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 1. *Op. Cit.* párr. 1-2.

¹³⁷ CURREN, Randall. Education as a Social Right in a Diverse Society. *Journal of Philosophy of Education*. 43 (1): 2009. p. 54. HODGSON, Douglas Charles. The Role and Purposes of Public Schools and Religious Fundamentalism: An International Human Rights Law Perspective. *Op. Cit.* p. 23. NUSSBAUM, Martha, Crear capacidades. *Op. Cit.* p. 53. McCOWAN, Tristan. *Op. Cit.* pp. 64. BRIGHOUSE, Harry. Moral and Political aspects of education. *Op. Cit.* p. 39.

¹³⁸ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 1. *Op. Cit.* párr. 9

¹³⁹ *Ibidem.* párr. 3. Esta formación exige más que la mera transmisión de conocimientos sobre dicha materia, supone generar una cultura favorable hacia el respeto de las garantías fundamentales. Desde luego se debe tener presente que la formación en derechos humanos, no puede implicar que el alumno deba adherir a dichos valores, pues de lo contrario, se lesionaría gravemente su libertad de conciencia y su dignidad. La doctrina española ha discutido extensamente este aspecto. LLAMAZARES FERNANDEZ, Dionisos. Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia. *Op. Cit.* pp. 160 y ss. POLO SABAU, José Ramón. La objeción de conciencia a la asignatura de educación para la ciudadanía ante el Tribunal Supremo. *En:* POLO SABAU, José Ramón, SOUTO GALVÁN, Clara (eds.) Educación y Libertad, Madrid, Dykinson, 2012. p. 170. VEGA GUTIERREZ, Ana María. La objeción de conciencia en el ámbito educativo. *En:* REQUERO, José Luís, MARTINEZ, José Luís. Los derechos fundamentales en la educación. Valladolid, Cuadernos de Derechos Judicial, 2007. p. 268. ALAEZ CORRAL, Benito. El ideario educativo constitucional como límites a las libertades educativas. *Revista europea de derechos fundamentales.* p. 110

un plano conceptual, entre educación y enseñanza. Así, mientras la educación alude a la comunicación de una serie de convicciones morales, filosóficas o religiosas, la enseñanza lo hace al traspaso sistemático de ideas y conocimientos¹⁴⁰. En nuestra opinión, estos dos conceptos aparecen tan conectados en la normativa internacional, que bien podría decirse que en el derecho de los tratados, las nociones de educación y de enseñanza se funden completamente. De esta forma, y desde la perspectiva de su titular, el derecho a la educación aparece dotado de un carácter finalista, en el entendido de que este constituye un derecho a recibir una educación que persiga determinados valores¹⁴¹.

Por último, debemos destacar que los propósitos de la educación tienen un carácter dual, esto es, persiguen fines tanto individuales como colectivos¹⁴². Ahora bien, los tratados no entregan pautas ni establecen diferencias entre ellos, de tal modo que en

¹⁴⁰ COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. *Op. Cit.* pp. 53 y ss. CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional chileno, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012. p. 349.

¹⁴¹ Así, y como sostiene el Comité sobre los Derechos del Niño, los valores que impregnan el objeto del derecho a la educación representan “un consenso [que] atraviesa las líneas divisorias que han trazado las religiones, las naciones y las culturas en muchas partes del mundo”. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 1. *Op. Cit.* párr. 4. Como sostiene Aláez “Solo se puede convivir bajo un sistema constitucional-democrático eficaz si los individuos son educados para desarrollar plenamente su personalidad, y esta solo puede desarrollarse plenamente si se reconocen los propios derechos y los derechos de los demás, se aprende a respetarlos, y se interiorizan las reglas de convivencia propia de una sociedad democrática”. ALAEZ CORRAL, Benito. El ideario educativo constitucional como límites a las libertades educativas. *Op. Cit.* p. 111. En este sentido, el texto lo básico lo constituye la Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos de 19 de diciembre de 2011. Dicho documento establece “La educación y la formación en materia de derechos humanos están integradas por el conjunto de actividades educativas y de formación, información, sensibilización y aprendizaje que tienen por objeto promover el respeto universal y efectivo de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, contribuyendo así, entre otras cosas, a la prevención de los abusos y violaciones de los derechos humanos al proporcionar a las personas conocimientos, capacidades y comprensión y desarrollar sus actitudes y comportamientos para que puedan contribuir a la creación y promoción de una cultura universal de derechos humanos”. DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. 19 de diciembre de 2011. Art. 2.1.

¹⁴² “From the outset, there has been this inherent dualism in the right to education: as an individual right everyone is entitled to it but at the same time, according to Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights, whereas education is intended to ensure “the full development of the human personality”, it is also directed towards “the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms”. DAUDET, Yves, SINGH, Kishore. *The Right to Education: An Analysis of UNESCO’s Standard-setting Instruments*. Paris, UNESCO, 2001. p. 28.

principio no es posible determinar cuál de estos fines presenta mayor relevancia¹⁴³. El problema reside en que los propósitos que consideran a la educación como un medio puesto al servicio del fortalecimiento de la democracia o del desarrollo económico, ocultan en realidad el interés subjetivo del individuo¹⁴⁴. Debido a lo anterior, y en nuestra opinión, en este caso se impone un criterio de interpretación restrictivo, de tal forma que estos fines solo son admisibles, en la medida en que a través de ellos, no se lesione el derecho a la educación¹⁴⁵. En efecto, para el CDN, la educación debe girar en torno al alumno y a sus intereses, le debe ser favorable, y le debe habilitar y capacitar de una manera que sea acorde con su dignidad¹⁴⁶. En este mismo sentido el CDESC, luego de enumerar los diversos fines de la educación, se encarga de precisar “De todos esos objetivos de la educación que son comunes al párrafo 2 del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al párrafo 1 del artículo 13 del Pacto, acaso el fundamental sea el que afirma que "la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana"¹⁴⁷.

¹⁴³ HODGSON, Douglas Charles. The Role and Purposes of Public Schools and Religious Fundamentalism: An International Human Rights Law Perspective. *Op. Cit.* 1: 2012. p. 21. McCOWAN, Tristan. Education as a Human Right. *Op. Cit.* p. 73.

¹⁴⁴ COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. *Op. Cit.* p. 69. TORRES INSTITUO, Rosa María. 12 Tesis para el cambio educativo, Justicia educativa y Justicia Económica. *Op. Cit.* p. 30.

¹⁴⁵ El fundamento normativo de esta tesis, descansa en el hecho que de acuerdo al art. 31 de la Convención de Viena, los tratados deben interpretarse tomando en cuenta su objeto y fin. Por tanto, como el objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos radica en la protección de la persona humana, estos siempre deben interpretarse a favor del individuo. NASH, Claudio. El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *En:* NOGUIERA, Humberto. Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad. Santiago, Librotecnia, 2013. p. 182.

¹⁴⁶ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 1. *Op. Cit.* párr. 2.

¹⁴⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 4.

5.2.- La obligación de establecer normas mínimas en materia de enseñanza

En este contexto, conviene distinguir entre educación reconocida, no reconocida e informal¹⁴⁸. La educación reconocida, es aquella que se imparte dentro del sistema educativo formal, y que conduce a la entrega de certificados o grados reconocidos por parte del Estado. Tiene un carácter sistemático y secuencial, dado que se encuentra integrada por objetivos, niveles y sistemas de evaluación. La educación no reconocida, es aquella que se imparte fuera del sistema educativo formal, y que no conduce a la entrega de certificados o grados reconocidos de manera oficial. A igual que la educación formal, puede tener un carácter más o menos sistemático y secuencial. Finalmente, la educación informal, es aquella que se recibe en la familia, a través de los medios de comunicación, o por la interacción con otras personas. A diferencia de las dos anteriores, carece de sistematicidad y secuencialidad. Esta distinción tiene relevancia, pues la educación reconocida se encuentra sujeta a un estándar más alto de legitimación pública, en atención a que representa la formación que habilita al alumno para continuar con su proceso educativo formal, llegar a la educación superior, e insertarse en el mundo laboral¹⁴⁹.

Debido a lo anterior, el Estado debe exigir a estos centros ciertos requisitos mínimos, con el objeto de asegurar la calidad y la idoneidad de la educación, los cuales pueden comprender por ejemplo, materias relacionadas con el régimen de admisión, con los

¹⁴⁸ COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. *Op. Cit.* p. 62.

¹⁴⁹ ATRIA, Fernando. Mercado y Ciudadanía en la Educación. Santiago de Chile, Flandes Indiano, 2007. p. 89.

planes de estudio, con la infraestructura o con el personal docente¹⁵⁰. Sin embargo, las exigencias que imponga el Estado, deben respetar los propósitos de la enseñanza. Esta circunstancia conduce en nuestro parecer, a que el proyecto o ideario de cada establecimiento, así como todo lo que diga relación con los métodos de pedagógicos o disciplinarios, gozarán de protección constitucional, solo en la medida en que no persigan fines distintos a los valores que amparan la formación del alumno de acuerdo con el objeto del derecho. En este sentido, los fines de la educación constituyen un verdadero límite al ejercicio de las libertades educativas¹⁵¹. Esta tesis se funda en la redacción literal del art. 13.4 del PIDESC “Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para *establecer* y *dirigir* instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 [el objeto del derecho] y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado” (el destacado es nuestro)¹⁵². Lo anterior a su vez, genera consecuencias tanto para el ejercicio de la libertad de cátedra, como de la libertad de elección.

¹⁵⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 29. En este sentido, también se debe tener presente la relación que establece el CDESC entre los fines de la educación y la obligación de satisfacer niveles mínimos esenciales: “En su Observación general N° 3, el Comité confirmó que los Estados Partes tienen “una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos” enunciados en el Pacto, incluidas las “formas más básicas de enseñanza”. En el contexto del artículo 13, esta obligación mínima comprende: el velar (...) por que la enseñanza corresponda a los objetivos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13. *Ibíd.* párr. 57.

¹⁵¹ ALAEZ CORRAL, Benito. El ideario educativo constitucional como límites a las libertades educativas. *Op. Cit.* p. 91 y ss.

¹⁵² Este principio se reitera en el art. 29.2 de la CDN, y en el art. 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos. Dado que el objeto del derecho es lo suficientemente amplio, dentro de él es posible incorporar a una gran variedad de proyectos educativos que representen la diversidad de concepciones religiosas, filosóficas o pedagógicas que existen en la sociedad. Este punto no solo es relevante, sino que constituye una obligación del Estado en el sentido que debe respetar los diferentes idearios y las elecciones de las familias, a condición claro, que se satisfagan las condiciones mínimas establecidas por la autoridad.

En efecto, la libertad de cátedra se desarrolla en el marco de unos contenidos y unos métodos que se hallan, en mayor o menor medida predeterminados, en función de las competencias y de los objetivos que han sido establecidos por la autoridad¹⁵³. Esto significa que el docente no podrá enseñar, o enseñar materias distintas de aquellas para las cuales ha sido contratado. Por otro lado, la libertad de cátedra no exime al profesor de su deber de inculcar a los alumnos, especialmente en los niveles no universitarios, los fines y valores propios de la educación, de tal forma que esta libertad tampoco garantiza, la enseñanza en otros principios que no sean los estrictamente fijados por la normativa vigente¹⁵⁴. En el caso de la libertad de elección, el derecho de opción solo podrá darse con respecto a aquellas instituciones que satisfagan los requisitos mínimos establecidos por la autoridad. Esto supone que los establecimientos que no cumplan con dicho estándar, y que en particular, no reflejen en su proyecto educativo los fines prescritos por la normativa vigente, serán inelegibles para las familias, o en su caso, para los propios titulares del derecho en comento. Esta restricción tiene su fundamento en el art. 13.3 del PIDESC:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe

¹⁵³ BLANCA. Lozano. La libertad de cátedra. Madrid, Marcial Pons, 1995. p. 181. SALGUERO, Manuel. Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos. Barcelona, Ariel, 1997. pp. 95

¹⁵⁴ EMBID IRUJO, Antonio. Las libertades en la enseñanza. Madrid, Tecnos, 1982, p. 306.

en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

En este sentido, el CDESC establece que la educación debe ser objetiva e imparcial, y respetar la libertad de opinión, conciencia y expresión del alumno¹⁵⁵.

5.3.- La obligación de garantizar que la educación se imparta de un modo acorde con la dignidad del alumno

Tanto la escuela como la universidad, se pueden transformar en lugares de castigo y de violencia institucionalizada, sobre todo en relación a grupos especialmente desaventajados, tales como niñas, indígenas, alumnos con necesidades especiales, minorías lingüísticas o sexuales, entre otros¹⁵⁶. En este contexto, también se lesiona el derecho a la educación, en todos aquellos casos en que sus titulares son objeto de violencia, discriminación, burlas o malos tratos, sea por parte de profesores, directivos u otros estudiantes. Sin embargo, el CDN sostiene que los fines del derecho son portadores de unos valores que se proyectan sobre todo el proceso de aprendizaje, los métodos pedagógicos, las potestades disciplinarias y en general, sobre todo el ambiente escolar¹⁵⁷. Por esta razón, los castigos corporales son incompatibles con el derecho a la educación, así como toda forma de humillación pública, y en general, cualquier tipo de

¹⁵⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 28.

¹⁵⁶ RIOUX, Marcia, PINTO, Paula. A time for the universal right to education: back to basics. *British Journal of sociology of Education*. 31 (5): 2010. p. 621. McCOWAN, Tristan. Education as a Human Right. *Op. Cit.*, p. 100.

¹⁵⁷ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 1. *Op. Cit.* párr. 8. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 8. El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros). 42º período de sesiones. CRC/C/GC/8. 21 de agosto de 2006. párr. 46. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 41.

sanción que suponga un menoscabo a alguno de los derechos reconocidos en los tratados internacionales¹⁵⁸. Esto significa que la enseñanza debe darse en un marco de respeto hacia el conjunto de los derechos humanos del educando, de tal modo que se garantice el libre desarrollo de su personalidad y el valor de su dignidad¹⁵⁹. Así, el Estado debe adoptar medidas inmediatas con el objeto de asegurar que en toda clase de establecimientos, públicos o privados, se respeten sus derechos, y de investigar, sancionar y reparar a la víctima, en que caso de que ello no ocurra¹⁶⁰.

6.- La obligación de garantizar la adaptabilidad de la educación

Los Estados deben centrar sus esfuerzos en el aprendizaje, esto es, en que los alumnos adquieran de manera efectiva conocimientos útiles, capacidad de raciocinio, aptitudes y valores, en lugar de prestar exclusiva atención al logro de ciertos indicadores cuantitativos, tales como el número de alumnos matriculados o la cantidad de centros de enseñanza disponibles en un determinado país¹⁶¹. Lo anterior guarda armonía con la obligación que asume la administración, en orden a garantizar que a través de la

¹⁵⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 41.

¹⁵⁹ “La educación en la esfera de los derechos humanos debe facilitar información sobre el contenido de los tratados de derechos humanos, pero los niños también deben aprender lo que son esos derechos observando la aplicación en la práctica de las normas de derechos humanos, ya sea en el hogar, en la escuela o en la comunidad.” COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 1. *Op. Cit.* párr. 15.

¹⁶⁰ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN). *Op. Cit.* . Art. 28.2. “Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención”. En nuestra opinión, se debe tener presente que también constituye una violación a los derechos sociales “(d) La no regulación de actividades de particulares o grupos para evitar que éstos violen los derechos económicos, sociales y culturales. DIRECTRICES DE MAASTRICHT SOBRE VIOLACIONES A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Op. Cit.* Art. 15 d). De tal forma que los castigos que infrinjan la dignidad del alumno, deben encontrarse para todo tipo de centros, y en todas las modalidades de enseñanza. En este contexto, la UNICEF señala que el régimen disciplinario estudiantil debe encontrarse sujeto a los principios de legalidad y debido proceso. UNICEF-COSTA RICA. El Derecho a la Educación y a los Reglamentos. San José de Costa Rica, UNICEF, 1990. p. 30

¹⁶¹ DECLARACIÓN MUNDIAL SOBRE EDUCACIÓN PARA TODOS. Aprobada por la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos, celebrada en Jomtien (Tailandia) del 5 al 9 de marzo de 1990. Art. IV

educación, los titulares del derecho puedan desarrollar en igualdad de condiciones sus capacidades hasta el máximo de sus posibilidades¹⁶². Sin embargo, los alumnos no constituyen un colectivo homogéneo, por el contrario, estos se caracterizan por tener necesidades distintas, por gozar de un acceso dispar a bienes y servicios, y por provenir de contextos diversos. En este sentido y con la finalidad de alcanzar los mismos objetivos que el resto de los estudiantes, el educando precisará en ocasiones de un trato que tome en cuenta dichas diferencias, ya que solo de ese modo, podrá convertir sus capacidades en funcionamientos efectivos¹⁶³. A raíz de esta circunstancia, el Estado deberá garantizar que la educación se adapte a las condiciones particulares del alumno, como también, a su respectiva realidad social y cultural¹⁶⁴. En este contexto, nos parece relevante destacar la obligación de fomentar la asistencia regular a la escuela, la obligación de garantizar la adaptabilidad de la educación en relación a las personas con discapacidad y a los pueblos indígenas, y la obligación de garantizar que la enseñanza se imparta en una lengua que sea comprensible para el alumno.

6.1.- La obligación de fomentar la asistencia regular a la escuela

Las razones que llevan a la deserción escolar son múltiples, pero lo relevante reside en que el Estado debe tomar medidas concretas para evitar que esto ocurra¹⁶⁵.

¹⁶² PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC).Op. Cit. Art. 13. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN). Op. Cit. Art. 28

¹⁶³ UNTERHALTER, E. Gender, Schooling and Global Social Justice. London, Routledge, 2007. p. 75. McCOWAN, Tristan. Education as a Human Right. London, Bloomsbury Academic, 2013, p. 146. TORRES INSTITUO, Rosa María. 12 Tesis para el cambio educativo, Justicia educativa y Justicia Económica. *Op. Cit.* p. 31.

¹⁶⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 6.

¹⁶⁵ El fundamento normativa de esta obligación se encuentra en la CDN: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de

Desde nuestra perspectiva, en este ámbito dos son los grupos de especial protección, las niñas y jóvenes embarazadas, y los niños y niñas vulnerables. En el primer supuesto, la ex relatora para el derecho a la educación expresa “La práctica de considerar el embarazo como falta disciplinaria suele llevar a la expulsión de la escuela de la alumna embarazada, impidiéndole en ocasiones continuar su instrucción”¹⁶⁶. De este modo, el Estado debe garantizar de forma inmediata que la alumna embarazada desarrolle su proceso educativo sin interrupciones, prohibir que su condición constituya una causal para caducar su matrícula o para que el centro de enseñanza le imponga sanciones que lesionen su dignidad, y asegurar que la educación que reciba durante el periodo de gestación y en los meses siguientes al parto se adapte a sus necesidades¹⁶⁷.

En el caso de los alumnos vulnerables, concordamos con Torres Instituto, en el sentido que la oferta educativa tradicional parte de un supuesto equivocado, a saber, que todo estudiante tiene sus necesidades satisfechas, que vive en un hogar estable, y que su familia le entrega sustento material y afectivo¹⁶⁸. Sin embargo, el Estado debe reconocer que algunos niños viven en contextos atravesados por la pobreza, el abuso infantil, o el consumo de drogas y alcohol, de manera que para garantizar el logro de los objetivos de

oportunidades ese derecho, deberán en particular: (...) e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.” CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN). *Op. Cit.* Art. 28.1 e). TOMASEVSKI, Katarina. Indicadores del Derecho a la Educación. *Op. Cit.* p. 279.

¹⁶⁶ NACIONES UNIDAS-TOMASEVSKI, Katarina. “Informe provisional de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 1999/25 de la Comisión de Derechos Humanos” 1º de febrero de 2000. 56º período de sesiones. E/CN.4/2000/6. párr. 57.

¹⁶⁷ “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente. CEDAW. *Op. Cit.* Art. 10 f).

¹⁶⁸ TORRES INSTITUTO, Rosa María. 12 Tesis para el cambio educativo, Justicia educativa y Justicia Económica. *Op. Cit.* p. 31

la educación, debe definir una estrategia específica en relación a este sector de la población, la cual puede incluir por ejemplo, proporcionar apoyo pedagógico especial, servicios de alimentación o transporte, o establecer que los centros que se financien con fondos públicos deban admitir a un determinado porcentaje de alumnos vulnerables como condición para recibir estos recursos.

6.2.- La obligación de garantizar la adaptabilidad de la educación en relación a las personas con discapacidad y a los pueblos indígenas

Las personas con discapacidad, integran un colectivo particularmente vulnerable, toda vez que por regla general han sido excluidas del acceso al sistema educativo formal. Esta circunstancia no solo ha comprometido gravemente el goce de su derecho a la educación, sino que también, ha reforzado los estereotipos negativos que los afectan. Por esta razón, en la normativa internacional se recoge el principio de inclusión, cuyo objeto consiste en garantizar que estas personas tengan la misma oportunidad de acceder a la educación regular que el resto de la población, ya que una educación inclusiva asegura de mejor forma que el alumno pueda alcanzar de manera efectiva el pleno desarrollo de su personalidad¹⁶⁹. Ahora bien, la inclusión en opinión del CDN, alude a un conjunto de valores, principios y prácticas “que tratan de lograr una educación cabal, eficaz y de calidad para todos los alumnos, que hace justicia a la diversidad de las condiciones de aprendizaje y a las necesidades no solamente de los

¹⁶⁹ HODGSON, Douglas. The educational rights of persons with disabilities: International human rights law and Australian law perspectives. International Journal of Discrimination and the Law. 12 (4): 2013.p.198. FEDERACION IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN. VI Informe sobre derechos humanos. *Op. Cit.* p. 60.

niños con discapacidad, sino de todos los alumnos”¹⁷⁰. Desde esta perspectiva, la inclusión no consiste solo en integrar al individuo a la escuela, por el contrario, exige que el alumno reciba apoyo adicional, y que el Estado garantice que pueda desarrollar su proceso de aprendizaje en igualdad de condiciones¹⁷¹. De esta manera, debe asegurar en primer lugar, que el titular del derecho o su familia cuando corresponda, pueda elegir el centro de enseñanza que estime más acorde con sus requerimientos. En segundo lugar, debe tomar medidas a fin de garantizar que el currículo escolar y el espacio físico dentro del cual reciba su educación, se adapten dentro de un margen razonable, a sus necesidades personales¹⁷². En tercer lugar, debe garantizar que el alumno pueda completar todos los ciclos de enseñanza, incluyendo la educación superior, la formación profesional o el aprendizaje para adultos, y que pueda acceder a la educación a lo largo de toda su vida¹⁷³. Finalmente, debe asegurar que el personal docente reciba la

¹⁷⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 9. 43° período de sesiones. 2006. párr. 67.

¹⁷¹ Para Vernor Muñoz: “Otro problema, mencionado antes brevemente, surge cuando la “integración” se confunde con “inclusión”: cuando los estudiantes con discapacidad son ubicados simplemente en las escuelas regulares sin el apoyo adicional requerido para atender sus necesidades individuales. La “integración” de los estudiantes con discapacidad sin plena inclusión puede llevar al aislamiento del estudiante y, en último término, constituir un obstáculo para atender las necesidades educacionales de todos los estudiantes.” NACIONES UNIDAS-MUÑOZ-Vernor. El derecho a la educación de las personas con discapacidades Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz. Cuarto período de sesiones. E/CN.4/2000/6. 19 de febrero de 2007. párr. 40. El problema que caracteriza a esta obligación, reside en que para su cumplimiento requiere de importantes recursos personales y materiales, de manera que se encuentra sujeta al principio de progresividad. Sin embargo, el Estado tiene el deber inmediato de tomar medidas con el objeto de alcanzar la plena inclusión lo más pronto posible.

¹⁷² CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CRPD). 13 de diciembre de 2006 (en vigor: 3 de mayo de 2008). Art. 24.2. “Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales; d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;” Para el CDN “La inclusión puede ir desde la colocación a tiempo completo de todos los alumnos con discapacidad en un aula general o la colocación en una clase general con diversos grados de inclusión, en particular una determinada parte de educación especial.” COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 9. *Op. Cit.* párr. 67.

¹⁷³ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CRPD). *Op. Cit.* Art. 24.5 “Los Estados Partes asegurarán 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. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad.”

capacitación necesaria con el fin de enfrentar de manera adecuada los desafíos que demanda la formación de este sector de la población¹⁷⁴.

En lo referente a los pueblos indígenas, estos han sido sometidos históricamente a un modelo tutelar de protección, el cual les ha impedido determinar sus propias estrategias de desarrollo, en particular en el ámbito de la educación, circunstancia que lamentablemente ha conducido en muchos casos a la destrucción de su cultura. Debido a lo anterior, los tratados reconocen a estas comunidades el derecho a la consulta y a la participación efectiva en las decisiones que los puedan afectar. Así, y en el contexto de la enseñanza, esta obligación se traduce en que el Estado debe garantizar que los programas y servicios educativos se desarrollen y apliquen en cooperación con los pueblos interesados¹⁷⁵. Sin duda esto tiene sentido, pues son los propios pueblos interesados los que mejor conocen sus necesidades particulares. También debe reconocer el derecho a que las comunidades indígenas puedan crear sus propias instituciones de enseñanza, a condición que tales centros satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad, pero en consulta con los pueblos respectivos¹⁷⁶. De la misma forma, la administración debe tomar medidas en aras de fomentar que las comunidades “cobren

¹⁷⁴ *ibídem*. Art. 24.4. “A fin de contribuir a hacer efectivo este derecho, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o Braille y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos. Esa formación incluirá la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados, y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad”. Constituye un aspecto especialmente destacado por el ex relator para el derecho a la educación: “Evidentemente, como no podría ser de otro modo, los padres, las comunidades y los maestros son responsables de la educación inclusiva y su puesta en práctica. UNICEF afirma que estos tres grupos son claves para apoyar todos los aspectos de la sociedad y, en efecto, los tres tienen la responsabilidad de promover y proteger el derecho a una educación inclusiva.” NACIONES UNIDAS-MUÑOZ-Vernor. El derecho a la educación de las personas con discapacidades. *Op. Cit.* párr. 22

¹⁷⁵ CONVENIO 169 OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES. Art. 27.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

conciencia del valor y la importancia de la educación, así como de la trascendencia del apoyo comunitario a la escolarización”¹⁷⁷. Por último, el Estado debe garantizar que los alumnos aprendan a leer y a escribir en su propia lengua, y a celebrar consultas con los pueblos indígenas con miras a alcanzar este objetivo¹⁷⁸.

6.3.- La obligación de garantizar que la enseñanza se imparta en una lengua que sea comprensible para el alumno

Los Estados tienen la obligación inmediata de garantizar que la educación se imparta en alguna de sus lenguas oficiales. En nuestra opinión, representa un deber básico, en atención a que la enseñanza se perfecciona a través del lenguaje, y a que el proceso de aprendizaje tiene por objeto la plena inserción del alumno dentro de la comunidad. En este sentido, es importante señalar que no existe el deber de garantizar que el proceso formativo se de en la lengua materna del alumno o en la que elijan él o sus padres, dado que estos solo tienen el derecho a recibir la educación en el idioma que determine la autoridad sobre bases objetivas¹⁷⁹. No obstante, el Estado no debe impedir o frustrar que los miembros de las minorías étnicas, raciales o lingüísticas aprendan su propio idioma en instituciones diferentes de las públicas, siempre que se garantice que el alumno tenga acceso a uno de los idiomas oficiales¹⁸⁰.

¹⁷⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General No. 11, Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, U.N. Doc. CRC/C/GC/11. 2009. p. 60.

¹⁷⁸ CONVENIO 169 OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES. Art. 28.

¹⁷⁹ COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. *Op. Cit.* p 252. COOMANS, Fons. Exploring the normative content of the right to education as a human right: recent approaches. *Op. Cit.* p. 90

¹⁸⁰ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN). *Op. Cit.* Art. 28 “1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: (...) c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, *de su idioma* y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya” (el destacado es nuestro). Art. 30 “En los Estados en que existan

7.- Conclusiones

1.- La educación abarca la existencia de instituciones de enseñanza, el acceso, la calidad y las condiciones en que se da. En este sentido, los tratados exigen que el Estado asuma un rol activo con el objeto de garantizar el ejercicio de este derecho.

2.- En este sentido, la administración debe asegurar la disponibilidad de centros de enseñanza en cantidad suficiente. Esta obligación se traduce en el deber de otorgar prioridad al gasto en educación, en dotar a las instituciones de enseñanza de docentes e infraestructura adecuada, y de respetar la libertad de los particulares de abrir escuelas, colegios o universidades distintos de los públicos.

3.- Por otro lado, los poderes públicos también deben garantizar el acceso a la educación. Básicamente, esta obligación abarca el deber de remover los obstáculos económicos o de otro tipo que constituyan una barrera para que las personas puedan acceder a la enseñanza en igualdad de condiciones.

4.- El Estado debe garantizar la aceptabilidad de la educación. Para cumplir con este objetivo, debe incorporar dentro de su derecho interno los propósitos de la educación

minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma". En esta materia, conviene también tener presente lo dispuesto por la Declaración de Derechos Lingüísticos en sus arts. 23 a 30. Estas normas básicamente reconocen el derecho a que toda comunidad lingüística pueda decidir el grado de presencia de su lengua, como lengua vehicular y como objeto de estudio, en todos los niveles de la educación dentro de su territorio: preescolar, primario, secundario, técnico y profesional, universitario y formación de adultos, el derecho a recibir una educación que permita a todos sus miembros adquirir el pleno dominio de su propia lengua y el derecho a conocer las lenguas vinculadas a su propia tradición cultural. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS LINGÜÍSTICOS. 6-9 DE JUNIO DE 1996. La doctrina reconoce la importancia central que tiene para el individuo el poder acceder al conocimiento de su lengua materna. En este sentido: McCOWAN, Tristan. Education as a Human Right. *Op. Cit.* p. 102.

establecidos en los tratados, debe exigir a los centros de enseñanza ciertos requisitos mínimos como condición para aspirar al reconocimiento estatal, y debe asegurar que durante el desarrollo del proceso formativo no se lesione la dignidad del alumno.

5.- La administración tiene la obligación de asegurar que la educación se adapte a las necesidades de personas y grupos específicos. Este deber se traduce en tomar medidas con el fin de fomentar la asistencia regular a la escuela y evitar el fracaso escolar, en garantizar que la educación se adapte a los requerimientos de las personas discapacitadas y de las comunidades indígenas, y en respetar la libertad para recibir la educación en una lengua que no sea la oficial.

6.- El resguardo del interés subjetivo del alumno constituye el principal objeto de preocupación del derecho internacional, de tal modo que su protección difiere sustancialmente de la que se le entrega a otros operadores jurídicos, tales como padres, educadores o titulares de la libertad de enseñanza. A este respecto, la obligación básica que asume el Estado, consiste en garantizar la existencia de un sistema educativo que permita al alumno el pleno goce del derecho y en condiciones de igualdad con respecto al resto de la población.

7.- Finalmente, las obligaciones en estudio dan cuenta que el derecho a la educación constituye un límite al ejercicio de las libertades de enseñanza, de elección y de cátedra. Así, el ideario de cada centro debe respetar los propósitos generales de la educación, lo cual implica que los padres no pueden elegir otras instituciones que las que supongan una formación en dichos valores, y que los docentes no se encuentran facultados para

desarrollar su actividad sino con estricto apego a tales principios. De la misma forma, los centros privados no pueden establecer requisitos que impidan el acceso por algunos de los motivos prohibidos de discriminación, ni imponer sanciones que se traduzcan en una lesión a los derechos humanos de los alumnos.

SECCION II

LA TUTELA DEL DERECHO A LA EDUCACION EN LA JURISPRUDENCIA

COMPARADA

CAPÍTULO II

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1.- Objetivos

El propósito de este capítulo, reside en determinar los estándares conceptuales y los parámetros de interpretación más relevantes que ha desarrollado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el objeto de asegurar el pleno ejercicio del derecho a la educación.

2.- Introducción

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, a diferencia de lo que acontece con otros derechos sociales, reconoce de forma expresa el derecho a la educación. En efecto, el art. 2 del Protocolo adicional N° 1 señala lo siguiente: “A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar

esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”¹⁸¹. Por otro lado, el CEDH contempla la existencia de un órgano judicial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual tiene competencia para pronunciarse acerca de las reclamaciones individuales en contra de los Estados parte del Consejo de Europa, relativas a la vulneración de algunas de las garantías contempladas en dicho texto normativo. Lo anterior supone que la Corte de Estrasburgo puede entrar a conocer directamente de casos vinculados con el ejercicio del derecho a la educación, circunstancia que ha facilitado el desarrollo de una rica y variada jurisprudencia.

Ahora bien, para cumplir con nuestro objetivo, y en consonancia con el esquema seguido en el capítulo anterior, distinguiremos casos relacionados tanto con la asequibilidad y accesibilidad de la enseñanza, como también, con su aceptabilidad y adaptabilidad. Creemos que este modelo puede contribuir a comprender mejor, no solo la naturaleza de las materias que han llegado a conocimiento de la Corte, sino que igualmente, los criterios que esta que ha definido con el propósito de asegurar el derecho en estudio.

¹⁸¹ CONVENIO EUROPEO DERECHOS HUMANOS. 4 de noviembre de 1950 (en vigor: 3 de septiembre de 1953). Protocolo Facultativo N° 1. 20 de marzo de 1952. (en vigor: 18 de mayo de 1954). En este contexto, también conviene tener presente que: “La mencionada disposición está articulada sobre la base del principio de igualdad, que en todo caso debe ser interpretada de forma sistemática con el artículo 14 del CEDH (prohíbe la discriminación en relación con los derechos reconocidos) y con el Protocolo Adicional n.º 12 (que prohíbe la discriminación con carácter general, es decir, en relación con todos los derechos, incluidos aquellos reconocidos por los Estados Partes)”. FEDERACION IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN. VI Informe sobre derechos humanos. Educación. *Op. Cit.* p.149. El derecho a la educación no estaba consagrado originalmente en el CEDH, reconociéndose este de manera posterior en el citado protocolo facultativo n° 1.

3.- La protección del derecho a la educación en relación con el deber de Estado de garantizar la existencia de centros de enseñanza

La asequibilidad se relaciona con la existencia de centros educativos, recursos suficientes, infraestructura adecuada y docentes bien preparados. Esta dimensión impone al Estado determinadas obligaciones positivas, tales como la de crear colegios, escuelas y universidades, y otras que generan deberes de no intervención, esencialmente, la de respetar la libertad para emprender y dirigir proyectos educacionales distintos de los públicos. Ahora bien, la jurisprudencia del TEDH se ha ocupado en algunas oportunidades sobre estas materias, y en particular, acerca de la posibilidad de imponer a la administración obligaciones positivas, tales como la de financiar o establecer un determinado sistema de instrucción¹⁸². Para abordar este aspecto, nos vamos a centrar en el análisis del llamado "Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica" de 1968, y en el asunto Chipre contra Turquía de 2001¹⁸³.

3.1.-La disponibilidad de centros y las obligaciones positivas del Estado

En el primer supuesto, un grupo de padres que vivían en la zona flamenca de Bélgica, aspiraban a que sus hijos recibieran la educación en francés, lengua que era su idioma vehicular. Sin embargo, la legislación belga establecía un sistema de enseñanza basado en el principio de territorialidad, de tal modo que en la zona flamenca, la educación era impartida en flamenco, y en la zona francesa, en francés. Los

¹⁸² Cuando nos referimos a la administración, lo estamos haciendo al Estado.

¹⁸³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia "Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica". 23 de junio de 1968. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia "Chipre contra Turquía", 10 de mayo de 2001.

demandantes argumentaron que si bien el Convenio utilizaba una fórmula negativa, el Estado desde el momento en que reconocía el derecho a la educación, debía garantizar que la enseñanza fuese accesible para toda la población, lo cual conllevaba una intensa actividad prestacional¹⁸⁴. Por el contrario, para el gobierno belga, tanto el Convenio como el Protocolo, se inspiraban en la clásica distinción entre derechos y libertades, de ahí que el Estado solo debía asumir deberes de no intervención. En el caso del derecho en estudio, esto implicaba la prohibición de impedir que los sujetos eligieran donde educarse, pero de ningún modo se traducía en la obligación de proveer de forma directa la prestación del servicio educativo, o de subvencionar a ciertas escuelas o establecimientos¹⁸⁵. Por su parte, el Tribunal optó por un camino intermedio. En efecto, de manera expresa e inequívoca, señaló que el Convenio de Roma no imponía la obligación de mantener un determinado sistema de enseñanza, ni tampoco, la de sufragar o destinar recursos con tal fin, dado que en principio, solo imponía deberes negativos¹⁸⁶. No obstante lo anterior, la Corte matizó esta afirmación, aunque en nuestro parecer, de una forma un tanto ambigua. Para ello, comparó el estándar exigido por el Convenio, con el establecido por el derecho interno, constatando que en el ordenamiento jurídico belga, los ciudadanos gozaban de un nivel de protección más alto. Esto se debía a que los países partes del Protocolo, ya contaban con un sistema general y oficial de enseñanza a la fecha de su entrada en vigor, de manera que de acuerdo con el Tribunal, no era necesario exigir a la administración el cumplimiento de una obligación que ya se

¹⁸⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica”. 23 de junio de 1968. p. 17.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibidem.* p. 28.

encontraba satisfecha en la mayoría de los casos. Sin embargo para la Corte, la sola existencia de un sistema de este tipo, hacía deudor al Estado de ciertas obligaciones cuyo contenido prescriptivo se traducían en una prestación, de tal modo que para asegurar el derecho a la educación, la administración debía tomar medidas con el objeto de garantizar el acceso a las instituciones de enseñanza y el reconocimiento de los estudios cursados en ellas. Dicho de otra forma, si bien el Estado no se encontraba obligado a crear un sistema de enseñanza, de hacerlo, debía cumplir con ciertas obligaciones de índole positiva. En definitiva, el Tribunal declaró que el Protocolo se caracterizaba por usar una fórmula negativa, pero que no obstante esta circunstancia, consagraba efectivamente un derecho, el cual sin embargo, no daba lugar a exigir del poder público el establecimiento de una clase particular o nivel de formación, sino que solo un derecho de acceso a los centros ya existentes¹⁸⁷.

Desde nuestra perspectiva, consideramos que para llegar a esta conclusión, la Corte tomó como un hecho natural, el que Bélgica contara con un sistema oficial de educación, de modo que cuando se enfrentó a situaciones en las cuales esta condición no se cumplía, debió cambiar su criterio. Esto fue lo que ocurrió precisamente en el asunto Chipre con Turquía¹⁸⁸. En efecto, luego de una serie de conflictos militares, en la zona norte de la isla, se instauró un gobierno de facto controlado por el gobierno turco, el cual

¹⁸⁷ CANOSA USERA, Raúl. Derecho a la educación y pluralismo educativo (Art. 2 P1). En: GARCÍA ROCA, Javier, SANTOLAYA, Pablo. La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. p. 807.

¹⁸⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Chipre contra Turquía”, 10 de mayo de 2001. Entre 1968, fecha que corresponde al “Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica” y el 2001, fecha en la que se resolvió el asunto “Chipre contra Turquía”, la CEDH mantuvo sustancialmente el criterio al que hemos hecho referencia.

procedió a cerrar los centros de educación secundaria disponibles hasta ese momento para los niños grecoparlantes. De esta manera, los alumnos que terminaban su educación primaria, la cual se impartía en griego, no podían acceder a centros de enseñanza secundaria, al no estar disponibles dentro de su territorio, de manera que para continuar con la instrucción en dicho idioma, debían acudir a la zona sur de la isla¹⁸⁹. Para la Corte, esta medida importaba una clara violación al art. 2 del Protocolo, pues la alternativa de trasladarse fuera de su lugar de residencia, no resultaba realista para la mayoría de las familias¹⁹⁰. En el fondo, se apartó del criterio establecido en el caso relativo al régimen lingüístico belga, pues al declarar la responsabilidad del Estado turco, estaba reconociendo en el fondo la vertiente prestacional del derecho a la educación¹⁹¹.

Ahora bien, a partir de las consideraciones precedentes, resulta útil distinguir entre derechos de prestación en sentido amplio, y derechos de prestación en sentido restringido¹⁹². En su sentido amplio, hablamos de derechos de prestación, en todos aquellos casos en que estos dan lugar, como indica Gavara de Cara, a una decisión del ente público, relacionada con la necesidad de articular un marco regulatorio, vinculado con el objeto, alcance y contenido de los distintos derechos reconocidos dentro de ordenamiento jurídico interno¹⁹³. Por otro lado, en su sentido estricto o material, los

¹⁸⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Chipre contra Turquía”, 10 de mayo de 2001. párr. 275.

¹⁹⁰ *Ibidem*. párr. 278.

¹⁹¹ CANOSA USERA, Raúl. Derecho a la educación y pluralismo educativo (Art. 2 P1). *Op. Cit.* p. 810. Un estándar similar, aplicó en el caso Catan y otros contra Moldavia y Rusia de 2012. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Catan y otros contra Moldavia y Rusia”. 19 de octubre de 2012.

¹⁹² ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. *Op. Cit.* p. 336.

¹⁹³ GAVARA DE CARA. Juan Carlos. La dimensión objetiva de los derechos sociales. Madrid, Bosch, 2010. p. 18.

derechos de prestación implican para la administración, el deber de proveer de ciertos elementos fácticos de tipo social o económico, tales como educación, salud o alimentación. Ahora bien, es interesante notar que en un primer momento, la Corte razonó en base a esta distinción, pues estableció que la protección del derecho a la educación, conllevaba necesariamente un hacer por parte del Estado, pero restringió este mandato, solo a las llamadas prestaciones en sentido amplio, básicamente, a la de regular la prestación del servicio educativo. Esto suponía que el Estado no se encontraba obligado a destinar recursos para garantizar por ejemplo, la disponibilidad de centros¹⁹⁴. Más tarde modificó su criterio, y reconoció que el derecho a la educación podía dar lugar en ciertas situaciones, al deber de crear un sistema de enseñanza. Para nosotros, esta ambigüedad se explica toda vez que la Corte suele recurrir, como parámetro para controlar la actividad de la administración, a la distinción entre obligaciones positivas y negativas¹⁹⁵. En efecto, esta dualidad conduce a que el Tribunal proceda con extrema cautela, o incluso con timidez, cuando se enfrenta a casos que involucran la utilización de recursos públicos, los cuales por sí mismos son políticamente conflictivos, y difíciles de dirimir, de manera que sujeta su decisión al respeto de lo que dentro de su margen de apreciación decida cada Estado¹⁹⁶. Sin embargo, esta distinción tiene un valor limitado cuando se aplica a los derechos sociales, dado que estos implican para la administración un continuo de obligaciones, tanto de respeto, protección, y cumplimiento, de tal forma

¹⁹⁴ VERMEULEN, Ben. The right to Education (Article 2 of Protocol N° 1). En: VAN DIJK, Pieter, VAN HOOFF, Fried, VAN RIJN, Arjen, ZAAK, Leo. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. Oxford, Absentia, 2006. p. 899.

¹⁹⁵ MOWBRAY, Alastair. The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights. Oxford, Bloomsbury Publishing, 2004. pp. 221 y ss.

¹⁹⁶ MORTE GOMEZ, Carmen, SALINAS ALCEGA, Sergio. Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En: EMBID IRUJO, Antonio (ed.). Derechos económicos y sociales. Madrid, Iustel, 2009. p.380.

que resulta más apropiado modificar el estándar, y caracterizar la repercusión del Convenio, tal como proponen Clements y Simmons, según el contexto al cual se aplica, de manera de preguntarse sobre “hasta qué grado se puede decir que el Estado es responsable y cuan grave debe ser el perjuicio existente”¹⁹⁷. Este enfoque permite reconocer que el Estado, como parte de su obligación general de protección, debe facilitar en ciertos supuestos los medios materiales que sean necesarios con el objeto de garantizar el derecho a la educación, en especial, para aquellos sectores de la población menos aventajados. De esta forma, esperamos que en futuros pronunciamientos, el Tribunal avance hacia una comprensión mas adecuada del conjunto de obligaciones que asume la administración, y reitere la doctrina desarrollada en el asunto Chipre con Turquía¹⁹⁸.

4.- La protección del derecho a la educación por medio de la garantía del acceso a la enseñanza

En general, la accesibilidad se relaciona con la obligación de garantizar la gratuidad y obligatoriedad de la educación primaria, con la implantación progresiva de la gratuidad de la enseñanza secundaria y superior, con el respeto al principio de no discriminación en el acceso a la educación, y con la libertad de elegir el centro de enseñanza. Esta dimensión de la educación ha sido objeto de una importante jurisprudencia por parte de la Corte de Estrasburgo, de tal modo que para facilitar su

¹⁹⁷CLEMENTS, Luke, SIMMONS, Alan. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: malestar receptivo. En: LANGFORD, Malcom (ed.) Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C., Siglo del Hombre Editores, 2013. p. 594.

¹⁹⁸ En contra de esta tesis se pronuncia: MEIX CERECEDA, Pablo. El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014. p. 90.

análisis, la misma será dividida en cuatro grandes bloques. En el primero, nos centraremos en el problema de la llamada educación en el hogar, en el segundo, analizaremos casos relativos al acceso a la educación respecto de los miembros de la comunidad romaní, en el tercero, estudiaremos asuntos vinculados con el derecho a la educación de los migrantes, y en el cuarto, examinaremos ciertas situaciones planteadas a propósito del acceso a la educación universitaria.

4.1.-El derecho de los padres para poder educar a sus hijos en su propio

hogar

Sin duda, la educación obligatoria como elemento esencial del derecho a la educación, constituye en nuestros días una conquista social de particular trascendencia, dado que democratiza el conocimiento, favorece la inclusión, y permite la movilidad social¹⁹⁹. En este sentido concordamos con Gimeno Sacristán, cuando señala que la escolaridad se justifica entre otras razones, por su contribución a la construcción de una sociedad más igualitaria y equitativa, dado que: “si cualquier individuo o grupo constituido por alguna condición (género, clase social, etnia, modo de vida, etc.) recibe una educación diferencia en extensión o calidad a la que disfrutaban otros, o si no recibe ninguna, entonces seguro que se acentúa la desigualdad entre unos y otros”²⁰⁰. Sin embargo, y a pesar de sus ventajas, esta modalidad de enseñanza supone un problema, pues los niños en muchos casos, son expuestos a influencias sociales, valores, creencias o estilos de vida, que sus padres consideran perjudiciales para su formación. Esto a su

¹⁹⁹ MEIX CERECEDA, Pablo. El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo. *Op. Cit.* p. 80.

²⁰⁰ GIMENO SACRISTAN, José. La educación obligatoria: su sentido educativo y social. Madrid, Ediciones Morata, 2005. p. 62.

vez, puede plantear un conflicto entre los derechos educativos paternos, y el derecho a la educación de sus hijos.

En lo que toca a la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, el asunto Konrad de Fritz y otros contra Alemania de 2006, constituye un buen ejemplo de este tipo de reclamaciones²⁰¹. En este caso, unos padres pertenecientes a una comunidad cristiana, se negaron a que sus hijos asistieran a la escuela, fuese esta pública o privada, ya que la educación que recibían en dichos recintos no se ajustaba a sus creencias religiosas. De esta forma, alegaron su derecho a educarlos en sus respectivos hogares, para lo cual solicitaron la dispensa de rigor ante la autoridad competente. Sin embargo, la misma les fue sistemáticamente negada, por lo cual acudieron ante el TEDH bajo el argumento que la medida adoptada por el Estado alemán, les impedía educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones personales, lo que en su parecer, constituía una violación al art. 2 del Protocolo. El Tribunal rechazó la reclamación de los recurrentes, y lo hizo en base a los siguientes argumentos.

En primer lugar, declaró que el Convenio reconocía dos derechos, el derecho del alumno a la educación, y el derecho de los padres a que se respetaran sus convicciones religiosas o filosóficas. A continuación, estimó que existía un conflicto entre ambas pretensiones, a saber, entre el interés subjetivo del alumno, en torno al cual giraba el derecho a la educación, y los derechos educativos paternos, ambos protegidos de manera

²⁰¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Konrad de Fritz y otros contra Alemania”, 11 de septiembre de 2006.

expresa por el Convenio²⁰². Posteriormente, señaló que el respeto a las convicciones de los padres, tenía por objeto garantizar el pluralismo del sistema educativo, pero que el ejercicio de este derecho solo merecía protección en cuanto no lesionara el derecho a la educación de sus hijos²⁰³. Finalmente, y en base a estos principios, la Corte efectuó un examen de proporcionalidad.

En efecto, se preguntó en primer lugar, acerca de los propósitos que se perseguían alcanzar con el establecimiento de la educación obligatoria, ante lo cual llegó a la conclusión, en base a un razonamiento centrado en el objeto y fin de la enseñanza, que el proceso formativo no solo tenía por finalidad transmitir conocimientos, sino que también buscaba asegurar que los menores pudieran socializar con otros niños, y que los grupos minoritarios no se aislaran del resto de la sociedad²⁰⁴. En segundo lugar, se refirió al margen de apreciación con el que contaba la administración en el contexto del diseño de su sistema educativo. En este punto, tomó nota que entre los diversos Estados parte del Convenio de Roma, no existía consenso en relación a la educación obligatoria, de tal modo que el ente público podía optar por un sistema que no permitiera la

²⁰² *Ibidem*. párr. 1. Sin embargo, no toda la doctrina concuerda con la posibilidad que pueda existir una tensión entre ambos derechos. En efecto, autores como Meléndez-Valdés afirman “Lo curioso de este supuesto es que analizan como no coincidentes el derecho del menor a la educación y el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones como si este último no fuera en interés de los hijos y se equipara el derecho a la educación del menor con la escolarización”. Nosotros creemos que este criterio no resulta atendible, pues más allá de las buenas intenciones que pueden alegar los padres, en la práctica, sus intereses pueden resultar efectivamente discordantes con los derechos de sus hijos, conflicto que el juzgador deberá identificar y ponderar adecuadamente. MELENDEZ-VALDES NAVAS, Marina. Educación para la ciudadanía, *homeschooling* y pluralismo educativo. *En*: POLO, SABAU, José Ramón, SOUTO GALVAN, Clara. Anuario de derecho a la educación. Madrid, Dykinson, 2012. p. 244.

²⁰³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Konrad de Fritz y otros contra Alemania”, 11 de septiembre de 2006. párr. 1.

²⁰⁴ Esta vinculación que la Corte establece entre socialización y escolarización, no es del todo cierta, al menos en determinados supuestos, pues no valora que la convivencia escolar puede estar lastrada, “por un clima de anarquía y violencia, o por un estilo rutinario y jerarquizado”. BRIONES MARTINEZ, Irene María. Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia. Madrid, Dykinson, 2014. p. 244.

educación en el hogar bajo ningún supuesto, o bien, por uno que estableciera determinados requisitos para que los padres pudieran acceder a él²⁰⁵.

Aclarado lo anterior, la Corte estableció que la decisión que había tomado la administración perseguía un fin legítimo, el cual estaba dado por asegurar que el alumno pudiera desarrollar un juicio crítico e informado acerca de su persona, y proteger al mismo tiempo el interés general de la sociedad, al evitar el aislamiento de este sector de la población²⁰⁶. Por otro lado, esta alternativa constituía la opción que restringía en menor medida el derecho de los padres, pues como razonó, estos podían enviar a sus hijos a una escuela confesional, educarlos fuera del horario de clases, o bien, optar por hacerlo durante los días de descanso, realzando en este sentido, la importante labor educativa que los padres debían cumplir dentro del hogar²⁰⁷. Por tanto, el Tribunal llegó a la conclusión que si bien el Protocolo reconocía a los padres el derecho para poder elegir la formación moral o religiosa que estimaran más acorde con sus convicciones, esta facultad no amparaba la pretensión de objetar la educación obligatoria²⁰⁸.

²⁰⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Konrad de Fritz y otros contra Alemania”, 11 de septiembre de 2006. párr. 1. En este punto sin embargo, conviene tener presente que el acceso a la escuela puede implicar para muchos sujetos, una lesión a sus derechos fundamentales, sobre todo cuando las instituciones de enseñanza son de mala calidad, cuando estas no toman en cuenta las necesidades particulares del estudiante, o bien, cuando el sistema educativo somete a los alumnos a extenuantes jornadas de estudio. Es por esto que la doctrina recalca que el derecho a la educación no puede ser reducido simplemente a un derecho de acceso a la escuela. McCOWAN, Tristan. *Education as a Human Right*. *Op. Cit.* p. 71.

²⁰⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Konrad de Fritz y otros contra Alemania”, 11 de septiembre de 2006. párr. 1.

²⁰⁷ Ídem.

²⁰⁸ En este mismo sentido la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos resolvió dos casos bastante similares. A este respecto véase: Decisión de la Comisión en el caso Whitman contra Reino Unido, 13477/87, 4 de octubre de 1989. Decisión de la Comisión, 19844/92, en el caso Renata Leuffen contra Alemania, 9 de Julio de 1992.

Como vemos, a pesar que ambas garantías gozan de la misma jerarquía normativa, el juez de Estrasburgo concede mayor peso al derecho a la educación²⁰⁹. En apoyo de esta tesis, se encuentra el hecho que desde la perspectiva de la Corte, los derechos educativos paternos se caracterizan por cumplir una función objetiva o instrumental, dado que constituyen los presupuestos necesarios para el logro de fines que trascienden los intereses subjetivos de sus titulares²¹⁰. Esto trae como consecuencia, que no todas las convicciones que puedan alegar padres podrán resultar amparadas por el Convenio, sino solo aquellas que le permitan al alumno el libre desarrollo de su personalidad²¹¹. Por tanto, la Corte entiende que dichas facultades se deberán interpretar de manera restrictiva, de tal forma que su ejercicio se encontrará condicionado en función de los fines objetivos establecidos para garantizar el derecho a la educación.

²⁰⁹ A este respecto, escribe Bernal Pulido “La variable del peso abstracto se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen –por ejemplo, dos derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa–, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad. Así, por ejemplo, eventualmente puede reconocerse que el principio de protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto para poder ejercer la libertad es necesario tener vida, o como sostiene Joseph Raz, porque la vida es un presupuesto para que podamos acceder a todas las cosas que tienen valor y ejercer todos nuestros derechos (nota 11). De la misma manera, la jurisprudencia constitucional de diversos países en ocasiones ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático, o a la intimidad y a la integridad física y psicológica sobre otros principios, por su conexión con la dignidad humana”. BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. *Doxa*, 26: 2003. pp. 10-11.

²¹⁰ VALERO HEREDIA, Ana. La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. p. 202. GARCIA VILARDELL, María Rosa. El derecho educativo paterno a la formación religiosa y moral de los hijos: precisiones en torno a su alcance. Su aplicación al caso concreto del *homeschooling*. *Op. Cit.* p. 144.

²¹¹ En relación a este punto, concordamos con Martin-Retortillo cuando señala “El planteamiento del caso podría producir cierta desazón pero la solución tan razonada convence y aporta una innegable sensación de alivio. Merece el mayor interés el derecho de los padres, salvaguardia indiscutible en un buen número de asunto, pero no siempre. Se resalta por eso la consecuencia tan firme al afirmarse la primacía de los niños”. MARTIN-RETORTILLO, BAQUER, Lorenzo. “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. Madrid, Anuario de derecho eclesiástico del Estado, 2006. (Ejemplar dedicado a: Actas del Congreso sobre "Estado español, libertad religiosa y principios ético-cívicos"). p. 155.

4.2.- El acceso a la educación en relación a ciertos grupos étnicos y la obligación del Estado de garantizar el respeto al principio de no discriminación

La segregación escolar, entendiéndola por ella la alta concentración de alumnos de una determinada población en ciertos colegios, y en un porcentaje muy superior a la de otros estudiantes de la misma zona, constituye una realidad que afecta de manera especial a la comunidad gitana²¹². En lo que dice relación con la jurisprudencia de la Corte relativa a este problema, el caso más relevante lo constituye sin duda el asunto D.H. contra la República Checa de 2006²¹³. Los hechos de la causa consistieron básicamente en los siguientes: un grupo de niños romaníes alegaron discriminación en el ejercicio de su derecho a la educación, en atención a fueron enviados a escuelas para menores con deficiencias mentales, en muchos casos, sin el consentimiento de sus padres, y luego de ser sometidos a un examen especial. Los demandantes plantearon de manera correcta el problema, puesto lograron acreditar el carácter discriminatorio de la medida.

En efecto, el Tribunal declaró que la discriminación consistía en tratar de forma diferente y sin justificación objetiva y razonable a una persona que se encontraba en la misma posición que otra. Sin embargo, indicó que una política general o una medida que tuviera efectos desproporcionadamente perjudiciales para un grupo particular de la población, también podía ser considerada discriminatoria a efectos del Convenio, a pesar

²¹² SANTIAGO, Carmen, MAYA, Ostalinda. Segregación escolar del alumnado gitano en España. <http://www.educatolerancia.com/pdf/SEGREGACION%20ESCOLAR%20DEL%20ALUMNADO%20GITANO%20EN%20ESPANA.pdf> [consulta: 5 de febrero de 2015]. p. 3.

²¹³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “D.H. y otros contra República Checa”. 7 de febrero de 2006.

de no estar dirigida de forma específica a ese grupo²¹⁴. Como se aprecia, la Corte distingue con claridad entre discriminación directa e indirecta. Ahora bien, el problema que presenta esta última, consiste en que es difícil probar que una determinada medida genera efectos negativos para todo un sector de la población. Para resolver esta dificultad, la Corte introdujo una novedad importante, toda vez que recurrió a indicadores cuantitativos, especialmente estadísticos, como una forma de acreditar el trato desigual. En este sentido, estos datos demostraron que una cantidad sospechosamente alta de niños gitanos, se encontraban matriculados en escuelas para alumnos con necesidades especiales. Frente a este hecho, el Tribunal declaró correctamente que correspondía a la administración acreditar que la alternativa se encontraba convenientemente justificada²¹⁵. En este sentido, el Estado argumentó que la medida tenía por objeto entregar apoyo adicional a los menores, debido fundamentalmente a que existían importantes barreras lingüísticas que los separaban del resto de la población, y también, al hecho de no haber recibido educación preescolar²¹⁶.

Sin embargo, el TEDH rechazó este razonamiento, en atención a que la diferencia de trato carecía de una base objetiva y razonable, y a que no existía una adecuada relación de proporcionalidad entre los medios empleados, y los fines perseguidos por parte de la administración. Para llegar a esta conclusión, la Corte procedió a examinar el currículo escolar, constatando que este era más elemental que

²¹⁴ Ibídem. párr. 175.

²¹⁵ Ibídem. párr. 179. Destaca este hecho, entre otros: DEVROYE Jennifer. The Case of D.H. and Others v. the Czech Republic. *Northwestern Journal of International Human Rights*, 7 (1): 2009. p. 99.

²¹⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “D.H. y otros contra República Checa”. 7 de febrero de 2006. párr. 27.

aquel que les correspondía a los niños según su edad, lo que restringía su aprendizaje y sus alternativas laborales²¹⁷. Por otro lado, esta enseñanza no les permitía continuar estudios en la educación secundaria, lo que llevaba a que la mayoría de los menores salieran del sistema educativo. Finalmente se acreditó que este tipo de educación profundizaba su situación de exclusión, producto del estigma de haber estudiado en escuelas para niños con las características ya mencionadas. En este sentido, la Corte acogió el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, al destacar la íntima conexión que existía entre el derecho a la educación y el resto de las garantías fundamentales²¹⁸. En efecto, el problema de fondo al que se enfrentó el juzgador, consistió en determinar si el derecho tal como aparecía concretado en un sistema dado, representaba efectivamente un medio apto que le permitiera al sujeto desarrollar una mente activa e inteligente, poder insertar dentro su comunidad, salir de la pobreza, optar a mejores empleos, o no ser objeto de discriminación por algunos de los motivos prohibidos, entre otros. Como esta condición no se dio, entonces el individuo vio comprometida su capacidad para funcionar como un agente libre, con lo cual la demanda individual destinada a la protección del derecho, se pudo pensar como una pretensión cubierta por el contenido de un derecho humano. Por esta razón, la Corte declaró que existió una violación al derecho a no sufrir discriminación, reconocido en el art. 14 del Convenio en relación con el art. 2 del Protocolo Facultativo N° 1, pues el Estado no tomó medidas para corregir la situación de exclusión y de subordinación que

²¹⁷ *Ibíd.* párr. 207.

²¹⁸ KOCH *Ida.* The Right to Education for Roma Children Under the European Convention on Human Rights. <http://www.right-to-education.org/es/node/486> [consulta: 12 de octubre de 2014]. p.7.

afectaba a este sector de la población, con lo cual se apartó del argumento esgrimido por la propia administración, en el sentido de no existir ninguna norma de derecho internacional que la obligara a compensar estas disparidades²¹⁹.

Otro aspecto que nos parece importante, se vincula con el hecho que los padres en algunos casos, autorizaron a sus hijos para acudir a escuelas distintas a las que les correspondían según su edad y condición. Para el Estado, este consentimiento excluyó toda posibilidad de discriminación, basándose en la tesis “que los padres son sujetos autónomos que tienen el derecho a decidir el tipo de educación que deseen para sus hijos, incluso si ello significa que la educación difiere de la que reciben otros niños o limita sus oportunidades futuras”²²⁰. Por su parte, el Tribunal cuestionó esta defensa, en base a un argumento que compartimos plenamente. En efecto, declaró que la renuncia a un derecho, en la medida en que esta posibilidad fuera aceptada, debía darse bajo la condición de que el consentimiento fuera informado. Ahora bien, los padres de los niños no habían recibido una educación adecuada, pertenecían a una comunidad desfavorecida, y en la mayoría de los casos no habían recibido de la administración la información necesaria, lo que hacía pensar que en realidad no habían comprendido del todo la complejidad de la situación²²¹. Por otro lado, el Estado expuso a los padres a un dilema particularmente difícil de resolver, pues en el fondo les dio a elegir entre una educación de calidad, pero en la cual sus hijos serían aislados, o una enseñanza poco

²¹⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “D.H. y otros contra República Checa”. 7 de febrero de 2006. párr. 156.

²²⁰ AÑON ROIG, María José. Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *ISONOMÍA*. 39: 2013. p. 149.

²²¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “D.H. y otros contra República Checa”. 7 de febrero de 2006. párr. 202.

aceptable, pero en la que estos solo se relacionarían con niños de su propia etnia. Sin embargo, la Corte sentenció que aun cuando se hubieran cumplido las exigencias precedentes, esta circunstancia no habría bastado para relevar al Estado de su obligación de proteger a los menores, en atención a que el derecho a no sufrir discriminación era un asunto de interés público, y por tanto irrenunciable²²². En el fondo, el Tribunal declaró que el Estado debió haber adoptado un curso de acción concreto con el objeto de proteger el derecho a la educación, incluso, en el evento en que los padres lo hubiesen rechazado, pues el consentimiento paterno dejaba de ser relevante, en la medida en que el niño traspasaba el umbral bajo la cual toda renuncia a un derecho suponía para este un daño irreparable y grave²²³.

Finalmente, una última dimensión que fue objeto de análisis por parte de la Corte, se relacionó con la idoneidad de las pruebas que se aplicaron a los estudiantes para determinar si debían asistir a una escuela especial. En este contexto, el Tribunal estimó que dichas evaluaciones estaban diseñadas para detectar las necesidades de aprendizaje de la mayoría de la población, pero no, para reconocer las capacidades reales de los niños romaníes, lo cual provocó un sesgo en la información²²⁴. Por esta razón, reconoció en definitiva la imposibilidad de basarse en exámenes estandarizados para decidir acerca de las perspectivas futuras relativas al acceso a la educación, cuando estos

²²² *Ibidem.* párr. 202.

²²³ En relación a este problema, concordamos con Kosko cuando señala: “There is a need, therefore, for the Court to clarify the role of parental consent in education decisions. Here I will argue that there is a delicate balance that must be struck: parental consent is important and should be sought, but below a certain threshold of harm, it is neither a trump to the child’s right to education nor a defense for discrimination in the provision of that education”. KOSKO J., Stacy. Parental Consent and Children’s Rights in Europe: A Balancing Act. *Journal of Human Development and Capabilities*. 11 (3): 2010. p. 440.

²²⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “D.H. y otros contra República Checa”. 7 de febrero de 2006. párr. 201.

instrumentos se aplican a colectivos que se caracterizan por poseer tradiciones étnicas o lingüísticas que los separan del resto de la comunidad²²⁵.

Para resumir, de acuerdo con los estándares que elabora la Corte, el respeto al principio de no discriminación conlleva no solo una obligación negativa, sino que también supone la obligación positiva de remediar la situación de desventaja social en la cual se encuentran ciertos sectores de la población²²⁶. Por tanto, si el Estado incumple con este deber, la víctima podrá alegar que se han vulnerado algunas de sus garantías fundamentales. En el contexto del derecho en estudio, lo anterior se traduce en la obligación de adoptar medidas concretas con el objeto de asegurar el acceso a una formación adecuada y en condiciones de igualdad para todos²²⁷. Por otro lado, el Tribunal no solo afirma de manera clara e inequívoca, que los padres carecen de la facultad para permitir que sus hijos asistan a escuelas de inferior calidad. Junto con ello, igualmente reconoce que la administración se encuentra obligada a desplegar un comportamiento activo, con miras a proteger el interés del alumno en contra de toda amenaza al libre ejercicio de sus derechos, sea que esta afectación provenga de un tercero, o incluso, de los propios padres o tutores²²⁸.

²²⁵ Ibídem. párr. 200.

²²⁶ MEIX CERECEDA, Pablo. El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo. *Op. Cit.* 111-112.

²²⁷ La Corte es muy clara a este respecto: “In the context of the right to education of members of groups which suffered past discrimination in education with continuing effects, structural deficiencies call for the implementation of positive measures in order, inter alia, to assist the applicants with any difficulties they encountered in following the school curriculum. These obligations are particularly stringent where there is an actual history of direct discrimination. Therefore, some additional steps are needed in order to address these problems, such as active and structured involvement on the part of the relevant social services”. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Horvath y Kiss contra Hungría”. 29 de enero de 2013. párr. 104.

²²⁸ Estos criterios se van a reiterar en fallos posteriores. Véase en este sentido: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Sampanis y otros contra Grecia”, 5 de junio de 2008. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Orsus contra Croacia”, 16 de marzo de 2010. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Horvath y Kiss contra Hungría”. 29 de enero de 2013.

4.3.-La discriminación en el acceso a la educación respecto de los alumnos migrantes

En principio, los extranjeros que se encuentran establecidos legalmente en alguno de los Estados parte del Convenio, tienen el derecho a gozar de la misma protección que brinda este estatuto a los nacionales de ese Estado. Ahora bien, este enunciado general, nos sirve para plantear el estudio de los asuntos Timishev contra Rusia de 2005 y Ponomaryovi contra Bulgaria de 2011.

En el primer caso, un individuo de origen checheno, luego de la destrucción de su hogar, decidió instalarse en la ciudad de Nalchik, perteneciente a la Republica de Kabardino-Balkaria, ubicada dentro de la Federación Rusa. El reclamante solicitó un permiso de residencia ante la autoridad competente, pero este le fue negado en base a que existía una ley que prohibía otorgar esta clase de permisos a quien hubiesen residido en Chechenia. El problema se presentó producto que ante la falta de este documento, el Departamento de Ciencia y Educación de Nalchik, les negó a sus hijos el acceso a la educación primaria. Si bien el Estado se allanó a la demanda, al menos en lo que dijo relación con la violación al derecho a la educación, la sentencia que dictó el Tribunal contiene a este respecto algunos elementos que vale la pena destacar.

En efecto, la Corte señaló de forma categórica y sin ambigüedades, que el art. 2 del Protocolo no presentaba excepciones, y que por esta razón, su estructura era similar a la que el intérprete podía encontrar en otras normas del Convenio, en particular a la de los arts. 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de tortura), 4 (prohibición de la esclavitud y

del trabajo forzado), y 7 (principio de legalidad en materia penal), preceptos que recogían además los valores más fundamentales de las democracias que integraban el Consejo de Europa²²⁹. No bastando esta declaración, el Tribunal se refirió a la importancia que tenía la educación para la promoción de los derechos humanos, y que una interpretación restrictiva del art. 2, no era compatible con dicho propósito. Finalmente, declaró que la protección del derecho, tal como se concretaba en el Convenio, no difería sustancialmente de la de otros instrumentos de derecho internacional. Por tanto, sentenció que no había duda que el Protocolo garantizaba el acceso a la educación primaria, dado que esta formación era esencial para el adecuado desarrollo de los menores.

De lo anterior, podemos concluir que para la Corte, el derecho a la educación ocupa un lugar de privilegio, dado que constituye una garantía que merece el mismo nivel de protección que algunos de los derechos humanos más básicos, tales como el derecho a la vida y el derecho a no sufrir un trato inhumano o degradante. Por otro lado, el Tribunal destaca con mucha fuerza, que toda restricción en este ámbito, debe tener un carácter excepcional, en atención a la trascendencia que la educación presenta para el pleno desarrollo de la persona humana. Por último, a partir de esta doctrina, se infiere que si no existen diferencias relevantes entre el art. 2 del Protocolo y el sistema universal de protección de los derechos humanos, entonces este último puede contribuir a determinar el sentido y alcance del primero.

²²⁹TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Timishev contra Rusia”, 13 de diciembre de 2005. párr. 64.

Ahora bien, la Corte aplicó algunas de estas ideas al asunto Ponomaryovi contra Bulgaria de 2011²³⁰. En este caso, los recurrentes nacieron en Rusia en lo que es hoy la República de Kazajstán, pero migraron a Bulgaria, luego de que su madre procediera a contraer a matrimonio con un ciudadano de ese país. Como era de esperar, los hermanos fueron matriculados en la escuela primaria, cursando sus estudios durante varios años e integrándose de forma plena a dicha sociedad. Sin embargo, cuando estos cumplieron los dieciocho años de edad, la autoridad administrativa les exigió obtener un permiso de residencia de carácter permanente. El problema radicó, en que los recurrentes alegaron que no tenían el dinero suficiente para hacer frente a este gasto, de forma que el Estado les solicitó el pago de una tasa académica, no exigida a sus nacionales, como condición para que estos pudieran continuar con sus estudios de enseñanza secundaria. Para los hermanos Ponomaryovi, esta medida importó un trato discriminatorio, de tal modo que agotados los recursos internos, presentaron una reclamación ante el TEDH, alegando lesión al derecho a no sufrir discriminación, en conexión con el derecho a la educación.

En primer término, y para despejar toda duda, el Tribunal estableció que el derecho a la educación también comprendía el derecho de acceso a la enseñanza secundaria²³¹. Lo interesante de esta declaración radica en que si bien esta pretensión no da derecho a que el Estado financie o subsidie un sistema en particular, como ya había establecido por lo demás en su jurisprudencia anterior, sí obliga al ente público a garantizar el acceso a ella

²³⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Ponomaryovi contra Bulgaria”, 28 de noviembre de 2011. El interés de este caso, reside en que clarifica el alcance de la doctrina que la Corte había definido a propósito del asunto “Timishev contra Rusia”.

²³¹ *Ibidem*. párr. 49.

sobre una base no discriminatoria²³². Un argumento a favor de esta tesis, pasó por considerar que a pesar de ser la educación una actividad compleja de organizar y cara de mantener, y aun cuando el Estado gozaba de autonomía para decidir cómo regular su sistema educativo, se trataba a diferencia de otros servicios públicos, de un derecho protegido directamente por el Convenio²³³. Por tanto, el problema jurídico consistía determinar si la exigencia de una tasa académica, representaba o no, un acto discriminatorio a luz del Convenio de Roma. La respuesta de la Corte fue afirmativa.

En efecto, para arribar a esta conclusión, tomó en cuenta que la educación secundaria era gratuita para los alumnos nacionales pero no para los extranjeros, pues la administración exigía a estos un pago especial. Acto seguido, recordó que en función de lo preceptuado en la CDN y en el PIDESC, la educación secundaria se encontraba entre dos extremos, la enseñanza primaria, la cual debía ser obligatoria y gratuita, y la educación superior, la que debía ser accesible a todos sobre la base de la capacidad del postulante. Sin embargo, reconoció que el mundo moderno se estaba moviendo hacia la llamada “sociedad del conocimiento”, apreciando que en este contexto, la educación secundaria jugaba un papel central para el desarrollo personal y para la integración social y profesional de las personas, de tal modo que no era suficiente con que el Estado garantizara el acceso a los conocimientos más básicos o elementales²³⁴. Por esta razón, es decir, debido a la importancia de la educación secundaria, el Tribunal declaró que estaba obligado llevar a cabo un estricto escrutinio acerca de la proporcionalidad de la

²³² *Ibidem.* párr. 49.

²³³ *Ibidem.* párr. 55

²³⁴ *Ibidem.* párr. 57.

medida que afectaba a los solicitantes²³⁵. En este contexto, el Estado solo señaló que los demandantes no se encontraban dentro de las categorías exentas del pago de las tasas académicas, y que un cobro moderado, no implicaba discriminación en el acceso a la educación²³⁶. Por su parte, el TEDH estimó que estas razones no eran aceptables, toda vez que la administración no tomó en cuenta que los recurrentes habían ingresado al país de forma legal, que habían aprendido a manejar con fluidez el idioma oficial y que se habían adaptado de forma plena a la sociedad²³⁷. Por estas consideraciones, la Corte declaró que la medida importaba una manifiesta violación al derecho a no sufrir discriminación en el acceso a la enseñanza²³⁸.

Como vemos, este caso se relaciona con la posibilidad de imponer requisitos más exigentes a los no nacionales para acceder al goce de los derechos sociales, y en particular, al derecho a la educación. Según se desprende de esta resolución, la Corte no niega que el Estado pueda establecer distinciones entre nacionales y extranjeros, pero demanda a lo menos que las mismas se funden en razones convenientemente justificadas. Por otro lado, resulta muy interesante constatar, que el Tribunal evalúa la proporcionalidad de la medida, a la luz de los objetivos de la enseñanza, en este caso, de los fines que se persiguen con la educación secundaria, llegando a la conclusión que la exigencia de una tasa académica solo a los alumnos extranjeros, constituye un serio obstáculo que limita su acceso a la escuela y sus posibilidades de desarrollo futuro, de

²³⁵ *Ibidem.* párr. 58.

²³⁶ *Ibidem.* párr. 47.

²³⁷ *Ibidem.* párr. 61.

²³⁸ *Ibidem.* párr. 63.

tal modo que debe ser considerada discriminatoria y sin justificación razonable²³⁹. En este contexto, consideramos que la Corte procede de forma adecuada, dado que razona en base al hecho –aplicando los principios generales en materia de interpretación sobre derechos humanos- que toda limitación a una garantía fundamental debe ser interpretada de manera restrictiva, y que en caso que la norma presente varios sentidos, el intérprete debe preferir aquel que proteja de manera más amplia el interés del titular del derecho²⁴⁰.

²³⁹ VERMEULEN, Ben. The right to Education (Article 2 of Protocol N° 1). En: VAN DIJK, Pieter, VAN HOOF, Fried, VAN RIJN, Arjen, ZAAK, Leo. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. Oxford, Absentia, 2006. p. 910.

²⁴⁰ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ha desarrollado una interesante jurisprudencia con respecto a los derechos educativos de los hijos de trabajadores migrantes. A este respecto, el art. 150.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, dispone lo siguiente: “La Comunidad desarrollará una política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación”. Sobre esta base normativa, el TJCE ha establecido que: a) la imposición de una tasa de acceso a un curso de formación profesional, cuando esta requisito no se impone a los nacionales del Estado en que se imparte la educación, constituye discriminación por motivo de nacionalidad (caso Gravier); b) el concepto de formación profesional incluye la mayoría de los estudios universitarios en la medida en que estos preparen al alumno para el ejercicio de una profesión u oficio, exceptuándose aquellos cursos que solo tengan por objeto aumentar el conocimiento general y no preparar al estudiante para una actividad en particular (caso Blaizot); c) los hijos de los trabajadores comunitarios migrantes, tienen derecho a las ayudas concedidas para sufragar los gastos de la enseñanza y manutención en las mismas condiciones en que se conceden a los propios nacionales (caso Carmina di Leo); d) el hecho que un ciudadano de la Unión Europea prosiga sus estudios universitarios en un Estado miembro distinto de aquel cuya nacionalidad ostenta, no puede, per se, privarlo de la posibilidad de invocar la prohibición de sufrir discriminación, en especial, cuando esta se relaciona con el acceso a prestaciones financieras o a ayudas estudiantiles (caso Grezelczyk y caso Bidar). Véase en este sentido: TRIUBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. Sentencia “Gravier contra Ciudad de Lieja). 13 de febrero de 1985, asunto 293/8. TRIUBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. Sentencia “Blaizot contra la Universidad de Lieja”. 2 de febrero de 1988, asunto 24/86. TRIUBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. Sentencia “Carmina di Leo contra Land Berlin. 13 de noviembre de 1990, asunto C-308/89. TRIUBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. Sentencia “Grezelczyk contra Centre public d'aide sociale de Ottignies-Louvain-la-Neuve”. 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99. TRIUBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. Sentencia “Bidar contra Ministro de Educación y Formación Profesional”. 15 de marzo de 2005, asunto C-209/03. Un análisis de esta jurisprudencia, puede consultarse en: WATSON, Luke, SIMMONS, Philippa. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: respuestas creativas en un territorio desconocido. En: LANGFORD, Malcom (ed.) Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C., Siglo del Hombre Editores, 2013. pp. 664-667. COTINO, Lorenzo. Reflexiones en favor de una concepción funcional de la libertad de enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo. Cuadernos Constitucionales. 22/23: 1998. p. 28.

4.4.-El acceso a la educación universitaria: el problema de los criterios de admisión

Para comprender adecuadamente los casos que veremos a continuación, se debe recordar que de acuerdo con el sistema universal de protección de los derechos humanos, mientras que en relación a la educación primaria, y en cierta medida también a la enseñanza secundaria, existe un derecho a que todos puedan acceder a estos ciclos formativos, con respecto a la educación superior, solo existe un derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso a esta formación, condicionado además, a la capacidad del postulante. Esto significa que algunos candidatos quedarán excluidos del acceso a dicha enseñanza, y que el Estado tendrá cierta libertad para determinar el número de carreras, los cupos y los requisitos de ingreso. En este sentido, el TEDH se ha pronunciado en algunas oportunidades acerca de la legitimidad y proporcionalidad de las exigencias que la administración ha establecido en el contexto de la educación superior.

Así las cosas, nos vamos a referir en primer término, el caso Tarantino y otros contra Italia de 2013²⁴¹. Los recurrentes no lograron superar los exámenes de ingreso a la Facultad de Medicina de la Universidad de Palermo. Ahora bien, los demandantes argumentaron básicamente, que los criterios de admisión que había establecido el Ministerio de Educación para determinar el número de plazas disponibles, a saber, los recursos con los que contaban las universidades y las necesidades de profesionales dentro del mercado laboral, debían ser considerados contrarios al art. 2 del Protocolo.

²⁴¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Tarantino y otros contra Italia”. 9 de septiembre de 2013.

Por otro lado, también impugnaron que dichos criterios se aplicaran a las universidades privadas. La Corte rechazó la pretensión de los recurrentes, estimando que la medida era compatible con el Convenio.

Como primera cuestión, el Tribunal reconoció expresamente, siguiendo precedentes anteriores, que el derecho a la educación también abarcaba el derecho de acceso a la educación universitaria²⁴². El punto presentaba relevancia, toda vez que cierta doctrina sostuvo durante un tiempo, que el derecho en comento se proyectaba únicamente sobre la enseñanza elemental, no en relación a los estudios universitarios o avanzados²⁴³. En segundo lugar, declaró que los fines que perseguía el Estado eran legítimos, toda vez que estos buscaban asegurar los más altos niveles de preparación profesional, y que la enseñanza se prestara en condiciones adecuadas²⁴⁴. En cuanto a la proporcionalidad de la medida, distinguió entre los contenidos de los exámenes de admisión y el *numerus clausus*. Tratándose del primer aspecto, el Tribunal estableció que no podía entrar a valorar el contenido de las pruebas de acceso al sistema educativo universitario, dado que en principio, todo lo que decía relación con la planificación y redacción de los planes de estudio, se encontraba dentro del margen de apreciación que tenía cada Estado. Ahora bien, para dirimir el segundo asunto, el Tribunal examinó el primero de los criterios reseñados, es decir, la capacidad y el potencial de recursos con el que contaba la universidad. En este evento, la Corte de Estrasburgo reiteró su propia jurisprudencia, en el sentido que el Convenio no imponía obligaciones específicas con

²⁴² *Ibidem*. párr. 43.

²⁴³ CANOSA USERA, Raúl. Derecho a la educación y pluralismo educativo (Art. 2 P1). *Op. Cit.* p. 803.

²⁴⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Tarantino y otros contra Italia”. 9 de septiembre de 2013. párr. 48.

respecto a la organización del sistema educativo y a su financiamiento, y que el derecho a la educación solo era exigible en la medida en que la enseñanza se encontrara disponible dentro del territorio del Estado parte²⁴⁵. En cuanto al segundo criterio, el cual se concretaba en valorar la demanda de profesionales por parte de la sociedad, el Tribunal estimó que en principio era restrictivo, dado que tomaba en consideración sola las necesidades nacionales, y en particular las públicas, ignorando los requerimientos del sector privado y de otros Estados de la Unión Europea²⁴⁶. A pesar de esta circunstancia, estimó que este criterio no podía ser considerado desproporcionado, toda vez que el Estado tenía la facultad para tomar medidas con el objeto hacer un buen uso de los recursos públicos²⁴⁷. Lo anterior se explicaba, pues la formación de profesionales exigía cantidades importantes de dinero, de manera que era razonable que la administración aspirara a que cada candidato pudiera insertarse dentro del mercado laboral.

Por otro lado, y a propósito de la aplicación de los precedentes criterios a las universidades privadas, la Corte esbozó un argumento muy interesante. En este punto, reconoció la importancia que presentaba el sector educativo privado, sobre todo porque permitía ampliar la oferta de centros de enseñanza, y reducir las presiones financieras que existían sobre el Estado. Por otro lado, consideró que el derecho fundamental a la educación, era un derecho garantizado a toda la población, sea que la persona desarrollara su proceso formativo en instituciones públicas, o bien, que optara por

²⁴⁵ *Ibidem.* párr. 51.

²⁴⁶ *Ibidem.* párr. 55.

²⁴⁷ *Ibidem.* párr. 56.

hacerlo en centros privados²⁴⁸. Por esta razón, la Corte consideró que el Estado debía regular la prestación del servicio educativo en todos sus ciclos y modalidades, con miras a impedir que se dieran situaciones de exclusión arbitraria o lesivas de otros derechos reconocidos en el Convenio. Sin embargo, en el caso de la educación universitaria, debía asegurar además, que esta no se encontrara disponible únicamente sobre la base de los medios financieros de los candidatos, o con independencia de sus calificaciones y de la idoneidad para la profesión, sino que precisamente debía procurar que pudieran aspirar a ella aquellos sujetos que tenían la capacidad exigida por la disciplina respectiva²⁴⁹.

Este caso es relevante, dado que tocó un aspecto que no había sido desarrollado por la jurisprudencia de Estrasburgo, y que decía relación con la eventual tensión entre el interés de la comunidad y el de los recurrentes. En efecto, tal como razonó el voto de minoría, extender el *numerus clausus* a las instituciones privadas en base a los criterios descritos, suponía no considerar el mérito de los postulantes, sino que solo tomar en cuenta las exigencias del mercado²⁵⁰. En este sentido, nos tenemos que preguntar, tal como propone Pasquali, acerca de las razones que justifican que en apariencia, el interés general de la sociedad pudiera imponerse por sobre el derecho del individuo a la educación²⁵¹. En este sentido, este autor distingue dos posibles argumentos. El primero, consiste en que siendo los recursos económicos limitados, solo se permite el acceso al servicio público a aquellos que más lo merecen. El segundo, introduce un criterio de

²⁴⁸ *Ibidem*. 52.

²⁴⁹ *Ídem*.

²⁵⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Tarantino y otros contra Italia”. 9 de septiembre de 2013. Opinión parcialmente disidente, Juez Pinto de Albuquerque. p. 7.

²⁵¹ PASQUALI, Leonardo. ¿El *numerus clausus* en las universidades puede ser contrario a los derechos humanos?. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 45: 2013. p. 732.

corrección funcional, y establece que el interés general de la sociedad consiste en que el acceso sea selectivo, a fin de asegurar a los estudiantes las mejores perspectivas laborales tras la obtención del título. Si nos quedamos solo con la primera justificación, entonces no parece razonable que la Corte extienda el *numerus clausus* a las universidades privadas, toda vez que esta enseñanza no involucra recursos públicos²⁵². Por el contrario, si tomamos en cuenta el segundo argumento, entonces la aplicación del *numerus clausus* a dichas instituciones resulta justificado. Esta es la alternativa por la que parece optar la Corte, cuando afirma que debe existir un equilibrio entre el interés de la comunidad y el de los recurrentes, pero también entre este, y el derecho a la educación de los demás alumnos²⁵³.

En nuestra opinión, la clave del problema reside en considerar que de acuerdo con esta perspectiva, la tensión no se resuelve en realidad a favor de la comunidad, sino que en función del interés del estudiante, dado que el Estado debe asegurar que la enseñanza que este reciba, efectivamente le permita desarrollar su proyecto de vida. En definitiva, el Tribunal parece sugerir que el derecho a la educación no consiste solo en asistir a la universidad, sino que también implica el derecho a que la enseñanza tenga un cierto nivel, de tal modo que al menos en el contexto de la educación universitaria, se

²⁵² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Tarantino y otros contra Italia”. 9 de septiembre de 2013. Opinión parcialmente disidente, Juez Pinto de Albuquerque. p. 8.

²⁵³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Tarantino y otros contra Italia”. 9 de septiembre de 2013. párr. 50.

considera más aceptable entregar una buena educación a pocos alumnos, que una enseñanza de nivel inferior a mas individuos²⁵⁴.

Finalmente, no podemos dejar de destacar la otra razón que esgrime la Corte para extender el *numerus clausus* a las universidades privadas, y que se relaciona con la obligación del Estado de garantizar que el acceso a este ciclo formativo no dependa de la capacidad económica del postulante, sino que de sus méritos académicos. Es un argumento interesante, pues llama la atención acerca del hecho que la educación constituye una actividad reglada, y que el Estado debe intervenir en la esfera privada a fin de asegurar ciertos objetivos²⁵⁵.

En el contexto del acceso a la educación universitaria, también presenta un gran interés, el estudio del caso Leyla Şahin contra Turquía de 2005²⁵⁶. El Estado turco privó a una alumna musulmana de la posibilidad de rendir un examen de acceso a la Universidad, por vestir de acuerdo con sus creencias religiosas, un pañuelo que cubría su cabello. La estudiante alegó a este respecto, que dicha medida debía ser considerada contraria a su libertad religiosa, reconocida en el art. del 9 del Convenio, y a su derecho a la educación, consagrado en el art. 2 Protocolo. Sin embargo, la Corte no acogió estos planteamientos.

²⁵⁴ PASQUALI, Leonardo. ¿El *numerus clausus* en las universidades puede ser contrario a los derechos humanos? *Op. Cit.* p.735.

²⁵⁵ Algunas de estas ideas se habían concretado en sentencias anteriores relativas al derecho de acceso a la educación universitaria. A este respecto, se puede consultar: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Mursel Eren contra Turquía”. 3 de julio de 2006.

²⁵⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Leyla Şahin contra Turquía”. 10 de noviembre de 2005.

En efecto, adujo que la decisión perseguía un fin legítimo, puesto que la mantención del principio de laicidad, el cual constituía un pilar del Estado turco, debía ser considerada una condición necesaria para la protección del sistema democrático²⁵⁷. Por esta razón estimó “En este contexto, en donde los valores del pluralismo, el respeto de los derechos de los demás y, en particular, la igualdad ante la ley de hombres y mujeres, son aplicados y enseñados en la práctica, es comprensible que las autoridades competentes busquen preservar la naturaleza secular de la institución en cuestión, y así considerar contrario a estos valores, permitir vestimenta religiosa, incluyendo, como en el presente caso, el velo islámico”²⁵⁸.

En lo referente el juicio de proporcionalidad, la Corte consideró que la medida no impedía a los estudiantes cumplir con sus deberes religiosos, y que la administración, había ponderado adecuadamente los distintos intereses en juego²⁵⁹. En particular, adujo que eran las propias autoridades universitarias las que mejor conocían las necesidades locales, y que por tanto se encontraban en una mejor posición de la que podía ostentar un Tribunal Internacional, a efectos de decidir acerca de los requisitos de acceso a las instituciones de educación superior²⁶⁰.

Sin embargo, estos criterios son discutibles. En efecto, el acceso a la educación superior, debe depender únicamente de la capacidad del postulante, de modo que cualquier exigencia que no tome en cuenta esta circunstancia, como lo es por ejemplo,

²⁵⁷ *Ibidem.* párr.114.

²⁵⁸ *Ibidem.* párr.116.

²⁵⁹ *Ibidem.* párr.188.

²⁶⁰ *Ibidem.* párr. 121.

solicitar al alumno no exhibir los atuendos o símbolos propios de su religión para poder rendir pruebas de selección, debe ser considerada en principio, incompatible con esta garantía. Por otro lado, la Corte razona en base al hecho que la prohibición del velo, no hace recaer sobre la reclamante una carga sustancial, debido a que esta medida, no constituye un obstáculo para que la alumna pueda cumplir con sus deberes religiosos. En otras palabras, el Tribunal distingue entre conductas religiosas estrictamente obligatorias, y comportamientos que una persona decide desarrollar libremente, en tanto expresión de su compromiso con una determinada fe²⁶¹. Sin embargo, este criterio es muy restrictivo, toda vez que excluye prácticas importantes desde el punto de vista religioso, pero cuya prohibición puede representar efectivamente, una carga desproporcionada para su titular, a pesar de no encontrarse expresamente ordenadas por la autoridad²⁶². Por esta razón, concordamos plenamente con Zúñiga cuando afirma:

“la libertad religiosa en tanto derecho fundamental se articula en clave de libertad negativa, es decir, como libertad -no interferencia-, de lo que se sigue que al Derecho sólo le toca resguardar este ámbito de autonomía y no pesquisar -ni menos cuestionar- las razones por las que un individuo adscribe o

²⁶¹ ZUÑIGA, Yanira. Sentencia sobre el derecho a la libertad religiosa (Corte Europea de Derechos Humanos. Comité de Derechos humanos del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Revista de Derecho (Valdivia). 18 (1): 2005. p. 287.

²⁶² NUSSBAUM, Martha. La libertad de conciencia. Barcelona, Tusquets Editores, 2009. p.145. A este respecto concluye Nieuwenhuis: “The ECHR accepts an assessment of the scarf’s meaning without the wearer’s motivation been taken into consideration. That is an extra reason why the individual’s right to manifest its religion has not much weight inside the public educational field”. NIEUWENHUIS, Aernout. State and Religion, Schools and Scarves, An Analysis of the Margin of Appreciation as Used in the Case of *Leyla Sahin v. Turkey*, Decision of 29 June 2004, Application Number 44774/98. European Constitutional Law Review. 1: 2005. p. 510.

no a un determinado credo y cómo lleva a cabo en el plano material las exigencias que entiende que de ese credo se derivan”²⁶³.

Finalmente, la Corte aplicó de manera algo laxa la doctrina del margen de apreciación, puesto que no exigió al Estado turco ninguna prueba concluyente, acerca del hecho que la presencia del velo generara una atmósfera de intolerancia dentro de la Universidad, o que por esta razón, el resto de las estudiantes se sintieran presionadas a portar dicha prenda²⁶⁴.

5.- La protección del derecho a la educación en el contexto de la obligación del Estado de garantizar la aceptabilidad de la enseñanza

El Estado debe asegurar que el servicio educativo satisfaga ciertos estándares de calidad e idoneidad. Para garantizar el logro de este objetivo, debe procurar que los planes de estudio se orienten efectivamente hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana, que los establecimientos privados cumplan normas mínimas en materia de enseñanza, y que la instrucción se imparta de un modo acorde con la dignidad del educando. Ahora bien, y a propósito de estas obligaciones, el Tribunal de Estrasburgo se ha enfrentado a algunos problemas particularmente complejos, desarrollando en este

²⁶³ ZUÑIGA, Yanira. Sentencia sobre el derecho a la libertad religiosa (Corte Europea de Derechos Humanos. Comité de Derechos humanos del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). *Op. Cit.* p. 287.

²⁶⁴ MARTINEZ-TORRON, Javier. La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo. Derecho y religión. 4: 2009. p. 96. Esta no ha sido la única ocasión en que la Corte se ha pronunciado acerca de este problema. En este sentido, se pueden mencionar: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Kervanci contra Francia”. 4 de diciembre de 2008. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Aktas contra Francia”. 30 de junio de 2008. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Ranjit Singh contra Francia”. 30 de junio de 2009.

sentido, ciertos estándares relativos a los contenidos del currículo escolar y al ejercicio de la potestad disciplinaria.

5.1.- El derecho a recibir una educación objetiva, crítica y pluralista

El desarrollo del proceso formativo debe darse en un contexto de pleno respeto hacia las diversas concepciones que existen acerca de lo bueno o valioso. Ahora bien, esto implica una doble garantía: el derecho de crear centros de enseñanza distintos de los públicos, pero también, la posibilidad de objetar aquellas materias que lesionen la libertad de conciencia, pensamiento o religión. No obstante, y en un contexto dentro del cual el Estado es el principal garante del derecho a la educación, se pueden presentar algunos conflictos, en especial, cuando los padres consideran que sus hijos reciben una formación que es contraria a sus propias creencias religiosas o filosóficas. En este tipo de situaciones, será preciso evaluar la idoneidad de la medida, y determinar si esta persigue un fin legítimo, o por el contrario, si solo constituye un intento por parte de la administración de adoctrinar a la población.

Para comprender la doctrina de la Corte frente a este problema, conviene analizar el asunto Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 1976²⁶⁵. En efecto, el conflicto se generó, en atención a que el Estado danés incorporó la asignatura de educación sexual como parte del currículo obligatorio ofrecido por las escuelas públicas. Frente a esta circunstancia, y agotados los recursos internos, un conjunto de padres

²⁶⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen”, 7 de diciembre de 1976.

pertenecientes a una comunidad cristiana, presentaron una demanda ante la Corte, fundando su reclamación en que la asignatura en cuestión se había implementado de tal modo, que esta medida debía ser considerada incompatible con la segunda parte del art. 2 del Protocolo, esto es, con el derecho a que la enseñanza impartida por el Estado respetara las convicciones religiosas y filosóficas de los progenitores. El Tribunal sin embargo, rechazó la pretensión esgrimida por los recurrentes, para lo cual se basó en los siguientes argumentos.

En primer lugar, el Estado sostuvo que la referida segunda parte del art. 2, no se aplicaba a las escuelas públicas, toda vez que para dejar a salvo sus derechos, los padres contaban con la posibilidad de enviar a sus hijos a escuelas privadas, las cuales además, recibían subsidios de parte de la administración. Afortunadamente, la Corte se apartó de este criterio, al declarar que la protección dispensada por el Convenio de Roma, se extendía a todas las modalidades de enseñanza. Para justificar esta interpretación, señaló que el respeto a las convicciones religiosas o filosóficas de los padres, tenía por objeto garantizar el pluralismo del sistema educativo, principio esencial para la preservación de la sociedad democrática, razón por la cual, el Estado no podía imponer en la escuela pública una formación que tuviera por objeto adoctrinar a la población²⁶⁶. En subsidio, el Estado argumentó que de aplicarse el art. 2 a las escuelas dependientes de la administración, solo se encontraba obligado a respetar el derecho de los padres a eximir a sus hijos de la asistencia a las clases de religión. No obstante, el TEDH rechazó esta interpretación, puesto que entendió que el Estado se encontraba obligado a respetar las

²⁶⁶ *Ibidem.* párr. 50.

convicciones paternas durante todo el desarrollo del proceso educativo, y no solo con respecto a una materia determinada²⁶⁷.

En segundo lugar, la Corte indicó que los derechos educativos paternos no debían leerse de manera aislada, sino que relación con el goce efectivo del derecho a la educación, de tal manera que estas prerrogativas debían ser interpretadas a la luz de este último derecho. En este sentido señaló:

“Sobre este derecho fundamental a la instrucción se injerta el derecho enunciado por la segunda frase del artículo 2. Al cumplir un deber natural hacia sus hijos, de quienes les incumbe prioritariamente “asegurar la educación y la enseñanza”, los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas. Su derecho corresponde, pues, a una responsabilidad estrechamente ligada al goce y ejercicio del derecho a la instrucción”²⁶⁸.

A partir de esta afirmación, el Tribunal concluyó que la elaboración de los programas y planes de estudio representaba una materia de competencia de cada Estado, cuyos contenidos podían variar de una región a otra, y respecto de la cual la Corte no podía entrar a conocer. También, estableció que la administración en ejercicio de estas facultades, podía difundir a través la enseñanza conocimientos o materias de carácter religioso o filosófico, siempre y cuando estas fuesen impartidas de manera objetiva,

²⁶⁷ *Ibíd.* párr. 51.

²⁶⁸ *Ibíd.* párr. 52.

crítica y pluralista²⁶⁹. Y por último, y quizás la consecuencia de mayor calado, sentenció que los padres no podían oponerse a esta formación, pues de lo contrario la enseñanza institucionalizada se haría impracticable²⁷⁰.

Finalmente, el Tribunal aplicó estos criterios al caso concreto. Con respecto a la idoneidad de la medida, la Corte constató que esta perseguía un fin lícito, toda vez que el Estado buscaba reducir los embarazos no deseados, el riesgo de contraer enfermedades venéreas y la práctica de abortos, lo que sin duda iba en beneficio de los propios titulares del derecho a la educación. En cuanto al examen de proporcionalidad, el Tribunal estimó que estos contenidos no tenían por finalidad adoctrinar a la población, fomentar un comportamiento sexual determinado, ni incitar a los alumnos a prácticas contrarias a su salud, de manera que la legislación no había privado a los padres del derecho de orientar a sus hijos en la dirección que creyeren más adecuada para su formación. Por tanto, a la

²⁶⁹ *Ibíd.* párr. 53.

²⁷⁰ *Ibíd.* párr. 53. En este contexto, Vega Gutiérrez distingue entre: a) materias inicuas para la libre formación de la conciencia del alumno; b) materias con incidencia moral pero soportables en cuanto son impartidas con objetividad e imparcialidad; y c) materias adoctrinadoras o impartidas de manera no neutral. De un modo similar, Arletaz plantea que la Corte separa aguas entre los valores religiosos o filosóficos propios de un grupo de individuos, y los valores que subyacen al ordenamiento constitucional del Estado en cuestión. Por tanto, se puede sostener que la enseñanza tiene un carácter ideológico, si los contenidos religiosos o filosóficos se imparten no de un modo expositivo, sino que adoctrinador, de tal manera que en este evento, los padres si pueden objetar dicha formación. Sin embargo, distinta es la situación de las materias que pueden tener una incidencia moral, pero que a la vez, se relacionan con los valores fundamentales que impregnan el ordenamiento jurídico. En este supuesto, existe un interés público en que a través de la educación, se transmitan dichos valores y principios, de tal forma que su enseñanza no puede ser objeto de dispensa. VEGA GUTIÉRREZ, Ana María. La objeción de conciencia en el ámbito educativo. *Cuadernos de derecho judicial*. 11: 2007. p. 286. ARLETTAZ, Fernando. Las sentencias Lautsi en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos. *REDUR*. 10: 2012. p. 33. Un resumen de esta discusión se puede consultar en: VIVANCO COMES, Mariano. Educación afectivo sexual y reproductiva, reapertura de un conflicto jurídico-constitucional. *En*: POLO, SABAU, José Ramón, SOUTO GALVAN, Clara. Anuario de derecho a la educación. Madrid, Dykinson, 2012. p. 217. ROCA J. María. Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar. *En*: VEGA GUTIERREZ, Ana María. La objeción de conciencia en el ámbito educativo. REQUERO, José Luís, MARTINEZ, José Luís (eds.) Los derechos fundamentales en la educación. Valladolid, Cuadernos de Derechos Judicial, 2007. pp. 170 y ss.

luz del art. 2 del Protocolo, la Corte sentenció que los recurrentes no podían oponerse a esta educación, al menos dentro del sistema público de enseñanza²⁷¹.

Por nuestra parte, creemos que a partir de estos criterios, se pueden extraer algunas conclusiones de interés. En primer lugar, los derechos educativos paternos cumplen una función instrumental, asegurar el pluralismo del sistema educativo, objetivo que de acuerdo con la Corte, resulta esencial para la preservación de la sociedad democrática²⁷². Esto implica que la administración no solo debe asumir un deber de

²⁷¹ En su voto de minoría, el Juez Verdross formuló un argumento interesante. En efecto, según indicó, la medida no podía ser considerada compatible con el Protocolo, pues toda enseñanza sobre esta materia, suponía necesariamente una afectación a la libre formación de la conciencia del alumno “Me parece necesario distinguir entre la información sobre los hechos de la sexualidad humana que constituyen el objeto de la ciencia natural, sobre todo de la biología, de una parte, y la que hace referencia a las actividades sexuales, incluida la anticoncepción, de otra parte. Esta distinción se impone, en mi opinión, por el hecho de que las primeras tienen un carácter neutro, desde el punto de vista de la moralidad, mientras que las segundas, incluso si son dadas a menores de una manera objetiva, afectan siempre a la formación de su conciencia. De ello resulta que incluso informaciones objetivas sobre la práctica sexual dadas demasiado pronto en una escuela pueden violar las convicciones cristianas de los padres”. Este razonamiento, ha encontrado cierto eco dentro de la doctrina. En efecto, autores como Waldstein, señalan “Si los padres llegan a la fundada convicción de que una determinada enseñanza no corresponde a las “propias convicciones religiosas y sobre la concepción del mundo”, o que aquélla más bien las contradice, entonces esa obligación no puede justificarse aseverando que tal enseñanza se imparte con “objetividad y tolerancia”, de modo “objetivo, crítico y pluralista”. Nosotros no compartimos esta tesis, puesto que el Estado debe garantizar que el alumno no sea privado del acceso al conocimiento de materias tan relevantes para su bienestar, como lo son todas aquellas relativas a la sexualidad humana. Eso sí, y en esto seguimos a Nuevo López, dicha educación debe tomar en cuenta necesariamente la edad de los alumnos y su grado de madurez, además de prestarse de un modo tal, que los padres puedan participar de manera activa e integral en su formación. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen”, 7 de diciembre de 1976. Opinión disidente, Juez Verdross. p. 28. WALDSTEIN. Wolfgang. Democracia y tolerancia totalitaria. Un aporte para determinar el derecho de los padres conforme con el artículo 2 del Protocolo Adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos frente a la educación sexual en las escuelas en una sociedad democrática pluralista. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. XXI: 2000. p. 280. NUEVO LÓPEZ, Pablo. Educación sexual y derechos fundamentales. Contribución a un debate necesario. UNED. *Revista de Derecho Público*. 80:2011. p. 136. En este mismo sentido se ha pronunciado Vernor Muñoz, al precisar que si bien los padres son libres de elegir el tipo de educación que quieren para sus hijos, esta potestad no puede ir nunca en contra de sus derechos, y en particular de su derecho de acceder a una información científica y de calidad sobre los aspectos relacionados con su sexualidad, en la medida que esta se encuentre libre de prejuicios, sea acorde con su edad, favorezca su pleno desarrollo y ayude a prevenir posibles abusos físicos y psicológicos. NACIONES UNIDAS-MUÑOZ, Vernor. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Sr. Vernor Muñoz. Sexagésimo quinto período de sesiones. A/65/162. 23 de julio de 2010. párr. 73.

²⁷² A propósito de la faceta instrumental que presentan las libertades que se reconocen en la enseñanza, Cotino señala con acierto: “La protección y el respeto de esta finalidad [hacer eficaces los valores de la libertad y la pluralidad en la educación] resulta inherente e indispensable para el conjunto de una sociedad democrática y, por ende, para el Estado constitucional. En consecuencia, el interés objetivo que se pretende garantizar y promocionar por medio del reconocimiento de las libertades de la enseñanza no es propio ni exclusivo de los distintos “operadores educativos” (centros, profesores, padres y alumnos). En otras palabras, la libertad y pluralidad en la educación, la enseñanza, la ciencia y la cultura no solo conciernen a quienes se vinculan directamente con estos ámbitos”. COTINO, Lorenzo.

abstención, por el contrario, esta igualmente se encuentra obligada a desplegar un comportamiento positivo, de manera de garantizar este importante objetivo²⁷³. Ahora bien, en el ámbito educacional, esta finalidad se concreta fundamentalmente, a través de la existencia de una variada oferta educativa, obligándose el Estado a asegurar a los particulares la libertad para crear y dirigir centros de enseñanza distintos de los públicos. Sin embargo, consideramos que para la Corte, el pluralismo se manifiesta también, y quizás de un modo especialmente relevante, en el respeto a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los propios estudiantes, de manera que en este sentido el Estado también se obliga a garantizar que los valores de la libertad y del respeto a la diversidad, se proyecten hacia el interior de cada establecimiento²⁷⁴. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo parte de la base, correctamente en nuestra opinión, que el educando es un ser libre, que en consecuencia se encuentra dotado de entendimiento propio, y que por ello su formación se debe llevar a cabo en un ambiente de libertad, lejos de todo adoctrinamiento, manipulación, conformismo o falsa conciencia²⁷⁵. Así, y con el propósito de asegurar que el alumno puede desarrollar libremente su personalidad, el Estado debe velar porque los conocimientos o informaciones que se transmitan con ocasión de la prestación del servicio educativo, sean difundidos con estricto apego a los principios de neutralidad y objetividad²⁷⁶.

Reflexiones en favor de una concepción funcional de la libertad de enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo. *Op. Cit.* p. 94.

²⁷³ CASTRO-RIAL GARRONE, Fanny. Sobre ciertos aspectos del derecho a la educación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*. 3:1985. p. 555.

²⁷⁴ CASTILLO CORDOVA, Luís. Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006. p. 192.

²⁷⁵ *Ibíd.* p. 203.

²⁷⁶ Como indica Relaño, el TEDH no aclara en que consiste concretamente que la enseñanza deba ser objetiva, crítica y pluralista. A este respecto, conviene tener presente lo dispuesto por los Principios Rectores de Toledo sobre la

Por otro lado, y en este punto seguimos a Valero, los principios reseñados no solo obligan al Estado, sino que también a los padres, en atención a que estos son los primeros garantes del derecho a la educación de sus hijos²⁷⁷. En efecto, la Corte entiende que los derechos educativos paternos no buscan asegurar los intereses de quienes los ejercen, sino que de manera preferente, el derecho a la educación de los menores²⁷⁸. Así, y de acuerdo con este criterio, resulta razonable limitar o condicionar dichas facultades, a fin de asegurar que las mismas puedan contribuir efectivamente al desarrollo de las capacidades del educando, de ahí que en caso de conflicto con los derechos paternos, y a menos que se esgriman buenas razones para sostener lo contrario, la defensa del derecho a la educación debe tener prioridad por sobre otras consideraciones²⁷⁹.

enseñanza acerca de las religiones y creencias, elaborados por el Consejo Asesor para la Libertad Religiosa y de Creencias, órgano consultivo de ODIHR (Office for Democratic Institutions and Human Rights). En particular, estos principios establecen “La enseñanza acerca de religiones y creencias debe ser sensible, equilibrada, inclusiva, sin adoctrinamiento, imparcial y basada en los principios de los derechos humanos relacionados con la libertad de religión o creencia. Esto implica que las consideraciones relativas a la libertad de religión o creencia deben impregnar todos los planes de estudios desarrollados para la enseñanza acerca de religiones y creencias. (...) Esto implica que, entre otras cosas, la información contenida en los planes de estudios se base en la razón, sea exacta y no tendenciosa, esté actualizada y no simplifique en exceso los temas complejos. También implica que los planes de estudios sean adecuados para las edades correspondientes, de forma que resulten accesibles a los alumnos.”. RELAÑO PASTOR, Eugenia. El pluralismo educativo y la libertad religiosa en el tribunal europeo de derechos humanos: Folgerø y Zengin. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* 22: 2008. p. 242. ODIHR. Principios orientadores de Toledo sobre la enseñanza acerca de religiones y creencias en las escuelas públicas. <http://www.osce.org/es/odihr/29155?download=true> [consulta: 10 de Julio de 2015]. p. 44.

²⁷⁷ VALERO HEREDIA, Ana. La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. p. 202.

²⁷⁸ *Ibidem*. p. 169.

²⁷⁹ Embid Irujo, ha sintetizado esta doctrina en los siguientes términos: “Pero es que, además, las convicciones filosóficas se sujetan a un principio de control muy claro en la misma sentencia comentada: no deben ser incompatibles con la dignidad humana ni entrar en conflicto con el derecho a la educación del escolar. Dentro del plano de los derechos fundamentales hay ya, por tanto, una jerarquización que relega a segundo plano el derecho paterno”. EMBID IRUJO, Antonio. Derecho a la educación y derecho educativo paterno: (comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982). *Revista española de derecho constitucional*. 3 (7):1983. p. 396. Estos criterios fueron aplicados por la Corte en el caso Jiménez Alonso y Merino y Jiménez Merino contra España, del año 2001, también relativo a materias vinculadas con la educación sexual. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Jiménez Alonso y Merino y Jiménez Merino contra España”. 19 de enero de 2001. Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), dictó a este respecto un pronunciamiento muy interesante. En efecto, sobre la base del art. 11.2 de la Carta Social Europea revisada, el cual dispone que: “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros

En este contexto, otro caso relevante lo constituye sin duda, el asunto Folgero y otros contra Noruega de 2007²⁸⁰. El Estado noruego, introdujo dentro de su sistema público de educación, una asignatura denominada “Cristianismo, Religión y Filosofía”, cuyo propósito consistía en promover la comprensión y el respeto por los valores cristianos y humanistas, y la comprensión de otras religiones o creencias²⁸¹. Sin embargo, unos padres no cristianos, pertenecientes a la Asociación Humanista Noruega, consideraron que la decisión del Estado de no eximir a sus hijos de la asistencia a las clases en que se impartía dicha materia, debía ser considerada contraria a su libertad de conciencia y de religión, y a la obligación que pesaba sobre la administración, de respetar sus convicciones religiosas o filosóficas. La Corte acogió el requerimiento, para lo cual procedió a aplicar varios de los criterios que había desarrollado a propósito del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, centrando por tanto su razonamiento, en torno a la protección de los derechos de los educandos²⁸².

En primer término, estimó que el solo hecho de otorgar mayor importancia al conocimiento de ciertas religiones, no podía ser juzgado a priori, como un intento de

fines (...)", dedujo, en el caso International Centre for the Legal Protection of Human Rights INTERIGHTS contra Croacia, la obligación de asegurar el acceso universal a la educación sexual y reproductiva. Por su claridad, destaca el siguiente apartado, el cual reitera la importancia que la educación sexual tiene para el desarrollo de las capacidades del alumno: "More specifically, in the context of Article 11§2 and the instant case, the Committee understands sexual and reproductive health education as a process aimed at developing the capacity of children and young people to understand their sexuality in its biological, psychological, socio-cultural and reproductive dimensions which will enable them to make responsible decisions with regard to sexual and reproductive health behaviour". COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. Decisión de fondo en "Centre for the Legal Protection of Human Rights INTERIGHTS contra Croacia". 9 de abril de 2009. párr. 46.

²⁸⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia "Folgero y Otros contra Noruega". 29 de junio de 2007.

²⁸¹ *Ibidem*. 73.

²⁸² ALAEZ CORRAL, Benito. Caso Folgero y respeto a las convicciones morales de los padres en materia educativa. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*. 3: 2008. p. 16. MEIX CERECEDA, Pablo. El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo. *Op. Cit.* p. 97.

adoctrinar a la población, toda vez que el Estado gozaba de un amplio margen de apreciación con relación a la elección de las materias que debían integrar su respectivo plan de estudio²⁸³. En línea con este criterio, tomó en cuenta que el Convenio proscribía el adoctrinamiento, pero no la adquisición de conocimientos, y que por tanto existía un interés legítimo por parte de la sociedad en que el educando fortaleciera su propia identidad y desarrollara la capacidad para tomar decisiones informadas²⁸⁴, de manera que la segunda parte del art. 2 del Protocolo, no podía ser interpretada en el sentido de conceder a los padres el derecho para mantener a sus hijos en la ignorancia acerca del hecho religioso, concluyendo que mientras esta enseñanza se impartiera de manera objetiva, crítica y pluralista, dichas materias no podían ser objetadas²⁸⁵.

Ahora bien, la Corte estimó que el fin perseguido por la asignatura era en principio legítimo, puesto que incorporaba la enseñanza de diferentes tradiciones religiosas y filosóficas, y que si bien el cristianismo tenía un protagonismo especial, dicha opción correspondía simplemente a factores históricos y culturales, los cuales se encontraban profundamente afianzados dentro de la sociedad noruega. No obstante ello, el problema radicaba en la óptica confesional del curso, pues este requería que los alumnos asimilaran los valores cristianos, particularmente los luteranos, mientras que con respecto a las otras religiones, solo basta con que el educando adquiriera un

²⁸³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Folgero y Otros contra Noruega”. 29 de junio de 2007. párr. 84.

²⁸⁴ *Ibidem*. párr. 77.

²⁸⁵ *Ibidem*. párr. 88. De este modo, y tal como indica Relaño, el Tribunal consolida dos tendencias aparentemente contradictorias: a) la obligación de respetar las convicciones religiosas o filosóficas de los padres, y b) la posibilidad de entregar, en el contexto del sistema público de educación, información objetiva y neutral acerca de la religión, la ética o la filosofía. RELAÑO PASTOR, Eugenia. El pluralismo educativo y la libertad religiosa en el tribunal europeo de derechos humanos: Folgerø y Zengin. *Op. Cit.* p. 243.

conocimiento general acerca de sus principios más fundamentales²⁸⁶. Por otro lado, dicha asignatura exigía la práctica de algunas actividades extra programáticas, tales como oraciones, lecturas de salmos o el aprendizaje de ciertos textos religiosos, los que se encontraban dotados de un claro contenido piadoso²⁸⁷. Junto a lo anterior, el mecanismo de exención parcial representaba una pesada carga tanto para los padres, como así también, para los alumnos, pues estos se veían obligados a desvelar sus creencias, y a explicitar las razones que los llevaban a no querer participar en la asignatura, con lo cual dicha circunstancia podría desalentar el ejercicio de sus derechos, y crear serios conflictos de lealtad con respecto a sus familias y a su grupo de amigos²⁸⁸. Por tanto, y en base a estas consideraciones, la Corte declaró que la asignatura cuestionada no cumplía con los principios de objetividad y pluralidad exigidos por el Convenio, debido esencialmente, a su carácter confesional, y a que el sistema de exención no protegía ni la libertad de los padres de elegir la educación religiosa o filosófica que creyeran más adecuada para sus hijos, ni tampoco, el propio derecho de los alumnos al libre desarrollo de su personalidad²⁸⁹.

²⁸⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Folgero y Otros contra Noruega”. 29 de junio de 2007. párr. 93.

²⁸⁷ *Ibidem*. párr. 94.

²⁸⁸ *Ibidem*. párr. 98.

²⁸⁹ En este punto, resulta bastante claro que la obligación de objetividad es más intensa, cuanto más escasas sean las alternativas de las cuales dispongan los padres para que sus hijos puedan recibir una educación que se acomode con sus creencias. NUEVO LOPÉZ, Pablo. Educación sexual y derechos fundamentales. Contribución a un debate necesario. UNED, Revista de Derecho Público. 80: 2011. p. 136. Por otro lado, y en esto concordamos con Barrero, la Corte introduce una novedad importante, dado que intensifica el estándar convencional, y reduce el margen de apreciación nacional, al vincular el goce efectivo del derecho a la educación, con el respeto a la vida privada, y con el principio de laicidad. BARRERO ORTEGA, Abraham. TEDH - Sentencias de 26.06.2007, Folgero y otros c. Noruega, 15472/02, y de 09.10.2007, Hasan y Eylem Zengin c. Turquía, 1448/04 - Objeción de conciencia de los padres a educación con implicaciones morales - enseñanza religiosa obligatoria. Revista de Derecho Comunitario Europeo. 32: 2009. p. 272. Un problema silimar, se planteó en: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Hasan y Eylem Zengin contra Turquía”. 9 de octubre de 2007.

5.2.- El ejercicio de la potestad disciplinaria y el respeto a las convicciones

filosóficas de los padres

Como ya señalamos, el derecho a la educación comprende el acceso a las instituciones respectivas, pero también abarca el contenido de la enseñanza y las condiciones en esta que se imparte. Entre otras consecuencias, este esquema supone que los centros educativos no pueden imponer sanciones que tengan por propósito o por efecto lesionar algunos de los derechos reconocidos en el contexto de la relación educativa. Ahora bien, para analizar este problema, nos vamos a referir en primer lugar, al asunto Campbell y Cosans contra Reino Unido de 1982²⁹⁰. En este caso, los padres de dos alumnos pertenecientes al sistema público de educación, se opusieron a que sus hijos recibieran como castigo la aplicación de sanciones corporales, bajo el argumento que esta modalidad de sanción era contraria a sus convicciones filosóficas.

Por su parte, el Estado alegó que la obligación de respetar los derechos paternos, solo se extendía al ámbito correspondiente a la instrucción y al aprendizaje, pero no a aquellas materias que se relacionaban con la administración interna del establecimiento educativo, tales como las relativas al régimen disciplinario. En este sentido la única obligación que asumía el Estado con respecto a los padres, era la de garantizar que la enseñanza satisficiera un cierto estándar de objetividad y pluralidad²⁹¹. Sin embargo, la Corte estimó que este argumento era demasiado restrictivo, puesto que implicaba separar de un modo artificial, los aspectos administrativos de los propiamente educativos. En

²⁹⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Campbell y Cosans”. 25 de febrero 1982.

²⁹¹ *Ibidem*. párr. 33.

este sentido, señaló lo siguiente: “El Tribunal puntualiza que la educación de los niños es el procedimiento total mediante el cual en cualquier sociedad los adultos inculcan a los más jóvenes sus creencias, hábitos y demás valores, mientras que la enseñanza o la instrucción se refiere especialmente a la transmisión de conocimientos y a la formación intelectual”²⁹². Ahora bien, de acuerdo con esta distinción, la potestad disciplinaria debía ser considerada como una condición indispensable para alcanzar los fines de la educación, en atención a que las sanciones establecidas por el centro de enseñanza tenían como finalidad contribuir al desarrollo y a la formación del carácter del alumno²⁹³. Debido a lo anterior, la administración se encontraba obligada a respetar las convicciones filosóficas de los padres, no solo en lo concerniente a los contenidos de la instrucción, sino que también, en lo relativo al régimen disciplinario.

Por otro lado, el Estado también sostuvo que este problema no era de competencia de las autoridades nacionales, toda vez que la disciplina escolar constituía un asunto de resorte exclusivo de cada profesor, debido a que en este contexto, el docente no ejercía una facultad delegada por el Estado, sino que por el *Common Law*. Para rechazar este argumento, la Corte razonó sobre la base que en virtud de su adhesión al Convenio de Roma, el Estado había asumido el compromiso consistente en

²⁹² *Ibidem*. párr. 33. Esta precisión es interesante, pues implica asumir que la educación no puede ser, por su propia naturaleza, totalmente neutral. A propósito de este aspecto, concordamos con Garcimartín “La educación está basada siempre en una determinada concepción de la personal y del mundo, si esto es así incluso en asignaturas que podríamos denominar técnicas, mucho más puede decirse de materias como la historia, la educación cívica o en general, de las denominadas humanísticas. Por tanto, no cabe hablar de neutralidad desde el momento en que la transmisión de conocimientos implica la asunción de unos determinados valores” GARCIMARTIN MONTERO, Carmen. Educación en el estado laico: ¿de quién es el derecho?. En: POLO, SABAU, José Ramón, SOUTO GALVAN, Clara. Anuario de derecho a la educación. Madrid, Dykinson, 2012. p. 73.

²⁹³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Campbell y Cosans”. 25 de febrero 1982. párr. 33.

adecuar la normativa nacional a los estándares exigidos por los tratados internacionales, cualquiera que fuese el origen de esta normativa²⁹⁴. Por esta razón, y dado que la administración tenía la obligación positiva de definir las orientaciones generales en materia de educación, igualmente debía regular el ejercicio de la potestad disciplinaria²⁹⁵.

Ahora bien, en lo referente al sentido y alcance de los derechos paternos, el Tribunal indicó que estas convicciones debían satisfacer un determinado estándar de seriedad, coherencia e importancia, dado que el Protocolo no amparaba simples opiniones o ideas²⁹⁶. Sin embargo, este requisito no podía ser entendido en el sentido de exigir a los padres la adhesión a un sistema organizado de pensamiento, pues esta interpretación supondría restringir de manera excesiva sus derechos, pero tampoco se satisfacía, alegando simplemente que tal o cual medida, había importado una lesión a creencias que en realidad debían ser reputadas como triviales o de escasa relevancia, dado que en este evento, el ámbito de protección sería demasiado amplio, colocando en peligro la estabilidad del sistema educativo²⁹⁷. Por esta razón, la Corte estableció que únicamente podían ser consideradas como convicciones dignas de respeto, todas aquellas que: a) guardaran armonía con los principios y valores presentes en una sociedad democrática, b) no fuesen incompatibles con la dignidad humana, y c) se

²⁹⁴ *Ibidem*. párr. 34. MARTIN-RETORTILLO, BAQUER, Lorenzo. “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. Madrid, Anuario de derecho eclesiástico del Estado, 2006. (Ejemplar dedicado a: Actas del Congreso sobre “Estado español, libertad religiosa y principios ético-cívicos”). p. 105.

²⁹⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Campbell y Cosans”. 25 de febrero 1982. párr. 35.

²⁹⁶ *Ibidem*. párr. 36. MARTIN-RETORTILLO, BAQUER, Lorenzo. “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. *Op. Cit.* p. 109.

²⁹⁷ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Campbell y Cosans”. 25 de febrero 1982. párr. 36

encontraran subordinadas funcionalmente a las satisfacción del derecho a la educación del menor²⁹⁸. Finalmente, el sentenciador aplicó estos criterios al caso concreto, concluyendo que los padres podían legítimamente objetar los métodos disciplinarios establecidos por el centro de enseñanza, toda vez que sus opiniones decían relación con un aspecto relevante acerca de la vida de sus hijos, como lo era sin duda, todo lo referente a su integridad física y emocional²⁹⁹.

Para concluir, nos parece que este pronunciamiento introduce varios elementos de interés. En efecto, la Corte extiende las obligaciones de la administración a un conjunto más amplio de materias que aquellas relacionadas propiamente con el aprendizaje. Lo anterior se justifica, en atención a que la disciplina escolar guarda una íntima conexión con la formación de la personalidad del alumno, de modo que esta dimensión también debe hacer parte del concepto de instrucción a efectos del art. 2 del Protocolo. Esto supone en el fondo, que la obligación de garantizar el derecho a la educación, igualmente supone la de regular el ejercicio de la potestad sancionatoria del establecimiento³⁰⁰. De lo anterior resulta que los propósitos de la enseñanza no solo justifican la existencia del régimen disciplinario -en la medida en que este contribuye al desarrollo de las capacidades del educando- sino que al mismo tiempo, restringen dicha potestad, debido a que su ejercicio se debe enmarcar dentro de los fines objetivos

²⁹⁸ *Ibidem*. párr. 36. ALAEZ CORRAL, Benito. Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. 5: 2009. p. 30. EMBID IRUJO, Antonio. Derecho a la educación y derecho educativo paterno: (comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982). *Op. Cit.* p. 396.

²⁹⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Campbell y Cosans”. 25 de febrero 1982. párr. 36.

³⁰⁰ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Derecho a la instrucción. *En*: LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (ed.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*. Madrid, Thompsons-Civitas, 2004. p. 645. MEIX CERECEDA, Pablo. El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo. *Op. Cit.* p. 72.

adscritos al proceso formativo³⁰¹. Así, el sentenciador entiende que las normas sobre derechos humanos se deben interpretar de un modo dinámico y evolutivo, de manera de asegurar el pleno goce de los derechos³⁰².

También nos parece coherente con esta doctrina, el que los padres no necesiten adscribir a un sistema completo de pensamiento, exigiéndose simplemente que sus convicciones satisfagan a lo menos un cierto estándar de seriedad y profundidad. En esta línea, autores como Heredia señalan “el Juez de los Derechos Humanos defiende una interpretación extensiva de la categoría jurídica “convicciones filosóficas”, integradora de ideas que poseen una entidad vinculante para el comportamiento externo de su titular, con independencia de su índole religiosa o secular”³⁰³. No obstante, el Tribunal destaca con mucha fuerza que estas convicciones no pueden entenderse en términos absolutos, puesto que su ejercicio debe guardar armonía con los principios y valores establecidos en el Convenio, y muy especialmente, con el derecho a la educación, garantía cuya satisfacción tiene un carácter prioritario³⁰⁴.

³⁰¹ COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. *Op. Cit.* p. 91.

³⁰² En este punto, nos parece relevantes citar las palabras de Cancado Trindade: “Los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, que acompañan la evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos. Su interpretación dinámica o evolutiva encuentra expresión en la jurisprudencia internacional”. CANCADO TRINDADE, Antonio. El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001. p. 45.

³⁰³ VALERO HEREDIA, Ana. La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. p. 172.

³⁰⁴ En este sentido, Gori destaca “What the Court wanted, probably, to stress by this statement is that the role of parents is an “adjunct” to the fundamental right of children, as such, must be exercised in the latter’s interest. Thus, the protection of the conviction of the parents indirectly protects the right to education of the children, wich represents a parent’s duty”. GORI, Gisella. Towards an EU Right to Education. Kluwer Law International, 2001. p. 376.

En el contexto de los problemas relacionados con el régimen disciplinario, otro caso interesante es el asunto *Efstratiou contra Grecia* de 1996³⁰⁵. Las autoridades de un centro de enseñanza griego, sancionaron a una alumna Testigo de Jehová, con la medida de dos días de suspensión de asistencia a clases, debido a que la menor, en armonía con sus creencias religiosas, se negó a participar en el desfile que conmemoraba el día de la declaración de guerra a la Italia fascista. Los padres, bajo el argumento que esta medida implicaba obligar a su hija a compartir valores contrarios a sus ideales pacifistas, presentaron un recurso ante el TEDH alegando lesión tanto a sus derechos paternos, como al derecho de sus hijos a la educación. En cuanto al primer punto, la Corte estimó que el desfile no tenía un carácter militarista, y que era razonable dentro una sociedad democrática, celebrar ciertos acontecimientos que para el conjunto de la nación eran relevantes, de manera que no podía considerar que esta circunstancia, fuese incompatible con la obligación del Estado de respetar las convicciones religiosas de los padres³⁰⁶. Por otro lado, estimó que el derecho a la educación no había sido lesionado, en atención a la brevedad de la sanción, y al escaso impacto que había tenido sobre el proceso formativo de la menor³⁰⁷.

Por nuestra parte, no compartimos estos criterios. En efecto, tal como reflexiona Canosa, de esta doctrina se infiere que “si los desfiles hubieran tenido una connotación militarista, la decisión habría sido distinta. Es decir, parecen ampararse las convicciones

³⁰⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “*Efstratiou contra Grecia*”. 18 de diciembre de 1996.

³⁰⁶ *Ibidem*. párr. 32.

³⁰⁷ *Ibidem*. párr. 33. En el caso *Valsamis contra Grecia* de 1996, la Corte arribó a estas mismas conclusiones. Véase en este sentido: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “*Valsamis contra Grecia*”. 18 de diciembre de 1996.

pacifistas, pero no las puramente antipatrióticas o, mejor dicho, contrarias al patriotismo expresado en fórmulas o actos oficiales”³⁰⁸. Este argumento resulta discutible, en atención a que la Corte sostiene, en este mismo fallo, que si bien los intereses individuales deben subordinarse en determinadas ocasiones a los dictados del grupo, este hecho no supone de ningún modo que en una democracia las opiniones de la mayoría siempre deban prevalecer³⁰⁹. Por esta razón, y tal como afirma Rodríguez-Patrón, se puede sostener que la pretensión resulta amparable, dado que lo determinante no es lo que la mayoría pueda considerar acerca de tal o cual acto, sino lo que piensen a este respecto los titulares del derecho afectado³¹⁰.

Por otro lado, tampoco compartimos el criterio de la Corte de no considerar como una lesión al derecho a la educación, la suspensión de la alumna de la asistencia a clases. En efecto, si bien el castigo no perturbó su proceso de aprendizaje, si afectó el libre desarrollo de su personalidad, pues se aplicó en el contexto de una actividad que no formaba parte del currículo normal del establecimiento, y cuyo contenido no era neutral, en atención a que obligaba a la alumna a tomar partido por un sistema de creencias a la cual ella no adhería. En este orden de ideas, concordamos con Góngora cuando afirma:

³⁰⁸ CANOSA USERA, Raúl. Derecho a la educación y pluralismo educativo (Art. 2 P1). *Op. Cit.* p. 814.

³⁰⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Efstratiou contra Grecia”. 18 de diciembre de 1996. párr. 28.

³¹⁰ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. Algunas reflexiones acerca de los derechos de los padres y las competencias estatales en el ámbito de la educación pública. *AFDUAM*. 15: 2011. p. 180. Esta tesis, se afirma en el voto particular de minoría de los jueces Vilhjálmsón y Jambrek “Estimamos que el Tribunal debió aceptar esta apreciación y no encontramos base alguna que justifique que la participación de *Sophia* en el desfile sea necesaria para una sociedad democrática, aun cuando este acontecimiento público, sea claramente, para la mayoría, expresión de la unidad y valores nacionales”. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Efstratiou contra Grecia”. 18 de diciembre de 1996. Opinión disidente, jueces Vilhjálmsón y Jambrek. p. 17.

“El libre desarrollo de la personalidad, aplicado en el ámbito educativo, es el derecho de todo estudiante de fijarse opciones de vida de conformidad con sus propias elecciones y anhelos, siempre que no abuse de su derecho ni vulnere los derechos de terceros, y respete el ordenamiento jurídico. Ninguna institución educativa puede excluir a una persona del proceso educativo por el hecho de que ésta escoja libremente sus opciones como ser humano”³¹¹.

6.- La protección del derecho a la educación a través de la obligación del Estado de garantizar la adaptabilidad de la enseñanza

La oferta educativa tradicional, tal como destaca con acierto Torres Instituto, no siempre se encuentra estructurada en base a los intereses de quienes aprenden, sino que en muchos casos lo está, desde la perspectiva de aquellos que enseñan, administran y deciden en los distintos niveles del sistema educativo³¹². Esta circunstancia dificulta el logro de los objetivos de la educación, puesto que el Estado debe garantizar que la prestación del servicio educativo se adapte tanto a las necesidades particulares de los alumnos, como también, a sus contextos sociales y culturales. En este orden de ideas, podemos destacar tres tipos de problemas que se han presentado ante el Tribunal de Estrasburgo: a) asuntos relacionados con el idioma utilizado en la enseñanza; b) controversias relativas al derecho a la educación respecto de las personas con

³¹¹ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. el derecho a la educación en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. *Op. Cit.* p. 148.

³¹² TORRES INSTITUO, Rosa María. 12 Tesis para el cambio educativo, Justicia educativa y Justicia. *Op. Cit.* p. 31.

discapacidad; y c) conflictos generados a propósito de la presencia de símbolos religiosos dentro de la sala de clases.

6.1.- El derecho a que la educación se imparta en una lengua comprensible para el alumno

Los Estados que conforman el Consejo de Europa, se caracterizan por su gran diversidad lingüística. Por otro lado, muchos estudiantes viven en Estados o regiones, cuya lengua oficial no coincide con su lengua materna. Esto genera un problema, dado que no está claro hasta qué punto la administración debe adaptar la oferta educativa a sus particulares preferencias lingüísticas. En este contexto, el *leading case*, es el “Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica” de 1968. Como se recordará, ya nos hemos referido a este asunto, pero en el contexto de la obligación del Estado de garantizar la disponibilidad de centros de enseñanza³¹³. En este apartado sin embargo, procederemos a su estudio desde la perspectiva del deber que pesa sobre la administración, en orden a asegurar que la educación se imparta en una lengua determinada.

El problema se generó, toda vez que Bélgica, se encontraba dividida en cuatro zonas lingüísticas, tres de las cuales eran monolingües, mientras que la otra, había adoptado un sistema mixto. Por otro lado, en la periferia de Bruselas, existían seis comunas que se encontraban sometidas a un régimen especial. Así por ejemplo, en la zona flamenca, la educación era impartida en flamenco, y en la zona francesa, en

³¹³ *Supra*, Capítulo 2, 3.1.

francés. Ahora bien, en 1963, el Estado belga tomó la decisión de no subvencionar instituciones de enseñanza, que optaran por impartir sus clases en una lengua distinta a que les correspondía según su zona. En este mismo sentido, también estableció que los certificados emitidos por los centros privados que no cumplieran con estos requisitos, carecerían de reconocimiento oficial. Frente a este hecho, y agotados los recursos internos, un grupo de padres, que residían la zona flamenca de Bélgica, y que aspiraban a que sus hijos recibieran su educación en francés, recurrió ante el TEDH, alegando que esta decisión debía ser considerada incompatible con el art. 2 del Protocolo, el cual consagraba el derecho de sus hijos a la instrucción, y el respeto a sus convicciones religiosas o filosóficas. La Corte acogió parcialmente este requerimiento.

En primer término, y tal como ya ha sido destacado, entendió que a pesar de su fórmula negativa, el Protocolo reconocía un derecho, y que por tanto, el Estado se encontraba obligado a garantizar el acceso a los centros de enseñanza en condiciones de igualdad, y a reconocer los estudios cursados dentro de dichas instituciones. Con respecto a esta última obligación formuló un argumento interesante, dado que para justificar la imposición de este deber, sostuvo que el individuo debía contar con la posibilidad efectiva de sacar provecho de la enseñanza recibida³¹⁴. Por otro lado, señaló que el Convenio no garantizaba que la educación se impartiera en la lengua que los hijos o los padres eligieran, dado que solo aseguraba el derecho a no ser discriminado en el

³¹⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica”. 23 de junio de 1968. p. 28.

acceso a la enseñanza³¹⁵. En lo referente al sentido y alcance del concepto “convicciones religiosas o filosóficas”, entendió que este no imponía al Estado el deber de respetar las preferencias lingüísticas de los padres, y que interpretar los términos "religiosas" o "filosóficas" de modo que comprendieran dichas preferencias, equivaldría a desvirtuar su sentido ordinario y habitual³¹⁶. Tratándose del régimen de subvenciones, razonó sobre la base, que el Protocolo solo establecía un mandato indeterminado, el cual no autorizaba para afirmar que el Estado se encontraba obligado a financiar a su costa, un sistema de enseñanza particular, quedando esta alternativa, sujeta a la discrecionalidad de la administración. Finalmente, y en lo relativo a la garantía del respeto al contenido esencial del derecho a la educación, señaló:

“El derecho a la instrucción, garantizado por la primera frase del artículo 2 del Protocolo, requiere, por su propia naturaleza, una reglamentación por parte del Estado, reglamentación que puede variar en el tiempo y en el espacio en función de las necesidades y de los recursos de la comunidad y de los individuos. Resulta obvio que tal reglamentación en ningún caso debe acarrear un atentado a la sustancia de este derecho, ni vulnerar otros derechos consagrados por el Convenio”³¹⁷.

Una vez fijados estos estándares interpretativos, el Tribunal los aplicó al caso concreto. En general, la Corte entendió que esta medida perseguía un fin legítimo, el cual estaba dado por asegurar, en base al principio de territorialidad, el conocimiento y

³¹⁵ *Ibidem.* p. 32.

³¹⁶ *Ibidem.* p. 29.

³¹⁷ *Ibidem.* p. 29.

difusión de la lengua que en cada región hablara la mayoría de la población³¹⁸. De esta forma, recalcó que la administración no podía satisfacer los requerimientos de cada familia, y que en este sentido, solo se encontraba obligada a garantizar que las escuelas dependientes del Estado impartieran sus clases en el idioma más representativo dentro de cada zona³¹⁹. En este contexto, también recordó que los alumnos y sus familias podían elegir centros de enseñanza distintos de los públicos, en los cuales la educación se entrega en su lengua materna. No obstante, estimó que la decisión de restar validez a los certificados que emitieran estos centros, no podía ser interpretada en el sentido de constituir una violación al derecho a la educación, y en particular, al derecho a gozar de los frutos de la enseñanza, puesto que con el objeto de reconocer esta instrucción, el Estado imponía una condición muy fácil de cumplir, como era la de rendir un examen especial de calificación ante la autoridad competente³²⁰.

Sin embargo, la Corte consideró atendibles los argumentos esgrimidos por los demandantes, al menos en un aspecto. En efecto, en las zonas de régimen especial, se permitía la dictación de clases en francés, solo cuando esta alternativa fuese solicitada por a lo menos 16 familias. Sin embargo, esta posibilidad no se encontraba disponible para los hijos cuyos padres residieran fuera de dichos municipios. En otras palabras, los francófonos que residieran en la zona flamenca, no podían acceder a escuelas francófonas en las zonas de régimen especial, mientras que los niños de habla neerlandesa, residentes en la zona francófona, sí podían acceder a las escuelas flamencas

³¹⁸ *Ibidem.* p. 40.

³¹⁹ *Ídem.*

³²⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica”. 23 de junio de 1968. p. 82.

ubicadas dentro de dicha zona especial³²¹. Por este motivo la Corte consideró en definitiva, que dicho requisito no se justificaba, a la vista de las exigencias del Convenio, en la medida en esta alternativa comportaba un trato discriminatorio fundado más bien sobre la lengua de los niños, que sobre su residencia³²². En este sentido, la igualdad fue entendida por el Tribunal no en su acepción de igualdad formal, es decir, de igual trato ante la ley, sino como igualdad material o sustantiva, de modo que consideró como contraria al CEDH “la inexistencia de un tratamiento diferenciado basado en una justificación objetiva y razonable para corregir una situación de desigualdad de hecho de determinados grupos”³²³. Por esta razón, el Estado se vio obligado a crear escuelas bilingües, con el propósito de respetar la diversidad cultural dentro de sus fronteras³²⁴.

Ante todo, el Tribunal interpreta con cierta flexibilidad el alcance de las obligaciones del Estado en materia educacional. En este sentido, toma en cuenta que para asegurar el pleno disfrute del derecho en estudio, la administración debe asumir tanto obligaciones de respeto, como también, y muy especialmente, obligaciones de protección. Este mandato se traduce en que los poderes públicos, no solo deben evitar tomar medidas que tenga por propósito o por efecto, excluir arbitrariamente a ciertos sujetos del acceso a la escuela, sino que además, el legislador debe regular la prestación del servicio educativo, proscribiendo expresamente todo tipo de discriminación.

³²¹ *Ibidem*. p. 66. CANOSA USERA, Raúl. Derecho a la educación y pluralismo educativo (Art. 2 P1). Op. Cit. p. 54

³²² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica”. 23 de junio de 1968. p. 66.

³²³ PÉREZ ALBERDI, María Reyes. La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*. 1: 2011. p. 98.

³²⁴ BARBOSA DELGADO, Francisco. Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Derecho del Estado*. 26: 2011. p. 128.

Esta *vis expansiva*, se manifiesta igualmente, en la circunstancia que el derecho a la educación también incluye la posibilidad de sacar provecho de la enseñanza recibida. Esto se traduce, en la obligación de reconocer la validez de los certificados y títulos emitidos por los centros de enseñanza, que cumplan claro está, con los requisitos mínimos establecidos por el Estado. Esta doctrina, que sin duda compartimos, se funda en la idea que la educación guarda una íntima conexión con la satisfacción de las necesidades económicas, sociales y laborales del sujeto, y con la idea relativa a que el Estado no solo debe reconocer los derechos fundamentales, sino que también hacerlos efectivos.³²⁵

En lo referente al problema del idioma utilizado en la enseñanza, concordamos con el criterio establecido por el Tribunal, en el sentido que el Protocolo no reconoce el derecho a que la educación se proporcione en la lengua materna del alumno, sino solo, en la oficial del Estado. De este mismo modo, creemos que la administración tampoco tiene la obligación de utilizar recursos públicos, para que la enseñanza se imparta en un idioma determinado, siempre que el sistema educativo funcione al menos en alguna de las lenguas oficiales³²⁶. No obstante, si bien el Estado no se encuentra obligado a financiar esta educación, si asume el deber de no impedir que los miembros de las minorías lingüísticas puedan acceder al conocimiento de su lengua materna. Por esta razón, medidas tales como las de no reconocer los estudios, títulos o calificaciones que los estudiantes obtengan en este tipo de centros, puede ser considerada en principio, una

³²⁵ COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional. *Op. Cit.* p. 249.

³²⁶ MEIX CERECEDA, Pablo. El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo. *Op. Cit.* p. 88.

restricción indebida al ejercicio de este derecho, sobre la base además, que la educación debe estar encaminada a que el educando pueda desarrollar el respeto por sus padres, por su propia identidad cultural, y por su idioma³²⁷.

6.2.- El derecho a la educación respecto de personas con necesidades especiales

Las personas con discapacidad, gozan del mismo derecho a la educación que el resto de la población, de tal manera que a este respecto, el Estado debe garantizar que puedan desarrollar su proceso formativo, en un entorno que favorezca el pleno desarrollo de su personalidad. A este respecto, y tal como indica Harris, para muchas familias, constituye un imperativo moral o ético, el poder insertar a sus hijos dentro del sistema educativo regular³²⁸. Por otro lado, el problema se vuelve aún más complejo, dado que los padres son libres de elegir el sistema de educación que ellos crean más adecuado para sus hijos según sus experiencias y valores, libertad que los poderes públicos deben respetar y no entorpecer³²⁹. En este orden de ideas, nos vamos a referir al caso Graeme contra el Reino Unido, de 1990³³⁰. Los hechos que motivaron la controversia, consistieron básicamente en los siguientes: la madre de un menor, el cual presentaba un serio retardo cognitivo y de aprendizaje, se opuso a que su hijo fuese enviado a una escuela especial, tal como había sido ordenado por la autoridad competente. Para fundar

³²⁷ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN). *Op. Cit.* Art. 29.1 “Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: (...) c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya”.

³²⁸ HARRIS, Neville. *Education, Law and Diversity*. Oxford, Bloomsbury Publishing, 2007. p. 337.

³²⁹ UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. *Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile, 2008*. El derecho a la educación de las personas con discapacidad. p. 304.

³³⁰ Decisión de la Comisión en el caso Graeme contra Reino Unido, 13887/88, 5 de febrero de 1990.

su pretensión, alegó que esta medida había implicado una vulneración a su derecho a educar a su hijo de acuerdo con sus propias convicciones religiosas o filosóficas, y a su libertad para elegir un centro de enseñanza distinto de los pertenecientes al sistema público de educación.

La Comisión Europea de Derechos Humanos, declaró inadmisibile el caso, fundamentalmente por las razones siguientes. En primer lugar, observó que existía un creciente cuerpo de opinión, que sostenía que en la medida de lo posible, los menores con discapacidad, debían ser educados con niños normales de su misma edad. Sin embargo, también reconoció que este principio, no podía ser aplicado a todos los individuos, de manera que el Estado contaba con un amplio margen de apreciación, con el objeto de hacer un buen uso de los recursos disponibles, en vista de satisfacer el derecho a la educación de este sector de la población³³¹. En segundo lugar, declaró que en este contexto la administración debía proteger los derechos de los padres, pero también, y como cuestión de prioridad, debía garantizar el derecho a la instrucción de los menores, y en particular, la posibilidad de que estos recibieran una enseñanza que se adaptara a sus necesidades³³². En tercer lugar, constató que la circunstancia de haber enviado al menor a una escuela normal, había retrasado aún más su desarrollo, de tal modo que no existía fundamento plausible para optar por la enseñanza común. Finalmente, y retomando su propia jurisprudencia relativa al carácter funcional de las libertades educativas, sentenció que la decisión de internar al educando en una escuela

³³¹ *Ibidem.* párr. 1.

³³² *Ibidem.* párr. 1.

especial, no podía ser considerada lesiva de los derechos paternos, toda vez que estas facultades se encontraban condicionadas, por el derecho a que sus hijos recibieran una educación adecuada en función de sus requerimientos particulares³³³.

6.3.- La existencia de símbolos religiosos dentro del sistema público de educación

La escuela pública, como parte de la organización institucional del Estado, debe caracterizarse por ser un espacio abierto a todos los alumnos, cualquiera sea su origen étnico, social, o religioso, de tal modo que la administración debe tomar medidas con el objeto de asegurar que durante la prestación del servicio educativo, no se ampare o

³³³ Ibídem. párr. 2. La Comisión, ya había esbozado algunos de estos criterios en el caso Simpson contra Reino Unido de 1989. A este respecto véase: Decisión de la Comisión en el caso Simpson contra Reino Unido, 14688/89, 4 de Diciembre de 1989. Un comentario favorable a esta resolución, se puede consultar en: VALERO HEREDIA, Ana. La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. p. 173. En este mismo sentido, podemos citar un interesante pronunciamiento del Comité Europeo de Derechos Sociales, en el cual dicho órgano condenó a Francia por vulnerar los arts. 15.1 y 17.1 de la Carta Sociales Europea revisa. Dichas normas disponen que: “Para garantizar a las personas minusválidas, con independencia de su edad y de la naturaleza y el origen de su minusvalía, el ejercicio efectivo del derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad, las Partes se comprometen, en particular: (...)a tomar las medidas adecuadas para procurar a las personas minusválidas orientación, educación y formación profesional en el marco del régimen general, siempre que sea posible, o, en caso contrario, a través de instituciones especializadas, ya sean públicas o privadas” y “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los niños y los adolescentes a crecer en un medio que favorezca el pleno desarrollo de su personalidad y de sus aptitudes físicas y mentales, las Partes se comprometen a adoptar, bien directamente o bien en cooperación con las organizaciones públicas o privadas, todas las medidas necesarias y adecuadas encaminadas: (...) a garantizar a los niños y adolescentes, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus progenitores, los cuidados, la asistencia, la educación y la formación que necesiten, en particular disponiendo la creación o el mantenimiento de instituciones o servicios adecuados y suficientes a tal fin”. De esta forma, el CEDS estimó que Francia no había adoptado las medidas necesarias con el objeto de asegurar que los niños autistas pudieran recibir una formación adecuada en razón de sus necesidades. Por su claridad, conviene citar el propio dictado del Comité “(...) The Committee notes that only 2.8% of the children with intellectual disabilities residing in HMDCs are integrated in mainstream primary schools, which is extremely low whereas integration should be the norm. Mainstream educational institutions and curricula are not accessible in practice to these children. There also appears to be insufficient evidence to show real attempts to integrate these children into mainstream education. The Committee considers therefore that the criterion of accessibility is not fulfilled. 44. For the very few children integrated into mainstream primary schools, the way in which they are dealt with should be suited to their special needs. The Committee finds on this point in particular that teachers have not been trained sufficiently to teach intellectually disabled children and teaching materials are inadequate in mainstream schools. These schools are therefore not suited to meet the needs of children with intellectual disabilities and hence to provide their education. The Committee concludes that neither therefore is the criterion of adaptability met”. COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. Decisión de fondo en el caso “Autismo-Europa contra Francia”. 4 de noviembre de 2003, reclamación n° 13/2002. párr. 43 y 44.

fomente una religión o creencia en particular, dado que de lo contrario, el derecho que el educando tiene al libre desarrollo de su personalidad, podría verse seriamente afectado. Ahora bien, la referencia obligada a este respecto, está dada sin duda por el asunto Lautsi y otros contra Italia³³⁴. Básicamente, el caso giró en torno a la reclamación interpuesta por la madre de dos alumnos, debido a que en su parecer, la presencia de un crucifijo dentro del aula de clases a la cual estos acudían, debía ser considerada como una circunstancia incompatible con el derecho a que sus hijos recibieran una educación y enseñanza acorde con sus propias convicciones religiosas y filosóficas, garantía establecida en el art. 2 del Protocolo, y con su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, facultad reconocida en el art. 9 del Convenio.

Es importante hacer notar, que en un primer momento, la Corte acogió de forma unánime los argumentos presentados por la demandante, desarrollando a este respecto una serie de principios de gran interés. En este sentido, otorgó especial atención al hecho que la escuela debía ser un espacio abierto y plural, que fomentara la inclusión y no la exclusión, con independencia del origen social, religioso o étnico del educando³³⁵. Por otro lado, también se detuvo en un aspecto crucial, toda vez que destacó la circunstancia que los niños, en el contexto de la escuela, se encontraban en una posición que obligaba al Estado a ser especialmente cauteloso en el cumplimiento de sus obligaciones, toda vez que estos carecían de la madurez suficiente para apreciar críticamente la preferencia

³³⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Lautsi contra Italia”. 3 de noviembre de 2009.

³³⁵ *Ibidem*. párr. 47.

manifestada por la administración en materia religiosa³³⁶. En este contexto, estimó que el crucifijo no podía ser asociado sino con una religión en particular, de tal modo que su presencia dentro de la sala de clases, dotaba al ambiente escolar, de un carácter marcadamente adoctrinador, lo que desde luego, podía no ser lesivo para la mayoría de los alumnos, pero si podía ser perturbador para otros estudiantes, especialmente para aquellos que no adhirieran a la religión dominante³³⁷. En este sentido declaró:

“La libertad negativa no se limita a la ausencia de servicios religiosos o de enseñanza religiosa. Ella se extiende a las prácticas y a los símbolos que manifiestan, en general o en particular, una creencia, una religión o el ateísmo. Este derecho negativo merece una protección particular si es el Estado el que manifiesta una creencia y si la persona está ubicada en una situación de la que no se puede liberar o puede hacerlo solamente por medio de esfuerzos y sacrificios desproporcionados”³³⁸.

De esta forma, razonó en torno al hecho que en una democracia, el ordenamiento jurídico también debía otorgar especial protección y consideración a los grupos minoritarios, de tal manera que ninguna restricción a sus derechos, podía justificarse sobre la base de los criterios establecidos por la mayoría³³⁹. Finalmente, y de acuerdo con estas reflexiones, la Corte estimó que el Estado había violado su deber de

³³⁶ Ibídem. párr. 48.

³³⁷ Ibídem. párr. 55.

³³⁸ Ibídem. párr. 53.

³³⁹ Ibídem. párr. 56.

neutralidad, y que por tanto, la negativa a retirar los crucifijos, representaba una lesión a los derechos de la recurrente.

Sin embargo, la Gran Sala revirtió esta decisión. En efecto, en primer lugar, sostuvo que el deber del Estado de respetar las convicciones filosóficas de los padres, no se encontraba limitado solamente al currículo escolar, o al ejercicio de la potestad disciplinaria, sino que también se extendía a todas de las funciones que la administración desarrollaba en el contexto de la enseñanza, las que obviamente incluían la organización del ambiente escolar³⁴⁰. En segundo lugar, estimó que el crucifijo constituía un símbolo que se encontraba ligado a la propia identidad del pueblo italiano, de manera que en principio, la decisión acerca de mantener o no esta tradición, quedaba sujeta al margen de apreciación del Estado demandado³⁴¹. Abonó esta conclusión, la ausencia de un consenso claro entre los distintos Estados europeos en torno a la legitimidad de permitir la presencia de símbolos religiosos dentro de las escuelas públicas³⁴². En tercer lugar, consideró que el crucifijo tenía un carácter pasivo, de manera que no se le podía atribuir ninguna influencia sobre la conciencia de los alumnos, comparable por ejemplo, a la repercusión que podía tener el discurso didáctico utilizado por los profesores o la

³⁴⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Lautsi contra Italia”. 18 de marzo de 2011. párr. 64

³⁴¹ *Ibidem*. párr. 68. En este punto, la Corte parece aceptar que el carácter mayoritario de una religión, puede servir de base justificante para restringir los derechos de las personas que adhieran a un sistema de creencias minoritario. En esta misma línea, se pronuncia Benítez cuando concluye: “Así, la restricción de la expresión individual de una religión o creencia minoritaria, tal como el portar el velo islámico, se evalúa según el test de proporcionalidad si afecta valores como la seguridad pública; si, por el contrario, una creencia personal va directamente dirigida contra una religión mayoritaria, tal como evidenció la presencia de crucifijos en las salas de clases de escuelas públicas, se concede margen de apreciación al Estado, lo que le exime de aplicar el test de proporcionalidad, reduciendo así la protección de la creencia minoritaria.”. BENITEZ, Dinka, FUENTES, Claudio, MARIANGEL, Sylvana, SCHÖNSTEINER, Judith. *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2011: Algunos avances, retrocesos y desafíos. Anuario de Derecho Público UDP*. 2012. p. 539.

³⁴² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Lautsi contra Italia”. 18 de marzo de 2011. párr. 70.

participación en actividades religiosas³⁴³. Para justificar esta conclusión, tomó en cuenta que la recurrente no fue capaz demostrar la influencia que dicho símbolo había tenido sobre la formación de sus hijos, de modo que la percepción subjetiva de la demandante, en el parecer de la Corte, no podía ser considerada como prueba suficiente para tener por acreditada la violación al deber de neutralidad estatal³⁴⁴. Finalmente, en apoyo de estas consideraciones, ponderó el hecho que las clases de religión no eran obligatorias, que los alumnos podían asistir a la escuela portando sus propios símbolos religiosos³⁴⁵, y que la madre había conservado intacto su derecho para orientar a sus hijos de acuerdo a sus convicciones personales³⁴⁶.

En nuestra opinión, el Estado debe garantizar la libertad religiosa y de conciencia en un plano de igualdad para todos sus ciudadanos, asumiendo en este sentido, la

³⁴³ *Ibidem*. párr. 72. Compárese este estándar, con el aplicado por la Corte en el asunto Dahlab contra Suiza de 2001. Los hechos que motivaron esta controversia, se vincularon básicamente con la reclamación interpuesta por una maestra, a quien se le prohibió el uso del velo islámico durante el ejercicio de su función docente. Por su parte, la Corte consideró inadmisibles estos requerimientos, aduciendo para ello que: “El Tribunal admite que es muy difícil determinar el impacto que un símbolo externo tan poderoso como el uso del velo pueda tener sobre la libertad de conciencia y religión de niños tan pequeños. Los alumnos de la demandante tenían entre cuatro y ocho años, una edad en la que se preguntan sobre muchas cosas y son más fácilmente influenciados que otros alumnos más mayores. En esas circunstancias, no puede descartarse completamente que el uso del velo pueda tener algún tipo de efecto proselitista, (...) Consecuentemente, ponderando el derecho de la maestra a manifestar su religión con la necesidad de proteger a los alumnos y preservar la armonía religiosa, el Tribunal considera que, en las circunstancias de este caso y teniendo en cuenta, sobre todo, la tierna edad de los niños de cuya formación es responsable la demandante en cuanto representante del Estado, las autoridades de Ginebra no excedieron su margen de apreciación y que la medida que tomaron no fue irrazonable”. Ahora bien, resulta interesante destacar, que la Corte no afirmó que la prohibición del velo fuese exigida por el Convenio, por el contrario, solo se limitó a señalar, que por constituir un símbolo religioso fuerte, tal medida entraba dentro del margen de apreciación del Estado. En este sentido, tal como indica Solar, la sola hipótesis de no poder descartar completamente el carácter proselitista de dicha prenda de vestir, fue suficiente para legitimar la prohibición establecida por la administración. Sin embargo, la Corte aplicó un criterio muy distinto en el caso Lautsi. En efecto, debido al carácter pasivo del crucifijo, exigió a la reclamante satisfacer un estándar más alto, toda vez que le solicitó acreditar que la presencia del símbolo en cuestión, había lesionado efectivamente la libertad de conciencia de sus hijos. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Dahlab contra Suiza”. 15 de febrero de 2001. párr. 1. En este sentido, véase: SOLAR CANYON, José Ignacio. Lautsi contra Italia: sobre la libertad religiosa y los deberes de neutralidad e imparcialidad del Estado. Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho (CEFD). 23: 2011. p. 583. ARLETTAZ, Fernando. Las sentencias Lautsi en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos. REDUR. 10. 2012. p. 38.

³⁴⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Lautsi contra Italia”. 18 de marzo de 2011. párr. 73.

³⁴⁵ *Ibidem*. párr. 74.

³⁴⁶ *Ibidem*. párr. 75.

obligación de no manifestar su apoyo a ninguna religión en particular³⁴⁷. Por este motivo, y a diferencia de lo que sostiene el Tribunal, creemos que en el contexto del sistema público de educación, el crucifijo presenta un carácter excluyente, toda vez que identifica los contenidos de la creencia que simboliza, con las convicciones personales de un grupo determinado³⁴⁸. En este sentido, debemos recordar que de acuerdo con la propia doctrina de la Corte, el derecho a la educación, también engloba la garantía consistente en que el alumno pueda desarrollar su personalidad en un espacio de libertad, al margen de cualquier presión indebida, sea que esta tenga su origen en el Estado, o bien, en un particular, de manera que el respeto al pluralismo educativo, constituye el criterio que debe guiar al juzgador cuando se enfrenta a casos relacionados con la protección de los intereses del educando³⁴⁹. En definitiva, la existencia de un símbolo religioso tan claramente asociado con el cristianismo, no es compatible con la obligación del Estado de garantizar que la educación tenga un carácter inclusivo, y con el deber de respetar las convicciones religiosas o filosóficas de todos los integrantes de la comunidad educativa.

³⁴⁷ NUSBAUM, Martha. La libertad de conciencia. *Op. Cit.* p. 36.

³⁴⁸ ARLETTAZ, Fernando. Las sentencias Lautsi en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos. *Op. Cit.* p. 39. MEIX CERECEDA, Pablo. El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo. *Op. Cit.* p. 103. FERREIRO GALGUERA, Juan. Símbolos religiosos en la escuela pública: crucifijos en el ala y alumnos con *hiyab*. En: POLO, SABAU, José Ramón, SOUTO GALVAN, Clara. Anuario de derecho a la educación. Madrid, Dykinson, 2012. p. 125.

³⁴⁹ En este contexto, nos parecen oportunas las palabras de Rey Martínez: “Una cruz no es un signo irrelevante pues puede producir controversia social y judicial, como ocurre precisamente con los casos planteados: la propia existencia de un conflicto judicial resuelto por una sentencia desmiente que se trate de un simple «símbolo pasivo»”. REY MARTINEZ, Fernando. ¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas? Revista jurídica de Castilla y León. 27: 2012. p. 28.

7.- Conclusiones

1.- Para el TEDH, la educación consiste en el procedimiento a través del cual se inculcan a los alumnos, ciertas creencias, hábitos y valores, mientras que la enseñanza o instrucción, alude especialmente a la transmisión de conocimientos y a la formación intelectual. Sin embargo, y en la práctica, no es posible separar ambos conceptos, de tal modo que para todos los efectos, el proceso educativo debe entenderse como un todo complejo e interrelacionado.

2.- Para garantizar el derecho a la educación, la Corte adopta un criterio de interpretación finalista, centrado en la protección de los derechos del educando. En este sentido, el objeto y fin de la educación, consiste en garantizar la libertad y la autonomía del alumno. Así, una interpretación restrictiva de las disposiciones del Convenio, no es compatible con el logro efectivo de estas finalidades.

3.- El Estado asume la obligación de definir las orientaciones generales en materia de educación. Este deber se proyecta sobre todo el conjunto de la enseñanza, de manera que comprende: el acceso a los centros educativos, la planificación de los contenidos, la forma en que estos se imparten, el ejercicio de la potestad disciplinaria y el ambiente escolar. El Estado no puede alegar disposiciones de derecho interno a fin de justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales que asume en esta materia.

4.- El Convenio no impone al Estado la obligación de mantener a su costa o de subvencionar un sistema de enseñanza determinado. Sin embargo, esta doctrina admite matices. En efecto, en algunos supuestos, no disponer de instituciones educativas en cantidad suficiente puede implicar una lesión efectiva al derecho en comento. Por tanto, de acuerdo con este criterio, los poderes públicos también se encuentran obligados a asegurar ciertas prestaciones materiales, en especial, con respecto a aquellos grupos menos aventajados.

5.- La Corte entiende que el Protocolo no solo garantiza el acceso a la educación primaria, sino que igualmente, el acceso a la educación secundaria y superior. Con miras a asegurar este derecho, el Estado debe regular la prestación del servicio educativo, de manera de prohibir expresamente todo tipo de discriminación. Así, el derecho a la educación debe estar garantizado para toda la población, sea que el alumno desarrolle su formación en instituciones públicas, o bien, en centros privados. Por otro lado, el derecho a no sufrir discriminación constituye una norma de orden público, de ahí que no pueda ser objeto de renuncia por parte de sus titulares.

6.- En este contexto, el respeto al principio de no discriminación, conlleva no solo una obligación negativa, sino que también supone la obligación positiva de remediar la situación de desventaja social en la cual se encuentran ciertos sectores de la población. Esto se traduce en el deber de adoptar medidas concretas con el objeto de asegurar el acceso a una formación adecuada y en condiciones de igualdad para todos.

7.- Con respecto a los migrantes, el Estado no puede imponer requisitos de acceso discriminatorios o que sean más gravosos que los que establece respecto de sus nacionales. Por tanto, cualquier limitación a esta garantía fundamental, debe encontrarse suficientemente justificada. De este modo, la Corte afirma el carácter universal del derecho a la educación.

8.- El Estado igualmente se encuentra obligado a garantizar que el acceso a la formación universitaria, no dependa de la capacidad económica del postulante, sino que de sus méritos académicos. En ese sentido, llama la atención acerca del hecho que la educación constituye una actividad reglada, y que el Estado debe intervenir en la esfera privada a fin de asegurar ciertos objetivos.

9.- Los poderes públicos, en el ejercicio de las funciones que asumen en el ámbito educacional, deben respetar las convicciones religiosas o filosóficas de los padres. Sin embargo, los derechos educativos paternos cumplen una función objetiva o instrumental, la cual consiste en asegurar el pluralismo del sistema educativo, finalidad que de acuerdo con la Corte, resulta esencial para la preservación de la sociedad democrática. Por esta razón, dichas garantías no deben interpretarse de manera aislada – en atención a que trascienden los intereses subjetivos de sus titulares- sino que a la luz del disfrute efectivo del derecho en estudio. Así, al proteger las convicciones de los padres, la Corte asegura de manera indirecta los derechos del educando. En este sentido, solo pueden reclamar protección, aquellas convicciones que: a) guarden armonía con los principios y valores presentes en una sociedad democrática, b) no sean incompatibles

con la dignidad humana; c) satisfagan un cierto estándar de seriedad y profundidad; d) no impiden al alumno el pleno desarrollo de sus capacidades. Por tanto, si bien ambas garantías gozan de la misma jerarquía normativa, el juez de Estrasburgo concede mayor peso al derecho a la educación, de manera que suele resolver el conflicto de derechos a favor de esta última pretensión.

10.- La elaboración de los programas y planes de estudio constituye una materia que es de competencia de cada Estado. En razón de lo anterior, se pueden impartir a través de la enseñanza asignaturas que tengan una cierta incidencia moral. Sin embargo, la administración debe asegurar que el contenido de la educación sea objetivo, crítico y pluralista. El fundamento de este deber, descansa en que el proceso de aprendizaje se debe llevar a cabo en un ambiente de libertad, lejos de todo adoctrinamiento, manipulación, conformismo o falsa conciencia. Por este motivo, la escuela debe ser un espacio abierto y plural, que fomente la inclusión y no la exclusión, con independencia del origen social, religioso o étnico del alumno.

11.- La obligación de garantizar el derecho a la educación, igualmente supone la de regular el ejercicio de la potestad sancionatoria del establecimiento. De lo anterior resulta que los propósitos de la enseñanza no solo justifican la existencia del régimen disciplinario -en la medida en que este contribuye al desarrollo de las capacidades del educando- sino que al mismo tiempo, restringen dicha potestad, debido a que su ejercicio se debe enmarcar dentro de los fines objetivos adscritos al proceso formativo.

12.- El Estado no se encuentra obligado a satisfacer las preferencias lingüísticas de los padres o de los alumnos. Por tanto, constituye un objetivo legítimo, fomentar el aprendizaje de la lengua oficial del Estado o de la región respectiva.

13.- Los alumnos con discapacidad deben ser educados con estudiantes normales de su misma edad. Sin embargo, este principio no puede ser aplicado a todos los individuos, de manera que el Estado cuenta con un amplio margen de apreciación con el objeto de hacer un buen uso de los recursos disponible, en vista a satisfacer el derecho a la educación de este sector de la población. En este contexto, la administración debe asegurar que el educando reciba una enseñanza que se adapte a sus necesidades.

14.- El derecho a la educación también incluye la posibilidad de sacar provecho de la enseñanza recibida. Esto se traduce, en la obligación de reconocer la validez de los certificados y títulos emitidos por los centros de enseñanza que cumplan con los requisitos mínimos establecidos por el Estado.

15.- El Estado debe respetar la libertad de conciencia y de religión del educando. No obstante, en ciertos supuestos, la Corte tiende a otorgar una mayor relevancia a las creencias o convicciones de la mayoría, circunstancia que puede acarrear una reducción del estándar de protección respecto de los grupos minoritarios.

CAPÍTULO III

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1.- Objetivos

Este capítulo tiene como objetivo identificar los principales estándares jurisprudenciales que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el contexto de su competencia contenciosa, con el fin de asegurar el pleno ejercicio del derecho a la educación.

2.- Introducción

A diferencia de su par europeo, la Corte IDH no ha tenido la ocasión de pronunciarse en muchas oportunidades acerca del derecho a la educación. A esta circunstancia, se debe agregar además, que la mayoría de los casos que han llegado hasta su conocimiento, y que han involucrado cuestiones relacionadas con la enseñanza, han sido analizados desde la perspectiva que entregan los derechos civiles y políticos, y no, desde una óptica centrada en el derecho a la educación. Sin embargo, y a pesar de estas dificultades, la Corte, en tanto intérprete autorizada de la Convención IDH, ha desarrollado algunos estándares básicos en materia educacional. El estudio de este

acervo jurisprudencial se justifica, toda vez que estos parámetros constituyen guías de obligatorio cumplimiento para los Estados, debido a que la administración se ha obligado a garantizar el pleno goce y ejercicio de todos los derechos que se reconocen en el Pacto de San José³⁵⁰. En este sentido, haremos referencia en primer lugar, a los principales tratados e instrumentos de derecho internacional que regulan el derecho a la educación en el contexto interamericano; a continuación, expondremos brevemente las alternativas que entrega la Convención a efectos de tutelar dicha garantía; y finalizaremos, con un estudio de los parámetros que ha definido la Corte en lo relativo al ámbito educacional, diferenciando a este respecto, entre casos relacionados con la asequibilidad, la accesibilidad y la adaptabilidad de la enseñanza.

3.- Marco normativo

En el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el derecho a la educación se encuentra regulado en cuatro instrumentos de derecho internacional: en la Convención Americana de Derechos Humanos, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y en el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador³⁵¹.

³⁵⁰ NASH, Claudio. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago de Chile. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2012. p. 55.

³⁵¹ Además de estos instrumentos de derecho convencional, los distintos Estados americanos, han adoptado una serie de compromisos y planes de acción en materia educacional. Para una revisión de este corpus, véase: FEDERACION IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN. VI Informe sobre derechos humanos. *Op. Cit.* pp. 87 y ss.

En primer lugar, el art. 26 de la CIDH, reconoce el derecho a la educación en los siguientes términos:

“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”³⁵².

Como se aprecia, esta norma impone al Estado la obligación de garantizar una serie de derechos sociales -entre ellos el derecho a la educación- los cuales a su vez, se desarrollan y explicitan en la Carta de la OEA³⁵³. De este modo, y por expreso mandato de la Convención, el intérprete debe recurrir a este último tratado, a fin de precisar el sentido y alcance del derecho en estudio. Ahora bien, en la Carta de la OEA, se

³⁵² CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (CADH). 22 de noviembre de 1969. (entrada en vigor: 18 de junio de 1978). Art. 26.

³⁵³ Algunos autores han señalado que la Carta de la OEA no contiene un listado de derechos subjetivos, sino que solo establece un conjunto de metas y compromisos de naturaleza más bien programática. En este sentido se pronuncia Ruiz cuando señala “Thus, it is not enough just to infer a right by its name from the Charter, it is also necessary that the Charter provides a minimum content for that right. This minimum content could then be clarified –to a certain extent– by other international instruments. Defining the entire content and scope of a right by means of other instruments would invariably result in a modification of the Charter”. RUIZ-CHIROBOGA, Oswaldo. The American Convention and the Protocol of San Salvador: two intertwined treaties non-enforceability of economic, social and cultural rights in the inter-american system. *Netherlands Quarterly of Human Rights*. 31 (2): 2013. p. 171. Sin embargo, al menos en lo que toca al derecho a la educación, esta crítica no resulta atendible, puesto que tal como veremos en seguida, la Carta impone a los Estados una serie de obligaciones jurídicas muy concretas. A favor de esta tesis: GOMEZ, Verónica. Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter-American System. *En*: BADERIN Mashood A., MCCORQUODALE Robert. *Economic, Social and Cultural Rights in Action*. Oxford, Oxford University Press, 2007. p 170.

establecen obligaciones relacionadas tanto con la disponibilidad y accesibilidad de la enseñanza, como también, con la aceptabilidad de la educación. En cuanto a las dos primeras facetas, la Carta coincide en líneas generales con lo establecido en los principales instrumentos de derecho internacional (así por ejemplo, se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a la educación, la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza primaria, y la extensión progresiva de la formación secundaria a toda la población), mientras que en lo relativo a la segunda dimensión del proceso formativo, se dispone la obligación de garantizar que la educación promueva los valores y principios que sustentan el sistema democrático sobre el cual se construye el compromiso que une a los distintos Estados signatarios de la Carta³⁵⁴.

Por otro lado, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, contiene algunas normas que de acuerdo con la Corte, también obligan a los Estados

³⁵⁴ CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 30 de abril de 1948. (entrada en vigor: 13 de diciembre de 1951). “Art. 3. Los Estados americanos reafirman los siguientes principios: (...) n) La educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz. Art. 34. Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: (...) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación; Art. 47. Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso. Art. 49. Los Estados miembros llevarán a cabo los mayores esfuerzos para asegurar, de acuerdo con sus normas constitucionales, el ejercicio efectivo del derecho a la educación, sobre las siguientes bases: a) La educación primaria será obligatoria para la población en edad escolar, y se ofrecerá también a todas las otras personas que puedan beneficiarse de ella. Cuando la imparta el Estado, será gratuita; b) La educación media deberá extenderse progresivamente a la mayor parte posible de la población, con un criterio de promoción social. Se diversificará de manera que, sin perjuicio de la formación general de los educandos, satisfaga las necesidades del desarrollo de cada país, y c) La educación superior estará abierta a todos, siempre que, para mantener su alto nivel, se cumplan las normas reglamentarias o académicas correspondientes. a) La educación primaria será obligatoria para la población en edad escolar, y se ofrecerá también a todas las otras personas que puedan beneficiarse de ella. Cuando la imparta el Estado, será gratuita; b) La educación media deberá extenderse progresivamente a la mayor parte posible de la población, con un criterio de promoción social. Se diversificará de manera que, sin perjuicio de la formación general de los educandos, satisfaga las necesidades del desarrollo de cada país, y c) La educación superior estará abierta a todos, siempre que, para mantener su alto nivel, se cumplan las normas reglamentarias o académicas correspondientes”.

parte. En efecto, el art. 29.b de la CIDH establece que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Lo anterior tiene interés, puesto que la Corte ha entendido que respecto de los Estados que han ratificado la Convención, la fuente de sus obligaciones es en principio la propia Convención, pero que en relación con los Estados parte de la Carta de la OEA: “la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”³⁵⁵. Esto supone que las disposiciones de la Declaración relativas al derecho a la educación, también obligan a los Estados, de manera que las mismas pueden ser invocadas por los peticionarios a efectos de precisar el ámbito sustantivo y el contenido material de las normas de la CADH³⁵⁶. En lo pertinente, la Declaración regula algunos aspectos relacionados con el acceso a la educación y otros vinculados con la aceptabilidad de la enseñanza³⁵⁷. Tratándose de la primera faceta, se

³⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989 (Ser. A) No. 10, párr. 43-45.

³⁵⁶ A favor de esta interpretación, se pronuncia Melish. MELISH, Tara. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Más allá de la progresividad en la aplicación de los derechos. En: LANGFORD, Malcom (ed.) Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C., Siglo del Hombre Editores, 2013, p. 546

³⁵⁷ DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. Bogotá. Colombia, 1948. Artículo 12. “Derecho a la educación. Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas. Asimismo tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad. El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado. Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos”.

reiteren algunas garantías básicas, tales como el deber de asegurar la igualdad de oportunidades en el acceso a los centros de aprendizaje y la obligación de garantizar la gratuidad de la educación primaria. En este mismo sentido, nos parece oportuno destacar que la Declaración reconoce el derecho que “toda persona” tiene a la educación. Esto supone que el Estado no puede establecer distinciones entre nacionales y extranjeros en orden al disfrute de este derecho, ni en general, imponer requisitos de acceso que se funden en algunos de los motivos prohibidos de discriminación. En lo referente a la segunda dimensión, el Estado se encuentra obligado a procurar que la educación que se imparta, satisfaga un cierto estándar de calidad, puesto que la formación recibida le debe permitir al sujeto lograr una subsistencia digna y mejorar efectivamente su nivel de vida.

Por último, también son aplicables las normas contenidas en el Protocolo de San Salvador. En efecto, de acuerdo con este instrumento, el derecho a la educación, es uno de los derechos respecto de las cuales la Corte tiene competencia para conocer directamente de casos relacionados con su vulneración³⁵⁸. Ahora bien, desde un punto de vista material, el Protocolo no introduce ninguna novedad sustancial, puesto que en realidad, se limita a reiterar lo preceptuado tanto en el PIDESC como en la CDN³⁵⁹. Sin embargo, su principal contribución, consiste en llenar el vacío que caracteriza a la

³⁵⁸ PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR". 17 de noviembre de 1988. (entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999). Art. 19.6 “En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

³⁵⁹ Por otro lado, el alcance de este tratado resulta bastante limitado, dado que hasta el momento solo ha sido ratificado por 13 de los 35 estados americanos.

Convención en materia de derechos sociales, y en otorgar atribuciones a la Corte, para conocer de reclamaciones individuales respecto de algunas de las facetas de la enseñanza³⁶⁰.

4.- Estrategias generales para exigir el cumplimiento de la obligación de asegurar el derecho a la educación con base en la Convención

A este respecto, la Convención franquea dos mecanismos. El primero, consiste en invocar directamente los derechos que se derivan de la Carta de la OEA, entre los cuales se encuentra el derecho a la educación. Esta estrategia puede asumir dos modalidades de acción, según si las partes colocan el acento en la obligación de desarrollo progresivo, o bien, en las obligaciones generales de respeto y garantía. Por otro lado, el segundo mecanismo consiste en tutelar el derecho a la educación de forma

³⁶⁰ PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR". 17 de noviembre de 1988. (entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999). Art. 13. "1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales. 4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente. 5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes".

indirecta, esto es, por medio de la protección que entregan otros derechos fundamentales³⁶¹. En lo que sigue, nos vamos a referir brevemente a cada una de estas posibilidades.

4.1.- La protección directa del derecho a la educación

4.1.1.- La protección del derecho a la educación, en relación con la obligación de desarrollo progresivo contenida en el art. 26

La primera vía de protección consiste en acudir directamente al mandato que establece el art. 26. En efecto, esta norma impone a los Estados la obligación de alcanzar progresivamente, y en la medida de sus recursos disponibles, la plena satisfacción del derecho a la educación. Como bien reconoce el CDESC, esto no significa que la administración esté facultada para permanecer en la inactividad, por el contrario, este mandato conlleva el deber de actuar con la mayor rapidez posible, para asegurar a toda la población la satisfacción de sus necesidades educativas³⁶².

³⁶¹ MELISH. Tara. Melish. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: manual para la presentación de casos. Quito, Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES). p. 261. En el mismo sentido se pronuncia Ventura Robles cuando sostiene: "Por otra parte, recordemos que todos los derechos humanos, ya sean civiles y políticos, económicos, sociales o culturales, se encuentran íntimamente ligados entre sí, ya que éstos son interdependientes e indivisibles, tal y como lo establece en su Preámbulo el propio Protocolo de San Salvador. En virtud de lo anterior, en muchos casos, la Corte Interamericana al momento de interpretar derechos civiles y políticos ha analizado elementos característicos de los derechos económicos, sociales y culturales, así como también muchas de las medidas dispuestas por el Tribunal afectan de una u otra manera esta categoría de derechos". VENTURA ROBLES, Manuel. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Revista IIDH, 40: 2004. p. 107.

³⁶² "El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo". COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), E/1991/23,

Ahora bien, en principio, la Corte ha entendido que no tiene atribuciones para condenar al Estado por haber infringido esta norma, debido a que la obligación en comento, exige valorar la conducta de la administración en relación a toda la población, y no solo en función de un grupo de personas determinadas³⁶³. Sin embargo, esta dificultad es más aparente que real, puesto que dicho precepto también da lugar a algunas obligaciones mínimas o de efecto inmediato, las cuales en caso de incumplimiento, pueden ser sometidas a revisión judicial³⁶⁴. En efecto, aun cuando el artículo 26:

“no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo. *El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y*

1990. párr. 9. Una revisión de esta problemática, con respecto al sistema de protección interamericano, se puede consultar en: GUTIERREZ, Perilla, María del Pilar. La obligación de garantizar el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano: acercamiento al contenido normativo del artículo 26 de la Convención Americana, a partir de dos alternativas interpretativas de protección de los DESC. Publicación de la Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina. 2 (4): 2013. pp. 82 y ss.

³⁶³ En este sentido, la Corte ha sido categórica: “Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Cinco Pensionistas contra Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas). 28 de febrero 2003. párr. 147.

³⁶⁴ ABRAMOVICH, V. COURTIS, C. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta, 2002. p. 94

consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos” (el destacado es nuestro)³⁶⁵.

En la práctica, esto implica que la administración se encuentra obligada de forma inmediata, al menos, a no reducir los niveles de protección que los tratados establezcan en relación a la protección del derecho a la educación³⁶⁶. Por otro lado, el principio de progresividad, también comporta la obligación de remover los obstáculos legales o de otra índole que impidan su libre ejercicio, como también, el deber de elaborar un plan de acción, con metas detalladas y cuantificables a través de indicadores en materia de derechos humanos, a fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que el Estado asuma en este ámbito³⁶⁷.

Por otro lado, tal como reconoce la doctrina, la evaluación de estas obligaciones, no depende de la cantidad de personas que resulten afectadas, sino que de la posibilidad de establecer una relación de causalidad entre la acción u omisión del Estado, y el daño o perjuicio que raíz de esta actuación, sufra una persona o un grupo específico de la

³⁶⁵ COMISION INTERMAERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SEGUNDO INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev. (2000), cap. VI, párr. 6.

³⁶⁶ DECLARACIÓN DE QUITO. Acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en América Latina y el Caribe. 24 de julio de 1988. Art. 29. d).

³⁶⁷ *Ibíd.* Art. 29.d 3 “Conforme al Principio 72 de Limburgo, se considerará que el Estado Parte comete una violación al Pacto si, por ejemplo: No logra adoptar una medida exigida por el Pacto; No logra remover, a la mayor brevedad posible y cuando deba hacerlo, todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho; No logra aplicar con rapidez un derecho que el Pacto exige; No logra, satisfacer una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada, y para cuya satisfacción está capacitado; Adopta una limitación a un derecho reconocido en el Pacto por vías contrarias al mismo; Retrasa o detiene la realización progresiva de un derecho, a menos que actúe dentro de los límites permitidos en el Pacto o que dicha conducta se deba a una falta de recursos o a una situación de fuerza mayor; No presenta los informes exigidos por el Pacto”. Una revisión de los principales indicadores que los Estados deben incorporar en sus informes con respecto al derecho a la educación, se puede consultar en: WORKING GROUP TO EXAMINE THE NATIONAL REPORTS ENVISIONED IN THE PROTOCOL OF SAN SALVADOR. Progress indicators for measuring rights under the Protocol of San Salvador. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.D. 2010. p 69.

población. Dicho de otro modo, la Convención no subordina la competencia de la Corte, a la existencia de un número preciso y determinado de víctimas, de manera que cualquier restricción que el Tribunal establezca en este sentido, resulta *a priori*, contraria a la letra y al espíritu del Pacto³⁶⁸. Por tanto, y en este punto seguimos a Melish, si la autoridad toma medidas con carácter regresivo en el ámbito educacional, o si por el contrario, retrasa indebidamente el cumplimiento de sus obligaciones, y de ello se deriva un daño a personas concretas, entonces el Tribunal se encuentra facultado para establecer directamente la responsabilidad del Estado por haber violado el art. 26³⁶⁹.

³⁶⁸ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. En: EMBID IRUJO, Antonio (dir.) Derechos Económicos y Sociales. Madrid, IUSTEL, 2009. p. 344. ROSSI, Julieta. ABRAMOVICH, Víctor. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estudios Socio-Jurídicos. 9: 2007. p. 45

³⁶⁹ A este respecto, Melish plantea: “Por lo tanto, el artículo 26 deberá ser visto, al igual que el artículo 2 del PIDESC, en su relación con la obligación inmediata para los Estados de (1) elaborar un plan para el logro progresivo de los derechos protegidos, (2) llevar a ejecución dicho plan de buena fe, y (3) no adoptar medidas regresivas que deterioren cualquiera de esos derechos. Dentro de los procedimientos contenciosos, a un Estado parte deberá encontrársele culpable de haber quebrantado el artículo 26 cuando su injustificado incumplimiento de la obligación de adoptar cualquiera de los anteriores requisitos con respecto a un derecho protegido por la Convención (es decir, que no es “inmediatamente exigible por sí solo”) haya resultado en un daño concreto a uno de los derechos protegidos de una persona (tal como están establecidos en los artículos 3-26)”. MELISH. Tara. Melish. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: manual para la presentación de casos. *Op. Cit.* p. 194. En el mismo sentido: GONZALEZ-SALZBERG, Damián. Economic and social rights within the Inter-American and Human Rights System: thin king new strategies for obtaining judicial protection. Revista Colombiana de Derecho Internacional. 18 (117-154): 2011. p. 133. La Corte IDH ha asumido este criterio, por ejemplo, en el caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, en el cual señaló: “Adicionalmente, puesto que el Perú es Estado Parte de la Convención Americana y ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte, ésta es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma. Por lo tanto, el análisis de esta controversia, es decir, la determinación de si el Estado es responsable por el incumplimiento del artículo 26 de la Convención, se realizará en el capítulo de fondo de la presente Sentencia” y que: “Como correlato de lo anterior, se desprende un deber – si bien condicionado – de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Acevedo Buendía y Otros contra Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) 1 de julio 2009. párr. 16 y 103. Un análisis de esta sentencia se puede consultar en: TORRES ZUÑIGA, Natalia. Justiciaabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas

4.1.2.- La protección del derecho a la educación, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos contenidos en el art. 26

La segunda vía de protección, consiste en hacer exigibles respecto del Estado, las obligaciones de los arts. 1 y 2 de la Convención. Esta estrategia parte de la base que la autoridad tiene el deber de respetar y garantizar cada uno de los derechos que se encuentran reconocidos en el Pacto, sin importar su naturaleza o estructura³⁷⁰. Como estas obligaciones tienen un carácter general, se aplican tanto a los derechos del capítulo II, como también, a los derechos que emanan del art. 26, entre ellos, el derecho a la educación³⁷¹. A favor de esta tesis, se puede argumentar que: “si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de

reflexiones acerca de su protección en América Latina. *Revista de la Facultad de Derecho (PUCP)*. 75: 2015. pp. 109 y ss.

³⁷⁰ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (CADH). *Op. Cit.* Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (...). Art. 2. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

³⁷¹ A este respecto, no se debe olvidar que en el caso de la educación, los Estados tienen algunas obligaciones que no se encuentran condicionadas al principio de progresividad, como son las de asegurar la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria y la de garantizar la no discriminación en el acceso a los centros educativos. GONÇALVES MARGERIN, Marselha. *The Right to Education: A Multi-Faceted Strategy for Litigating before the Inter-American Commission on Human Rights*. *Human Rights Brief*. 17 (4): 2010. p.21.

Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”)”³⁷².

Sin embargo, autores como Cavallaro, Schaffer y Ruiz, sostienen que el art. 26 solo establece un listado de objetivos y metas programáticas, pero no derechos subjetivos, es decir, posiciones normativas que habilitan a su titular para demandar del Estado una determinada prestación u omisión³⁷³. No obstante, nosotros creemos que existen buenas razones para sostener lo contrario. En efecto, como todo tratado internacional, la Convención debe ser interpretada: “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”³⁷⁴. Ahora bien, el objeto y fin del Pacto, no es otro, sino el de proteger los derechos de la persona humana. Esto implica que en caso de existir dos o más interpretaciones posibles, se debe preferir aquel sentido que permita satisfacer de mejor forma el mandato normativo que establece la Convención³⁷⁵. De esto

³⁷² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Acevedo Buendía y Otros contra Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) 1 de julio 2009. párr. 100.

³⁷³ CAVALLARO, James. SCHAFFER, Emily. Less as more. Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas. *Hastings Law Journal*. 56: 2004-2005. p. 268. RUIZ-CHIROBOGA, Oswaldo. The American Convention and the Protocol of San Salvador: two intertwined treaties non-enforceability of economic, social and cultural rights in the inter-american system. *Op. Cit.* pp. 165 y ss. En este contexto, seguimos el concepto de derecho subjetivo que propone Ferrajoli. FERRAJOLI. Luigi. *Op. Cit.* p. 19. “Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas”.

³⁷⁴ CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. 23 de mayo de 1969. (entrada en vigor: 27 de enero de 1980). Art. 31

³⁷⁵ NASH, Claudio. El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: NOGUIERA, Humberto. *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago, Librotecnia, 2013. p. 180. Sobre el particular, la Corte ha entendido que: “la interpretación de todas las normas de la Convención relativas al procedimiento que debe cumplirse ante la Comisión para que “la Corte pueda conocer de cualquier caso” (art. 61.2), debe hacerse de forma tal que permita la protección internacional de los derechos humanos que constituye la razón misma de la existencia de la Convención y llegar, si es preciso, al control jurisdiccional. Los tratados deben interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya

se sigue, que cuando el art. 26 se refiere a “los derechos” que se derivan de la Carta de la OEA, no cabe sino entender, que utiliza este término en su sentido natural y obvio, esto es, como sinónimo de derecho subjetivo³⁷⁶. Luego, una interpretación más restrictiva, fundada en que la norma en comento no contempla esta clase de posiciones normativas, equivale en el fondo, a reducir sustancialmente su utilidad práctica, y a limitar de forma indebida la competencia de la Corte para conocer directamente de afectaciones a los derechos sociales, y en particular, al derecho a la educación³⁷⁷. En este contexto, nosotros adherimos a la tesis que plantean Rossi y Abramovich:

“el sentido corriente que ha de atribuirse a la norma prevista en el artículo 26 de la CADH obliga a afirmar que los Estados signatarios se han obligado a hacer efectivos los derechos económicos sociales y culturales que se derivan de la Carta de la OEA. Sería contrario a una interpretación ajustada al texto de la norma del artículo 26 sostener que, a través del ella,

de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). El objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello, la Convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo "su efecto útil". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Velásquez Rodríguez contra Honduras. (Fondo) 29 de julio 1988. párr. 30.

³⁷⁶ En este sentido, nos parecen oportunas las siguientes reflexiones de Escobar Roca: “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son derechos fundamentales y las divisiones tradicionalmente establecidas dentro de esta categoría resultan innecesarias. De entrada, para poder afirmar la existencia de un derecho fundamental será preciso encontrar una norma material que, con expresiones del tipo “todos tienen derecho”, “se garantiza”, “se reconoce” o similares, permita entender que se quieren proteger intereses individuales.”

³⁷⁷ Sobre este punto, la Corte ha señalado: “es necesario recalcar que el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el Sistema Interamericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención, sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para la presunta víctima en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Vélez Loor contra Panamá. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) 23 de noviembre 2010. párr. 34. Apoyan esta tesis, entre otros: CARBONELL, Miguel, FERRER MAC-GREGOR. Los derechos sociales y su justiciabilidad directa. México D.F. Editorial Flores. p.117.

los Estados parte solo reconocen principios y postulados que no podrían ser catalogados como derechos, sino como meras guías de conducta”³⁷⁸.

5.2.- La protección indirecta del derecho a la educación

En la práctica, debido a que la Corte ha optado por no aplicar directamente el art. 26, ha debido recurrir a efectos de garantizar el derecho a la educación, a la tutela que entregan otros derechos, particularmente los derechos civiles y políticos, tales como el derecho a la vida, a la no discriminación, a la nacionalidad, o al reconocimiento de la personalidad jurídica³⁷⁹. En estos casos, ha interpretado dichas garantías de un modo bastante amplio, lo cual le ha permitido abarcar algunas de las dimensiones más importantes de la enseñanza. En general, esta estrategia ha sido utilizada en asuntos en los cuales se han producido violaciones sistemáticas o estructurales a los derechos humanos, lo cual ha implicado que junto con haberse encontrado afectado un gran número de garantías fundamentales, también lo ha estado el derecho a la educación³⁸⁰. Por otro lado, también ha colocado el acento en las obligaciones especiales que los Estados han asumido con respecto a ciertos grupos vulnerables, en particular, con

³⁷⁸ ROSSI, Julieta. ABRAMOVICH, Víctor. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estudios Socio-Jurídicos. 9: 2007. p. 39. En el mismo sentido se pronuncia Melish “Es decir, leer el artículo 26 como si únicamente estableciera una obligación, sin reconocer una serie de derechos independientemente protegidos, sería ignorar el hecho de que el artículo 26, está expresamente ubicado en la Convención en el capítulo que establece “Derechos””. MELISH, Tara. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: manual para la presentación de casos. *Op. Cit.* p. 382.

³⁷⁹ Sobre el particular, autores como Abramovich y Courtis han sostenido: “Cuando en el derecho interno de los Estados, o bien en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, no existan mecanismo directos de justiciabilidad e los derechos económicos, sociales y culturales, una estrategia indirecta consiste en reformular las obligaciones justiciables del Estado en materia de derechos civiles y políticos, de modo que la violación pueda discutirse por esa vía”. ABRAMOVICH, V. COURTIS, C. Los derechos sociales como derechos exigibles. *Op. Cit.* p. 200.

³⁸⁰ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. *Op. Cit.* p. 347.

relación a los niños, a las personas privadas de libertad, y a los pueblos indígenas (art. 19)³⁸¹. De este modo, la Corte ha deducido obligaciones positivas, de normas tradicionalmente asociadas con derechos civiles y políticos.

En nuestra opinión, el fundamento de esta estrategia es doble. Por un lado, el Tribunal parte de la base que los derechos humanos son indivisibles, en el sentido que son partes integrantes de un solo sistema, y no simples elementos aislados o separados³⁸². De ello se sigue que todos los derechos son igualmente importantes, de manera que no es posible establecer una relación de jerarquía entre ellos³⁸³. A este respecto, el Preámbulo de la Convención no admite dudas: “con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”³⁸⁴. Por otro lado, la Corte también reconoce que los derechos son

³⁸¹ Melish. MELISH, Tara. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Más allá de la progresividad en la aplicación de los derechos. Op. Cit. p. 561.

³⁸² Por ejemplo, en el caso Acevedo Buendía contra Perú, la Corte aplicó este criterio, al señalar: “En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ellos”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Acevedo Buendía y Otros contra Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) 1 de julio 2009. párr. 101. AÑON ROIG, María José. Derechos Humanos y Obligaciones Positiva. En: BERNUZ BENÉITEZ, María José, CALVO GARCIA, Manuel (eds.). La eficacia de los derechos sociales. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013. 48. La Comisión ha formulado este principio en los siguientes términos: “En todo caso, en concepto de la Comisión, existe una estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, ya que las dos categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana por lo cual ambos exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse el sacrificio de unos en aras de la realización de otros”. INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1983–1984, OEA/Ser.L/V/II.63, Doc. 10 (1984). párr. 2.

³⁸³ ESCOBAR ROCA, Guillermo. Indivisibilidad y derechos sociales. De la declaración universal a la Constitución. Revista jurídica de los derechos sociales. 2: 2012. p. 52.

³⁸⁴ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (CADH). *Op. Cit.* Preámbulo. Una declaración similar, se recoge en el preámbulo del Protocolo de San Salvador: “Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por

interdependientes, lo cual quiere decir que cada garantía fundamental, resulta necesaria para el ejercicio efectivo de las demás³⁸⁵. Esto obliga, tal como veremos en seguida, a interpretar los derechos civiles y políticos, a la luz de los derechos sociales³⁸⁶.

6.- Estándares jurisprudenciales relativos a la protección del derecho a la educación en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos

6.1.- La obligación de garantizar la disponibilidad de la enseñanza como parte del contenido del derecho a la vida digna

Para la Corte, el Estado incumple su obligación de proteger el derecho a la vida, no solo cuando priva a las personas de su existencia física, sino que también lo hace, cuando no es capaz de asegurar a estas, el disfrute de una vida digna³⁸⁷. En este sentido,

cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros". PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR". 17 de noviembre de 1988. *Op. Cit.* Preámbulo.

³⁸⁵ VASQUEZ, Luís Daniel, SERRANO, Sandra. Los principio de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica. *En:* CARBONELL, Miguel. SALAZAR, Pedro. La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma. México, UNAM, IJ, Porrúa, 2012. p. 152. En este contexto, nos parecen muy pertinentes las reflexiones que formula Fernández: "Además, para que las libertades formales, jurídicamente atribuidas a las personas, sean libertades reales, efectivamente disfrutadas por sus titulares, se requiere la satisfacción de las necesidades materiales básicas, a través de los derechos antes indicados, así como la efectividad de los derechos a la educación y a la cultura. Poca es la libertad de elección de domicilio y residencia para quienes carecen de los recursos necesarios para acceder a una vivienda digna. Tal situación puede llegar incluso a constituir un obstáculo para el ejercicio del derecho de sufragio, por no figurar en el censo. El analfabetismo y, en general, la falta de acceso a la educación y a la cultura limitan considerablemente, hasta hacerla prácticamente inexistente, la libertad de expresión". FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. E. Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración? *Anuario de Filosofía del Derecho*. XIV: 1996. p. 696.

³⁸⁶ ESCOBAR ROCA, Guillermo. Indivisibilidad y derechos sociales. De la declaración universal a la Constitución. *Op. Cit.* p. 52.

³⁸⁷ A este respecto, la Corte ha señalado: "En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en

como argumenta Melish, el sentenciador interamericano considera que todo individuo tiene derecho a perseguir libremente sus propios objetivos, o lo que es lo mismo, su proyecto de vida, y que por ende, los poderes públicos le deben garantizar al menos, la satisfacción de sus necesidades más elementales, entre las cuales se encuentran las relativas a la educación³⁸⁸. Ahora bien, en lo que toca a nuestra investigación, la Corte ha aplicado esta doctrina en los casos “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” de 2004, y “Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay” de 2010, ambos relativos a la obligación de garantizar la disponibilidad de centros de enseñanza, maestros, e infraestructura adecuada,

En el primero de ellos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presentó una demanda en contra del Estado paraguayo, por haber mantenido un sistema de detención que no cumplía con los estándares mínimos en materia de infraestructura, espacio, salud, educación, alimentación y esparcimiento. Este hecho ocasionó la muerte de algunos de los internos, y la imposibilidad para el resto, de poder reinsertarse

particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala. 19 de noviembre de 1999. párr. 144. Para una revisión general de esta doctrina, véase: PASQUALUCCI, Jo M. The Right to a Dignified Life (Vida Digna): The Integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System. *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 31: 2008. pp. 14 y ss. MEDINA QUIROGA, Cecilia. La Convención Americana: teoría y jurisprudencia Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2003. p. 118.

³⁸⁸ MELISH, Tara. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Más allá de la progresividad en la aplicación de los derechos. *Op. Cit.* p.562. YOUNG, Katharine. The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content. *The Yale Journal of International Law.* 33: 2008. pp. 128 y ss. Con respecto al “proyecto de vida”, la Corte ha precisado: “El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Loayza Tamayo Vs. Perú (reparaciones y costas). 27 de noviembre de 1998. párr. 148. En relación a este concepto, véase: GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. Protección de la víctima, cuatro criterios de la corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. *Revista Chilena de Derecho.* 34 (3). p. 446.

efectivamente dentro de la sociedad. Debido a lo anterior, la Corte condenó al Estado en cuestión, por no haber protegido el derecho a la vida y a la integridad personal de los menores.

Como primera cuestión, recordó que la privación de libertad, suponía necesariamente la restricción de ciertos derechos, pero que esta circunstancia no podía justificar bajo ningún respecto, la afectación del derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad de conciencia y al debido proceso³⁸⁹. En particular, y en lo que toca al derecho a la vida, la Corte consideró que el Estado había asumido una obligación positiva, la cual derivaba del art. 4 de la Convención, consistente en garantizar a los internos condiciones de encierro compatibles con su dignidad personal³⁹⁰. En apoyo de esta tesis, sostuvo que los reclusos no podían satisfacer de manera autónoma sus propias necesidades básicas, de tal manera que el Estado debía crear las condiciones materiales e

³⁸⁹ “La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal¹⁵⁵. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática¹. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Instituto de Reeducción del Menor” contra. Paraguay (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 2 de septiembre de 2004. párr. 154. “La restricción de otros derechos, por el contrario – como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso – no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Instituto de Reeducción del Menor” contra. Paraguay (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 2 de septiembre de 2004. párr. 155

³⁹⁰ “El derecho a la vida y el derecho a la integridad personal no sólo implican que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana. *Ibíd.* párr. 158. “Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de procurarle a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención” *Ibíd.* párr. 159.

institucionales, a fin de garantizar a este sector de la población, el libre ejercicio de sus derechos³⁹¹.

A continuación, el Tribunal tomó en cuenta que en relación a los niños, existía una obligación especial de protección, establecida en el art. 19 de la Convención, la cual imponía a la administración, el deber de tomar medidas con el objeto de garantizar su interés superior³⁹². Al respecto precisó, que tratándose del derecho a la vida, dicho deber incluía la obligación de asegurar a los menores privados de libertad, ciertos niveles esenciales de salud y educación. Para justificar esta obligación, la Corte introdujo una consideración del máximo interés, dado que recurrió a las normas pertinentes en materia de derechos sociales, contempladas tanto en la Convención de los Derechos del Niño, como en el Protocolo de San Salvador. De este modo declaró:

“los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral,

³⁹¹ “Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.” *Ibíd.* párr. 152.

³⁹² “En materia de derecho a la vida, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, como ocurre mayormente en el presente caso, tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión”. *Ibíd.* párr. 160.

psicológico y social. Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, ***para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida***” (el destacado es nuestro)³⁹³.

Finalmente, la Corte aplicó estos criterios al caso concreto. En este sentido, tomó en consideración que el Estado se encontraba obligado a tomar medidas con miras a satisfacer las necesidades educativas de los internos, muchos de los cuales provenían de sectores socialmente vulnerables. Sin embargo, en los hechos esto no ocurrió, debido a que los menores no contaron con acceso efectivo a programas de enseñanza, maestros y recursos adecuados, circunstancia que de acuerdo con el Tribunal, importó una grave afectación a su derecho a la vida, a su dignidad, y a sus posibilidades de desarrollo futuro³⁹⁴.

³⁹³ *Ibidem*. párr. 161. Este criterio toma cuerpo en relación a la educación, en la opinión consultiva sobre “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”: “Se debe destacar que dentro de las medidas especiales de protección de los niños y entre los derechos reconocidos a éstos en el artículo 19 de la Convención Americana, figura de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad.”, pues “Efectivamente, es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. párr. 84-88.

³⁹⁴ “Está también probado que el Estado no brindó a los niños internos la educación que éstos requerían y a la cual aquél estaba obligado, tanto en razón de la protección del derecho a la vida entendido en el sentido señalado anteriormente, como por la disposición del artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El programa educativo que se ofrecía en el Instituto era deficiente, ya que carecía de maestros y recursos adecuados. Este incumplimiento del Estado causa consecuencias todavía más serias cuando los niños privados de libertad provienen de sectores marginales de la sociedad, como ocurre en el presente caso, pues ello les limita sus posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y el desarrollo de sus proyectos de vida” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Instituto de Reeducción del Menor” contra. Paraguay (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 2 de septiembre de 2004. párr. 174. En el mismo sentido: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Mendoza y otros contra Argentina. 14 de mayo de 2013. párr. 188.

La Corte volvió a recurrir a esta estrategia, en el asunto Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay de 2010. En dicha ocasión, la Comisión alegó que el Estado paraguayo no garantizó el derecho a la vida de un grupo de indígenas pertenecientes a la Comunidad Xákmok Kásek, debido a que estos, al no tener acceso a sus tierras ancestrales, se vieron obligados a depender exclusivamente del Estado, el cual sin embargo, no les aseguró adecuados niveles de salud, educación, agua y alimentación, agravando con ello, su situación de vulnerabilidad³⁹⁵.

Con el objeto de resolver este caso, el Tribunal sostuvo en primer lugar, que el derecho a la vida, incluía también, el derecho a acceder a condiciones de existencia digna. Sin embargo, declaró que la administración bajo ninguna circunstancia, podía ser considerada responsable por cualquier amenaza que pusiera en peligro el disfrute de este derecho. En efecto, consideró que el Estado solo se encontraba obligado a responder por los actos de sus agentes, en aquellos supuestos en que: a) estos conocieran la situación de riesgo actual o inminente en la cual se encontraban las víctimas, y b) no hayan tomado medidas efectivas dentro del ámbito de sus atribuciones, a fin de prevenir dicha amenaza³⁹⁶. En relación al primer punto, la Corte declaró que el Estado conocía efectivamente la situación de desprotección que afectaba a los reclamantes, de tal modo

³⁹⁵ CLÉRICO, Laura; ALDAO, Martín. La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derecho Humanos. *Estudios Constitucionales*. 9 (11). pp. 74 y ss.

³⁹⁶ “Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay. 24 de agosto de 2010. párr. 188.

que no profundizó demasiado en este aspecto³⁹⁷. Por esta razón, centró su análisis en la segunda exigencia, esto es, en determinar si las medidas que adoptó la administración con el objeto de garantizar el derecho a la vida de los peticionarios, fueron las apropiadas. Para cumplir con esta tarea, fijó su atención en los estándares de protección en materia de derechos sociales, establecidos tanto en la Convención, como en otros instrumentos de derecho internacional³⁹⁸. En lo que toca al derecho a la educación, estos estándares disponían la obligación de garantizar a los alumnos ciertas prestaciones básicas, tales como infraestructura adecuada, textos de estudios, y acceso a servicios de agua y alimentación. Igualmente prescribían que en relación a los pueblos indígenas, el Estado debía adoptar una perspectiva etno-educativa, lo cual se traducía en el deber de asegurar que la formación que estos recibieran, se adaptara a su cultura y a sus tradiciones³⁹⁹.

Sin embargo, en los hechos la administración no cumplió con ninguna de estas obligaciones. En efecto, los centros a los cuales asistían los alumnos, carecían de las condiciones materiales mínimas requeridas para el normal desenvolvimiento de su proceso de aprendizaje. En este sentido, la Corte observó que las clases se desarrollaban

³⁹⁷ “En suma, en el presente caso las autoridades internas conocían de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de los miembros de la Comunidad. Consecuentemente, surgieron para el Estado determinadas obligaciones de prevención que lo obligaban –conforme a la Convención Americana (artículo 4, en relación con el artículo 1.1) y a su propio derecho interno (Decreto No. 1830)- a la adopción de las medidas necesarias que, juzgadas razonablemente, eran de esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”. *Ibidem.* párr. 192.

³⁹⁸ “De conformidad con lo anterior, la Corte debe valorar las medidas adoptadas por el Estado para cumplir con su deber de garantía del derecho a la vida de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek. Para ello, la Corte analizará la presunta violación de dicho derecho en dos acápites: 1) el derecho a la vida digna, y 2) la presunta responsabilidad internacional del Estado por los alegados fallecimientos.”. *Ibidem.* párr. 193.

³⁹⁹ “Conforme a los estándares internacionales, los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma. En particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada”. *Ibidem.* párr. 211.

bajo un techo sin paredes y al aire libre. Por otro lado, la enseñanza se impartía en castellano y en guaraní, pero no en sanapaná o enxet, que eran las lenguas propias de esta comunidad. Finalmente, si bien el Estado entregaba meriendas escolares, estas eran esporádicas y no mensuales. Así, la Corte concluyó que las autoridades competentes no tomaron medidas efectivas para satisfacer las necesidades educativas de los peticionarios⁴⁰⁰.

Por nuestra parte consideramos que, a partir de estos criterios, se pueden extraer algunas conclusiones importantes para nuestra investigación. En efecto, la Corte adopta en este ámbito una perspectiva bastante amplia, puesto que entiende que el derecho a la vida, comporta también, el deber de garantizar el acceso a los servicios sociales más básicos, tales como educación, salud, agua o alimentación⁴⁰¹. En la práctica, esto significa que el Estado debe actuar positivamente, a efectos de crear las condiciones para que las personas puedan vivir de un modo acorde con su dignidad⁴⁰². En el caso del derecho a la educación, esta *vis* expansiva se concreta en el deber de regular los medios a través de los cuales se imparte la enseñanza, de investigar, perseguir y sancionar toda afectación que implique un menoscabo a los intereses del educando –sea que estas provengan de sujetos públicos o privados-, y de asegurar que este pueda recibir al

⁴⁰⁰ *Ibidem.* párr. 214.

⁴⁰¹ En esta misma línea, se ha pronunciado el CDESC: “International human rights law has been designed to protect the full range of human rights required for people to have a full, free, safe, secure and healthy life. The right to live a dignified life can never be attained unless all basic necessities of life-work, food, housing, health care, education and culture-are adequately and equitably available to everyone”. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Fact Sheet No.16 (Rev.1). Mayo, 1996. p. 1.

⁴⁰² ABRAMOVICH, Víctor. Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *En:* GONZALEZ VOLIO, Lorena (ed.) *Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez.* San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998. p. 152.

menos, la formación a la que tiene derecho según los estándares mínimos definidos en la normativa internacional⁴⁰³. Sin duda, esta doctrina sienta las bases para poder tutelar algunas facetas de la educación, con fundamento en el art. 4 de la Convención⁴⁰⁴.

⁴⁰³ En apoyo de esta tesis, tenemos la propia doctrina de la Corte: “En este sentido, la Corte ha señalado en su jurisprudencia constante que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requiere que los Estados adopten todas las medidas. 153. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Comunidad Indígena Sawhoyamaya contra Paraguay. 29 de marzo de 2006. párr. 153. Por otro lado, la Corte también reconoce que es posible atribuir responsabilidad internacional a los Estados, por no investigar y sancionar los actos violatorios de los derechos humanos cometidos por terceros o por particulares: “la responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona¹⁹². Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Masacre de Mampiripán” contra Colombia. 15 de septiembre de 2005. párr. 111. Esta doctrina ha sido reiterada por ejemplo en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil. En este supuesto, la Corte señaló que: “En los entornos institucionales, ya sea en hospitales públicos o privados, el personal médico encargado del cuidado de los pacientes, ejerce un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. Este desequilibrio intrínseco de poder entre una persona internada y las personas que tienen la autoridad, se multiplica muchas veces en las instituciones psiquiátricas. La tortura y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, cuando infligidas a esas personas afectan su integridad psíquica, física y moral, suponen una afrenta para su dignidad y restringen gravemente su autonomía, lo cual podría tener como consecuencia agravar la enfermedad. Todas las anteriores circunstancias exigen que se ejerza una estricta vigilancia sobre dichos establecimientos. Los Estados tienen el deber de supervisar y garantizar que en toda institución psiquiátrica, pública o privada, sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Ximenes Lopes contra Brasil. 4 de julio de 2006. párr. 1007 y 108.

⁴⁰⁴ En este sentido, la Corte puede hacer suya la doctrina que ha desarrollado el CDN en relación al derecho a la educación de los niños indígenas. En particular, puede tener presente que: “Los Estados Partes deberían asignar recursos financieros, materiales y humanos para aplicar políticas y programas encaminados específicamente a mejorar el acceso de los niños indígenas a la educación. Como lo dispone el artículo 27 del Convenio N° 169 de la OIT, los programas y los servicios de educación deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con los pueblos interesados a fin de responder a sus necesidades particulares. Además, los gobiernos deberían reconocer el derecho de los pueblos indígenas a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones cumplan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Los Estados deberían esforzarse razonablemente por lograr que las comunidades indígenas cobren conciencia del valor y la importancia de la educación, así como de la trascendencia del apoyo comunitario a la escolarización”. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño. 12 de febrero de 2000. párr. 60.

En otro orden de ideas, la Corte reconoce que este deber tiene un alcance general, puesto que se deriva del art. 4 de la Convención, pero que al mismo tiempo, se acrecienta de manera especial con respecto a ciertas personas⁴⁰⁵. Así, tratándose de los individuos que se encuentran sujetos al control del Estado, como sucede con las personas privadas de libertad, la administración debe tomar medidas especiales, con el objeto de asegurar que estas puedan acceder a niveles adecuados de agua, espacio, salud, educación, alimentación o recreo. Dicho deber se justifica, toda vez que los reclusos no tienen la capacidad para procurarse por sí mismos sus medios de subsistencia. En el contexto del derecho a la educación, creemos que esta obligación supone el deber de garantizar que los internos puedan terminar su enseñanza obligatoria⁴⁰⁶, y que el resto de la población penitenciaria, tenga acceso a programas de rehabilitación y reinserción laboral en cantidad y calidad suficiente⁴⁰⁷. Ahora bien, en el caso de las mujeres, los niños, los pueblos indígenas, los inmigrantes y las personas con discapacidad, las

⁴⁰⁵ En este punto, seguimos a Melish cuando afirma: “El caso *Panchito López* representa un punto de quiebre en la jurisprudencia de la Corte, por dos razones. En primer lugar, amplía expresamente la relevancia primordial que se le reconoce a la salud y a las condiciones garantizadas para tener una vida digna, algo que cubre a todas las personas, no solo a los niños. Por lo tanto, reubica directamente la protección convencional del artículo 19 (niño) en el artículo 4 (vida). (...) Este cambio es fundamental, puesto que la jurisprudencia anterior parecía haber limitado inapropiadamente a la infancia la aplicación de los derechos a la salud y a la educación”. Melish. MELISH, Tara. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Más allá de la progresividad en la aplicación de los derechos. *Op. Cit.* p. 564. En el mismo sentido se pronuncia Pasqualucci. PASQUALUCCI, Jo M. *The Right to a Dignified Life (Vida Digna): The Integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System.* *Op. Cit.* pp. 29 y ss.

⁴⁰⁶ REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. “Art. 77. 1) Se tomarán disposiciones para mejorar la instrucción de todos los reclusos capaces de aprovecharla, incluso la instrucción religiosa en los países en que esto sea posible. La instrucción de los analfabetos y la de los reclusos jóvenes será obligatoria y la administración deberá prestarle particular atención. 2) La instrucción de los reclusos deberá coordinarse, en cuanto sea posible, con el sistema de instrucción pública a fin de que al ser puesto en libertad puedan continuar sin dificultad su preparación. Art. 78. Para el bienestar físico y mental de los reclusos se organizarán actividades recreativas y culturales en todos los establecimientos”.

⁴⁰⁷ PRINCIPIOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS. Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990. Art. 6 “Todos los reclusos tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana”.

autoridades estatales también se encuentran obligadas a adoptar un estándar de protección más elevado, en atención a que se trata de personas o grupos, que usualmente tienen mayores posibilidades de ser víctimas de abusos, o de situaciones de discriminación o exclusión⁴⁰⁸. A este respecto, nos parece oportuno citar las siguientes palabras de la CIDH:

“Cuando los sectores más vulnerables de la sociedad no tienen acceso a los elementos básicos para la supervivencia que les permitirían salir de su situación, se está contraviniendo voluntariamente o se está condonando la contravención del derecho a ser libre de toda discriminación y los consiguientes principios de igualdad de acceso y equidad en la distribución, y el compromiso general de proteger a los elementos vulnerables de la sociedad. *Además, si no se satisfacen esas necesidades básicas, se ve amenazada directamente la propia supervivencia del individuo, lo que implica el derecho a la vida, la seguridad personal y,*

⁴⁰⁸ La Declaración de Quito dispone a este respecto: “amén de la obligación de trato igualitario y del principio de no discriminación, tanto en materia de derechos civiles y políticos como de derechos económicos, sociales y culturales, la obligación del Estado se extiende a la adopción de medidas especiales -incluyendo medidas legislativas y políticas diferenciales- para las mujeres y en resguardo de grupos en situación de vulnerabilidad y de sectores históricamente desprotegidos, tales como los ancianos/as, niños/as, personas con discapacidad física, enfermos/as terminales, personas con problemas médicos persistentes, personas que padecen de enfermedades mentales, víctimas de desastres naturales, personas que viven en zonas riesgosas, refugiados, comunidades indígenas o los grupos bajo condiciones de pobreza extrema”. Declaración de Quito. Acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en América Latina y el Caribe (24 de julio de 1998). Art. 29 a). Una reflexión en este sentido, se puede consultar en: DULITZKY, Ariel. Pobreza y derechos humanos en el sistema interamericano. Algunas aproximaciones preliminares. Revista IIDH, 48: 2008. pp. 107 y ss. PINTO, Mónica. Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano. Revista IIDH, 40: 2004. p. 75.

como se indicó antes, el derecho a participar en los procesos políticos y económicos” (el destacado es nuestro)⁴⁰⁹.

Por ello, el Estado debe garantizar sin dilación alguna, que estas personas puedan contar al menos, con acceso a las formas más básicas de enseñanza, en condiciones de igualdad en relación al resto de la población⁴¹⁰.

Por otro lado, si bien la Corte no evalúa la violación del derecho a la educación de forma directa, sí recurre a esta garantía como parámetro de interpretación, a efectos de precisar el contenido del derecho a la vida, y de la obligación correlativa de asegurar condiciones de existencia digna⁴¹¹. Para ello, se vale de lo dispuesto tanto en los principales instrumentos de derecho internacional sobre derechos sociales, como también, en las observaciones pertinentes de los comités de derechos humanos de las Naciones Unidas. En términos prácticos, esto significa que para garantizar el derecho en

⁴⁰⁹ INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OEA/Ser.L/V/II.85. 1993, Capítulo V, Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor Vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, I. La realización de los derechos económicos, sociales y culturales en la región. Parte I. La indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

⁴¹⁰ A propósito de este punto, la Declaración de Quito es bastante clara: “el Estado tiene la obligación mínima de asegurar la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos. Esta obligación rige aun en períodos de limitaciones graves de recursos, causadas por procesos de ajuste, de recesión económica o por otros factores. En estas situaciones, el Estado debe fijar un orden de prioridades en la utilización de los recursos públicos, identificando a los grupos vulnerables que serán beneficiados a fin de efectuar un eficaz aprovechamiento de la totalidad de los recursos de que disponga”. Declaración de Quito. Acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en América Latina y el Caribe (24 de julio de 1998). Art. 29 c).

⁴¹¹ BELOFF, Mary, CLÉRICO, Laura. Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En línea.

https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdfs/documents/pdf/SELA14_BeloffClerico_CV_Sp.pdf

[consulta: 8 de mayo de 2015]. p. 10. En este punto, seguimos algunas de las reflexiones que desarrolla Prieto Sanchís con respecto a la dimensión objetiva de los derechos sociales. En efecto, para este autor, dichas garantías tienen eficacia directa e inmediata al menos en dos aspectos: “como cobertura de una acción estatal que en otro caso pudiera resultar lesiva desde la perspectiva de ciertos derechos y libertades; y como pautas interpretativas de disposiciones legales o constitucionales, permitiendo soluciones más acordes con el modelo del Estado social. En consecuencia, sirven principalmente para justificar leyes ya dictadas desde el impulso político o también para escoger significados posibles dentro del ámbito semántico de esas leyes”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Ley, principios, derechos. Madrid, Dykinson, 1998. p. 102.

comento, el Estado debe satisfacer al menos, los estándares mínimos que en relación a la enseñanza, se establecen en el Protocolo de San Salvador, en la Convención de los Derechos del Niño, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en las Observaciones Generales del CDESC y del CDN⁴¹². Sin duda, este criterio presenta un enorme interés, puesto que permite ampliar de forma sustancial el ámbito de protección que establece la Convención⁴¹³.

Finalmente, consideramos que la estrategia en comento puede ser útil, en aquellas situaciones en las cuales el Estado no cumpla manifiestamente con sus obligaciones, como por ejemplo, cuando no asegura que los centros de enseñanza cuenten con mobiliario adecuado, textos de estudio, paredes o iluminación. En estos supuestos, la conexión entre condiciones de existencia digna y acceso a la enseñanza, es fácil de justificar⁴¹⁴. No obstante, debemos tomar en cuenta que existen ciertas hipótesis

⁴¹² Para Nash: “En primer lugar, es potencialmente relevante la vinculación que hace la Corte de las condiciones de vida (“vida digna” según la sentencia) de las comunidades indígenas y la necesidad de que esta sea analizada a la luz de una serie de instrumentos internacionales que amplían la protección. Parece que este podría ser un razonamiento aplicable a otras situaciones de grupos vulnerables en la región, lo que permitiría una protección de derechos económicos, sociales y culturales a través de la propia Convención Americana”. Reseña de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). *Anuario de Derechos Humanos*, 2006. p. 146.

⁴¹³ Este principio de interpretación integrada y sistemática, ha sido formulada por la Corte en los siguientes términos: “113. Como se desprende de la norma citada, al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31) (...). 115. El *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A N° 16. párr. 113 y 115. Una lectura en este sentido, se puede consultar en: AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*. 6(1): 2008. p. 236.

⁴¹⁴ Para autores como Cavallaro y Brewer, el esfuerzo por expandir la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante tribunales internacionales no siempre será la vía más adecuada para mejorar el respeto efectivo de estos derechos. En este sentido, sostienen que para los litigantes, será más útil enmarcar sus alegaciones dentro del ámbito de protección que entrega el derecho a la vida: “Las violaciones al derecho a la vida —sean en el

en las que este enfoque tiene un alcance más limitado. En efecto, muchos de los casos que involucran cuestiones relacionadas con la asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad de la enseñanza, no se pueden comprender de forma adecuada a partir de nociones como las de “vida digna” o “proyecto de vida”, sin reducir al mismo tiempo al alcance del derecho a la educación⁴¹⁵. En estos supuestos, convendrá proveer mecanismos de protección directa a fin de salvaguardar eficazmente los derechos del educando.

6.2.- La obligación de garantizar la no discriminación en el acceso a la enseñanza

Como sabemos, una de las obligaciones básicas que asume el Estado en la contexto del derecho a la educación, es la de garantizar al acceso a los centros de enseñanza en condiciones de igualdad para toda la población. Ahora bien, para cumplir con este mandato, la administración debe tomar medidas con el objeto de cautelar que ningún alumno sea privado del disfrute de este derecho, por alguno de los motivos prohibidos de discriminación. A este respecto, el caso Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana de 2005, resulta muy ilustrativo. Los hechos del caso

contexto de asesinatos policiales urbanos, revueltas en prisiones, conflictos sobre la tierra, deficiencias en el tratamiento de pacientes con VIH, o fallas en la prevención de inundaciones en viviendas precarias— tienden a aportar más peso que aquellas que no amenazan la vida. Reconocer esto es parte constitutiva del trabajar con grupos de incidencia (movimientos sociales, ONG, etc.) y de tomar de ellos las propias indicaciones como litigante. Por ejemplo, si uno está escuchando a estos grupos, a menudo oír una preferencia por centrar la atención en aquellos que han muerto en sus luchas, más que en aquellos que diariamente sufren otro tipo de abuso en sus derechos”. CAVALLARO, James, BREWER, Stephanie Erin. La Función del Litigio Interamericano en la Promoción de la Justicia Social. Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos. 8: 2008. p. 94. En el mismo sentido: CAVALLARO, James, SCHAFFER, Emily. Rejoinder: justice before justiciability: Inter-american Litigation and Social Change. International Law and Politics. 39: 2006. p. 352.

⁴¹⁵ MELISH, Tara. Rethinking the “less as more” thesis: Supranational litigation of economic, social, and cultural rights in the Americas. International Law and Politics. 39: 2006, pp. 325 y ss.

consistieron básicamente en los siguientes. El problema se generó, toda vez que el Estado les negó a las reclamantes, a la sazón dos menores de origen haitiano, la emisión de sus respectivas actas de nacimiento, debido a la falta de una serie de documentos que la ley exigía para tal efecto. Ahora bien, como las niñas no pudieron acreditar su identidad, fueron expulsadas del sistema regular de enseñanza, de manera que no tuvieron más opción que acudir a una escuela para adultos. Por esta razón, las demandantes presentaron un requerimiento ante la Corte, alegando que la administración había lesionado, entre otros derechos, su derecho a la educación. Sin embargo, el Tribunal decidió no pronunciarse sobre el particular. En su lugar, solo declaró la responsabilidad del Estado, por no haber garantizado el derecho de las menores a la nacionalidad, al nombre y al reconocimiento de su personalidad jurídica. Sin embargo, y a pesar de esta circunstancia, el sentenciador introdujo algunas consideraciones de interés en relación al tema que nos ocupa, las cuales vale la pena destacar.

En este sentido, constató que para poder inscribir sus nacimientos, las autoridades del Registro Civil solicitaron a las peticionarias, el cumplimiento de requisitos distintos de los que exigían a los niños dominicanos de su misma edad, sin ofrecer para ello, ninguna justificación razonable⁴¹⁶. Debido a esta circunstancia, las menores quedaron al margen del ordenamiento jurídico, y por tanto, en una situación de extrema vulnerabilidad en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos⁴¹⁷. En efecto, al

⁴¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana. 8 de septiembre de 2005. párr. 165.

⁴¹⁷ *Ibíd.* párr. 166. ROBERT F. KENNEDY MEMORIAL CENTER FOR HUMAN RIGHTS. Right to Education of Afro-descendant and Indigenous Communities in the Americas Report prepared for a thematic hearing before the Inter-American Commission on Human Rights. Marzo, 2008. p. 120.

carecer de nacionalidad, las reclamantes no pudieron aspirar al reconocimiento de su personalidad jurídica, lo cual a su vez, les impidió continuar con su formación dentro del sistema público de enseñanza⁴¹⁸. Por esta razón, la Corte estimó que el Estado no tomó medidas para garantizar a las menores, el disfrute efectivo de su derecho a la educación:

“Cabe resaltar que de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, *el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual*” (el destacado es nuestro)⁴¹⁹.

En efecto, el actuar del Estado importó una clara infracción al deber de garantizar el acceso a la educación sin discriminación, y a la obligación de prohibir el establecimiento de requisitos de admisión que hicieran referencia directa o indirecta, a la

⁴¹⁸ De acuerdo con la prueba rendida, se constató que: “El principal objetivo de la escuela nocturna es la alfabetización de adultos y en ella se adopta la enseñanza de tipo “concentrada”, según la cual se hacen dos grados en un año. Dicho método tiene un nivel de exigencia menor que el de la escuela diurna. La mayoría de las personas que asisten a la jornada nocturna tienen edades entre los 20 o 30 años y excepcionalmente hay estudiantes adolescentes. Las clases en este horario tienen una duración menor, en general de dos horas y media por día, y no tienen intervalo” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana. 8 de septiembre de 2005. párr. 109.36.

⁴¹⁹ *Ibidem*. párr. 185

nacionalidad, al origen, o la condición migratoria de los alumnos o de sus padres⁴²⁰. Sin embargo, la Corte pasó por alto las alegaciones que las partes formularon a este respecto. En este sentido, el Tribunal solo estableció como medida de reparación, la necesidad de modificar el sistema de inscripción de nacimientos, pero nada dijo, acerca de la conveniencia de reformar las reglas relativas al proceso de inscripción de matrículas, normativa que en los hechos, fue la que les impidió a las niñas poder disfrutar de una formación adecuada⁴²¹. Por esta razón, concordamos plenamente con Melish cuando señala: “La dificultad real de este caso es que sin una sentencia clara sobre el fondo, en la que se determine la responsabilidad del Estado por violar el derecho de las jóvenes a la educación, esa violación fundamental quedaría sin un remedio sustantivo”⁴²².

⁴²⁰En esta línea puede consultarse: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. párr. 34. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. párr. 222.

⁴²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana. 8 de septiembre de 2005. párr. 239. Este incumplimiento era particularmente grave, toda vez que las niñas, y en general las mujeres, en el contexto de América Latina, presentan importantes problemas de acceso a la educación. A este respecto, la CIDH ha sostenido: “La Comisión Interamericana nota que persisten barreras que requieren ser abordadas por los Estados miembros de la OEA. Algunas barreras de tipo estructural afectan tanto a niñas como niños, tales como la pobreza, la infraestructura inadecuada de las escuelas, la ubicación geográfica de los centros educativos, la falta de transporte adecuado, los costos tanto de libros escolares y textos, entre otras. Sin embargo, estos desafíos afectan a las niñas de forma diferenciada. Por ejemplo, la falta de sanitarios adecuados para las niñas que ingresan a la pubertad influye en el ausentismo de éstas y la lejanía de los centros educativos las expone a riesgos respecto de su integridad personal. Asimismo, las niñas y las mujeres enfrentan otras barreras como la falta de voluntad de las familias de brindar educación a las hijas, las responsabilidades familiares asignadas a las niñas y adolescentes, los estereotipos en los currículos escolares que perpetúan la discriminación contra las mujeres, el embarazo adolescente, la violencia contra las mujeres y las niñas, entre otros. Asimismo, las niñas y mujeres que habitan en zonas rurales, las indígenas y/o afrodescendientes están más propensas a enfrentar las barreras mencionadas, ya que se encuentran en una mayor situación de riesgo a violaciones de sus derechos humanos. Estos grupos concentran los mayores índices de analfabetismo en la región”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informes Temáticos. El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. 2011. párr. 20.

⁴²² MELISH, Tara. Rethinking the “less as more” thesis: Supranational litigation of economic, social, and cultural rights in the Americas. *Op. Cit.* p. 342.

No obstante lo anterior, este pronunciamiento abre una vía interesante. En efecto, la Corte parte de la base que existe un vínculo efectivo entre el derecho a la educación, y el resto de los derechos humanos⁴²³. Este criterio obliga a interpretar de manera conjunta el catálogo de garantías que establece la Convención, y a tomar en cuenta las implicaciones que tiene para el disfrute del derecho en comento, el respeto, protección y cumplimiento de los derechos civiles y políticos⁴²⁴. Por otro lado, permite al sentenciador llevar a cabo una interpretación evolutiva de las normas del Pacto, en especial, con el objeto de precisar los alcances del art. 26. En este sentido, no se debe olvidar que los tratados sobre derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁴²⁵. A este respecto, nos adherimos a las palabras del juez García Ramírez:

⁴²³Estas ideas han sido reiteradas por la Comisión en diversas oportunidades. Así por ejemplo: “Con el transcurso del tiempo se ha ido reconociendo la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos. Teniendo en cuenta esa indivisibilidad de los derechos humanos, la Comisión desea puntualizar que la violación de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente trae aparejada una violación de derechos civiles y políticos. En efecto, una persona que no recibe adecuado acceso a la educación puede ver mermada su posibilidad de participación política o su derecho a la libertad de expresión”. INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. OEA/Ser./L/VII.110. 2001, Capítulo V, párr. 4. Y en el mismo sentido: “Con el reconocimiento que el derecho a la educación, el derecho a entregar y recibir información y a participar en los asuntos públicos son condiciones esenciales para incorporar más plenamente la participación de los sectores empobrecidos de la sociedad en el proceso de toma de decisiones, la Comisión recomienda que el Estado adopte medidas para promover avances en los mismos, teniendo en cuenta el objetivo básico del desarrollo integral establecido en el artículo 33 de la Carta de la OEA y la obligación consagrada en el artículo 26 de la Convención Americana de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”. INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador. OEA/Ser.L/V/II.96. 1997, Capítulo II.B. En efecto, tal como reflexiona, Bayardi, “la tendencia actual es a reconocer la interdependencia que existe entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, de modo que estos últimos tienen relevancia para hacer efectivos los primeros, estando todos relacionados con la garantía del principio de dignidad de la persona humana”. BAYARDI MARTINEZ, Cintia. Protección y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños y niñas a la luz del art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El caso “Los Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Corte IDH 1999). CLADH (Centro Latinoamericano de Derechos Humanos). p. 12.

⁴²⁴CARBONELL, Miguel, FERRER MAC-GREGOR. Los derechos sociales y su justiciabilidad directa. México D.F. Editorial Flores. p. 79.

⁴²⁵CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Atala Riffo y Niñas contra Chile. (Fondo, Reparaciones y Costas). 4 de febrero de 2012. párr. 83

“Desde luego, nada de esto implica que el tribunal ponga en movimiento su imaginación y altere los lineamientos de la Convención, sin pasar por las instancias normativas formales. No se trata, en suma, de “reformular” el texto de aquélla, sino de desarrollar las decisiones jurídicas del ordenamiento para que mantenga su “capacidad de respuesta” frente a situaciones que los autores del instrumento no tuvieron a la vista, pero que implican cuestiones esencialmente iguales a las consideradas en esa normativa, y que traen consigo problemas específicos y requieren soluciones puntuales, extraídas, por supuesto, de los valores, principios y normas en vigor”⁴²⁶.

Finalmente, consideramos que este estándar también facilita la tarea consistente en recurrir a otros instrumentos y declaraciones internacionales, a efectos de dotar de contenido material al derecho en estudio⁴²⁷.

6.3.- La obligación de garantizar la adaptabilidad de la enseñanza en relación con el derecho a la educación de los alumnos con VIH

Los alumnos se caracterizan por tener necesidades distintas, por gozar de un acceso dispar a bienes y servicios, y por provenir de contextos diversos. Por ello, en ciertas ocasiones, la autoridad deberá adecuar el entorno escolar a la situación particular de algunos estudiantes, a fin de que estos, puedan alcanzar los mismos objetivos que el

⁴²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Claude Reyes y otros contra Chile. (Fondo, Reparaciones y Costas). 19 de septiembre de 2006. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez. párr.3.

⁴²⁷ En este contexto se debe tener presente que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (CADH). 22 de noviembre de 1969. *Op. Cit.* Art. 29 d).

resto de sus compañeros. En este contexto, nos vamos a referir al asunto González Lluy y otros contra Ecuador de 2015. El problema que dio origen a este caso, se relacionó con el contagio de VIH que sufrió la demandante por una transfusión de sangre cuando tenía tres años de edad. Posteriormente, tuvo varios inconvenientes para poder ingresar a estudiar, debido a la discriminación de la que era objeto a raíz de su condición de salud. En efecto, cada vez que las autoridades escolares tomaban conocimiento de que se trataba de una alumna con VIH, o bien, le negaban la matrícula, informándole que no existían cupos para ella, o por el contrario, la suspendían indefinidamente de clases, a fin de que no mantuviera contacto con sus compañeros. En atención a este hecho, la víctima presentó una demanda en contra del Estado, aduciendo entre otros argumentos, que este había violado su derecho a la educación.

Para resolver este caso, la Corte tomó en cuenta en primer lugar, que esta garantía se encontraba regulada en el art. 13 del Protocolo de San Salvador, como así mismo, en otros instrumentos de derecho internacional. Ahora bien, con base en lo señalado por el CDESC, entendió que estos tratados obligaban al Estado, a asegurar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad de la enseñanza⁴²⁸. Por otro lado, sostuvo que la discapacidad no se definía exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental o sensorial, sino que también se relacionaba, con todos aquellos prejuicios que le impedían a una persona poder ejercer sus derechos de manera

⁴²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia González Lluy y otros contra Ecuador. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 1 de septiembre de 2015. párr. 235.

efectiva⁴²⁹. Por tanto, si bien vivir con VIH no era estricto rigor una forma de discapacidad, en algunas circunstancias debido justamente a las barreras sociales que enfrentaban estas personas, su entorno las podía colocar en una situación de discapacidad⁴³⁰. En este sentido, señaló que las personas con VIH, tenían derecho a satisfacer sus necesidades educativas igualdad de condiciones en relación al resto de la población. Esto implicaba, que el Estado se encontraba obligado a garantizar el derecho del alumno a recibir información objetiva acerca de su enfermedad, a no ser discriminado en el acceso a la enseñanza debido a su condición, y a que la educación promoviera la comprensión, el respeto y la tolerancia hacia las personas con VIH⁴³¹.

En segundo lugar, consideró que las medidas que tomó la administración para asegurar el derecho a la educación de la reclamante, no fueron adecuadas ni suficientes. En efecto, las autoridades del colegio, al enterarse de la condición de la menor, resolvieron suspenderla de clases, adoptando como modalidad de enseñanza, la educación a distancia. Para justificar esta decisión, alegaron que no solo se encontraban obligadas a proteger los derechos de cada alumno en particular, sino que también los intereses del conjunto de la comunidad educativa, de modo que en el caso concreto, y debido al peligro que implica tener a una alumna con VIH, debían dar prioridad al

⁴²⁹ *Ibíd.* párr. 237.

⁴³⁰ *Ibíd.* párr. 238.

⁴³¹ *Ibíd.* párr. 241. FEDERACION IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN. VI Informe sobre derechos humanos. *Op. Cit.* pp.110 y ss.

derecho a la salud del cual eran titulares el resto de los menores, por sobre el derecho a la educación de la peticionaria⁴³².

Ahora bien, la Corte observó que la administración, en lugar de haber adaptado el entorno escolar a las necesidades de la menor, asumió simplemente que su mera presencia constituía una amenaza para los otros niños⁴³³. Por tanto, el Tribunal se preguntó si esta decisión estaba justificada. Para responder a esta interrogante, precisó en primer término, que si bien la Convención no contemplaba como categoría sospechosa de discriminación al VIH, esta hipótesis debía incluirse dentro del ámbito de protección establecido por el Pacto, debido a que este instrumento no solo proscribía la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma o religión, sino que también, por cualquier otra “condición social”⁴³⁴. Ahora bien, este hecho importaba: 1) que la autoridad debía ofrecer razones muy poderosas para restringir un derecho con base en la condición de salud de una persona; y 2) que el Tribunal se encontraba obligado a ser especialmente riguroso a la hora de evaluar la convencionalidad de este tipo de decisiones⁴³⁵. Con base en estos criterios, consideró que si bien la medida de suspender a la alumna perseguía un fin legítimo, no bastaba con que a este respecto la autoridad apelara al “interés colectivo”, por el contrario, era necesario que el Estado acreditara que

⁴³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia González Lluy y otros contra Ecuador. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 1 de septiembre de 2015. párr. 245.

⁴³³ *Ibidem.* párr. 262.

⁴³⁴ *Ibidem.* párr. 255. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (CADH). 22 de noviembre de 1969. *Op. Cit.* Art. 1.1 “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o *cualquier otra condición social*”.

⁴³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia González Lluy y otros contra Ecuador. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 1 de septiembre de 2015. párr. 260.

la condición de la demandante constituía un peligro para la salud de los alumnos⁴³⁶. Por otro lado, en lo tocante al alegato relativo a que la medida en cuestión resultaba necesaria para prevenir la propagación del VIH, la Corte estimó que este argumento no era pertinente, puesto que en lugar de haber optado por la alternativa más eficaz pero menos gravosa para los intereses de la reclamante, eligió precisamente, la que más restringía sus derechos⁴³⁷. Finalmente, sostuvo que esta decisión empeoró la situación de desprotección en la cual se encontraba la menor, toda vez que se trataba de una persona particularmente vulnerable, al confluir en su caso múltiples factores de discriminación, tales como su estatus socioeconómico, su edad, su género, y su condición de salud⁴³⁸. Por estos motivos, la Corte concluyó que el Estado no aseguró el derecho de la reclamante a recibir una educación que se adaptara a sus necesidades, y a poder formarse en un ambiente que favoreciera su inclusión y su desarrollo integral⁴³⁹.

Por nuestra parte, creemos que el Tribunal define en este caso algunos estándares de protección muy concretos. En primer término, para determinar el alcance de las obligaciones que el Estado asume en materia educacional, la Corte apela expresamente a la doctrina del CDESC, y en particular, al modelo de las 4 A. Esta estrategia le permite concluir que la administración no solo se encuentra obligada a garantizar el acceso a la

⁴³⁶Ibíd. párr. 257.

⁴³⁷“En el presente caso la decisión utilizó argumentos abstractos y estereotipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de Talía. Este trato evidencia además que no existió adaptabilidad del entorno educativo a la situación de Talía, a través de medidas de bioseguridad o similares que deben existir en todo establecimiento educativo para la prevención general de la transmisión de enfermedades”. Ibíd. párr. 274.

⁴³⁸ Ibíd. párr. 285. Este es el primer caso en el cual la Corte condena directamente a un Estado, por haber violado el art. 13 del Protocolo de San Salvador. A este respecto véase: RONCONI, Liliana. Mucho ruido y pocos... desc. análisis del caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos. 12: 2016. pp. 119 y ss.

⁴³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia González Lluy y otros contra Ecuador. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 1 de septiembre de 2015. párr. párr. 291.

enseñanza, sino que también, a cautelar que el entorno escolar se adapte a las necesidades particulares de los alumnos. En este sentido, toma en cuenta que la discapacidad tiene un fuerte componente social, el cual puede agravar de manera importante la condición de desventaja en la cual se encuentran los sujetos⁴⁴⁰. Por tanto, y a fin de garantizar que la persona pueda satisfacer sus necesidades educativas en condiciones de igualdad, el Estado tiene el deber de practicar las adecuaciones curriculares que favorezcan el logro de este objetivo.

Por otro lado, la Corte recurre al principio de proporcionalidad como medio para resolver la tensión que existe entre el derecho a la educación de la alumna, y los derechos del resto de sus compañeros. En este contexto, entiende de forma correcta, que cualquier limitación o restricción que las autoridades pretendan establecer en relación a la garantía en comento, debe encontrarse convenientemente justificada, y que no basta para ello, con alegar razones basadas en estereotipos o en daños presuntos. En este sentido además, el peso de la prueba recae sobre el Estado, lo cual significa que el órgano público es el que debe probar que la medida no es discriminatoria, y que al mismo tiempo es necesaria en función los fines que persigue por la administración⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ A este respecto, autores como Nussbaum, plantean que un impedimento cualquiera en algún área del acontecer humano, solo se convierte en discapacidad, cuando la sociedad lo considera como tal: “Los seres humanos son, en general, discapacitados: mortales, cortos de vista, de piernas débiles, con serios problemas de espalda y cuello, escasos de memoria, etc. Pero cuando una mayoría (o el grupo más poderoso) tiene tales discapacidades la sociedad se adapta a para atender a ellas”. El problema está precisamente, cuando son los miembros de un grupo desventajado, los que tienen necesidades atípicas o poco usuales. NUSSBAUM, Martha. El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley. Buenos Aires, Katz, 2006. p. 350.

⁴⁴¹ Como recuerda Bernal Pulido “toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el fin propuesto”. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales. 2007. p. 740.

Finalmente, el Tribunal introduce por primera vez, el concepto de discriminación interseccional⁴⁴². Con esta noción, se quiere aludir a la concurrencia de múltiples factores de discriminación, los cuales interactúan de tal forma que en conjunto, contribuyen a crear una situación de grave desigualdad o exclusión⁴⁴³. En este sentido, autores como Rey Martínez afirman: “no se trata sólo, un tanto asépticamente, de que se crucen dos factores (el género y la etnia, por ejemplo) en una situación concreta de discriminación simultánea, sino de valorar el hecho realmente crucial que de esa combinación de conjuntos o factores se genera un conjunto nuevo, distinto de los anteriores”⁴⁴⁴. En nuestra opinión, esta noción es fundamental, debido a que permite sacar a la luz los patrones de exclusión que impiden a muchos sujetos, tales como a mujeres, minorías indígenas, personas con discapacidad, migrantes o individuos con VIH, poder acceder a la educación que merecen en condiciones de igualdad en relación al resto de la población, y fundar al mismo tiempo, la obligación del Estado de actuar positivamente en vista a remediar esta situación de desprotección⁴⁴⁵. A este respecto, concordamos con Añón cuando sostiene:

⁴⁴²“La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron **en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación** asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia González Lluy y otros contra Ecuador. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 1 de septiembre de 2015. párr. 290.

⁴⁴³ EXPOSITO MOLINA, Carmen. ¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España. *Investigaciones Feministas*. 3: 2013. p. 210.

⁴⁴⁴ REY MARTINEZ, Fernando. La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo. *Revista española de derecho constitucional*. 28 (84): 2008. p. 266.

⁴⁴⁵ En relación a esta formación de discriminación, el CDESC ha señalado: “Algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, por ejemplo las mujeres pertenecientes a una minoría étnica o religiosa. Esa discriminación acumulativa afecta a las personas de forma especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla”. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y

“La perspectiva que proporciona la discriminación entrecruzada o interseccional consiste precisamente en hacernos reflexionar sobre tres aspectos importantes: (a) cuestionar los modos dominantes de pensar la discriminación, al considerar que los sistemas jurídicos sólo parcialmente reconocen las estructuras de discriminación; (b) explicitar cómo los sistemas jurídicos esbozan sus propias normas antidiscriminatorias a través de tipos y paradigmas de trato desigual que se muestran incapaces de identificar correctamente las categorías específicas de quienes son discriminados; (c) determinar la desventaja como forma de identificación de categorías o clases de sujetos”⁴⁴⁶.

7.- Conclusiones

1.- En el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el derecho a la educación se encuentra regulado en diversos tratados e instrumentos, los cuales definen las obligaciones básicas que los Estados de la región asumen en esta materia. Estas obligaciones no difieren en lo sustancial, de lo dispuesto en los tratados y declaraciones de alcance universal.

2.- La Convención contempla dos mecanismos para tutelar el derecho a la educación. En primer lugar, las partes pueden recurrir directamente al art. 26, alternativa que a su vez, presenta dos modalidades. En la primera, el Estado puede ser declarado

CULTURALES: Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 42° período de sesiones. E/C.12/GC/20. 2 de julio de 2009. párr. 17.

⁴⁴⁶ AÑÓN ROIG, María José. Derechos Humanos y Obligaciones Positiva. *Op. Cit.* p. 151.

responsable por tomar medidas regresivas en el ámbito educacional, por no remover los obstáculos legales o de otra índole que impidan el libre ejercicio de este derecho, o por no elaborar un plan de acción, con metas detalladas y cuantificables a través de indicadores en materia de derechos humanos, que permitan asegurar el cumplimiento de las obligaciones que el Estado asume en esta materia. En la segunda, el Estado puede ser condenado por no cumplir con las obligaciones generales que establecen los arts. 1 y 2, esto es, por no respetar o garantizar el derecho en estudio. Hasta el momento sin embargo, la Corte no ha utilizado esta estrategia. El segundo mecanismo consiste en asegurar el derecho a la educación de manera indirecta. El fundamento de este enfoque descansa en el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. En la práctica, ello implica recurrir a la tutela que entregan los derechos civiles y políticos.

3.- Ahora bien, el Tribunal ha garantizado ciertas dimensiones de la enseñanza, precisamente, a través de este último enfoque. A este respecto, ha entendido que el derecho a la vida da lugar a una obligación positiva, a saber, la de asegurar el acceso a los servicios sociales más básicos, entre los cuales figura la educación. En este sentido, el sentenciador parte de la base que la enseñanza constituye un medio indispensable para que las personas puedan llevar a cabo su plan de vida, de manera que cualquier restricción que impida el goce de este derecho, resulta en principio, y salvo justificación razonable, contraria a la Convención. Esto comporta que el Estado tiene el deber de regular los medios a través de los cuales se imparte la enseñanza, de investigar, perseguir y sancionar toda afectación que implique un menoscabo a los intereses del

educando –sea que estas provengan de sujetos públicos o privados-, y de asegurar que este pueda recibir al menos, la formación a la que tiene derecho según los estándares mínimos definidos en la normativa internacional. Entre estas obligaciones básicas se encuentran las de asegurar la disponibilidad de escuelas e infraestructura adecuada, la de garantizar la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza, y la de cautelar que el proceso de aprendizaje se de en un marco de pleno respeto a los derechos del educando. En tercer lugar, estas obligaciones se acrecientan con respecto a ciertos grupos vulnerables, tales como personas privadas de libertad, niños, mujeres, o miembros de pueblos indígenas, de manera que en estos casos, el Estado debe tomar medidas especiales de protección. En cuarto lugar, si bien la Corte no evalúa la violación del derecho a la educación de forma directa, si recurre a esta garantía como parámetro de interpretación a efectos de precisar el contenido del derecho a la vida. Para ello, se vale de lo dispuesto tanto en los principales instrumentos de derecho internacional sobre derechos sociales, como también, en las observaciones pertinentes de los comités de derechos humanos de las Naciones Unidas. En términos prácticos, esto significa que para garantizar el derecho en comento, el Estado debe satisfacer al menos, los estándares mínimos que en lo relativo a la enseñanza se establecen en dichos tratados y declaraciones. Finalmente, la Corte destaca la relación que existe entre el derecho a la educación y el conjunto de las garantías que se reconocen en la Convención. Esto es relevante, puesto que permite comprender mejor las consecuencias que implica para el disfrute de la enseñanza, la efectiva protección de los derechos civiles y políticos.

4.- Por otro lado, debemos destacar que la protección indirecta del derecho a la educación tiene un alcance limitado. En efecto, muchos de los problemas que involucran cuestiones relacionadas con la educación, no se pueden comprender de forma adecuada, a partir de conceptos como los de “vida digna”, sin reducir al mismo tiempo, al alcance de las obligaciones que las autoridades han asumido en la esfera de la enseñanza. En estos casos, convendrá proveer mecanismos de protección directa a fin de salvaguardar eficazmente los derechos del educando.

5.- Por último, no podemos dejar de mencionar que hasta la fecha, el sentenciador solo ha aplicado en una oportunidad, las normas pertinentes del Protocolo de San Salvador, a efectos de declarar directamente la responsabilidad del Estado por haber violado el derecho a la educación. Dentro de este marco, la Corte ha entendido expresamente, que la autoridad se encuentra obligada a garantizar el acceso a los centros educativos en un contexto de pleno respeto al derecho a no sufrir discriminación, como también, a adaptar el entorno escolar a las necesidades del educando. Del mismo modo, igualmente ha concluido, con base en el principio de proporcionalidad, que la administración debe elegir, cuando sea preciso limitar el ejercicio del derecho a la educación, la alternativa más eficaz pero menos gravosa para los intereses del alumno, y que al mismo tiempo, tampoco resultan admisibles aquellas restricciones que se funden en algunos de los motivos prohibidos de discriminación.

CAPÍTULO IV

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

1.- Objetivos

El objetivo de este capítulo, consiste en analizar los estándares y principios más relevantes que ha utilizado la Corte Constitucional de Colombia, relativos a la protección del derecho a la educación.

2.-Introducción

La Constitución de Colombia de 1991 no constituye un caso aislado, por el contrario, forma parte de un proceso de transformación más amplio, el cual se conoce bajo la denominación de nuevo constitucionalismo latinoamericano⁴⁴⁷. Para la doctrina, este se define ante todo, por el paso del principio de legalidad al principio de constitucionalidad, por la redefinición y fortalecimiento de las garantías de los derechos fundamentales, y por el carácter invasivo de la Constitución, la cual exige que todos los poderes, sean públicos o privados, se adapten en alguna medida a ella⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ GARGARELLA, Roberto, COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. Políticas sociales. 153:2009. pp. 39 y ss.

⁴⁴⁸ CARRERA SILVA, Liliana. La acción de tutela en Colombia. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. 5(27): 2011. p. 74. GARGARELLA, Roberto, COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. Políticas sociales. *Op. Cit.* pp. 39 y ss. VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador. Derecho del Estado. 34: 2015. pp. 3 y ss. LASCARRO CASTELLAR, Carlos. De la hegemonía (neo) constitucional a la estrategia

En concordancia con este proceso, la Carta de 1991 establece un nutrido catálogo de derechos, además de consagrar un mecanismo destinado a garantizar la exigibilidad judicial de los mismos, la llamada acción de tutela⁴⁴⁹. Así las cosas, y siguiendo a Botero, podemos señalar que esta última puede ser entendida como una acción judicial: “subsidiaria, residual y autónoma, dirigida a permitir el control constitucional de las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares”, y que puede ser interpuesta: “por cualquier persona para la defensa pronta y efectiva de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable o cuando no exista otro medio de defensa judicial que sirva para tales efectos”⁴⁵⁰. Ahora bien, los derechos que pueden ser objeto de tutela corresponden según el art. 86 de la Constitución, a los derechos constitucionales fundamentales. La Constitución sin embargo, reserva la expresión “derechos fundamentales” solo para los derechos regulados en el capítulo 1 del Título II, los cuales comprenden esencialmente derechos civiles. En tanto que para los derechos del capítulo 2, reserva la expresión “de

del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Manizales*. 9 (2): 2012. pp. 58 y ss. ARANGO, Rodolfo. *Constitucionalismo Social Latinoamericano*. Disponible en línea:

<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2894/6.pdf> [consulta: 8 de septiembre de 2015]. p. 12.

⁴⁴⁹ Artículo 86: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, art. 86. Con relación a este tema, véase: DEL PILAR, Johanna, et. al. *La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Estudios Socio-jurídicos. 9: 23007. pp. 116 y ss.

⁴⁵⁰ BOTERO MARINO, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla-Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, D.C., 2006. pp. 11 y 12.

los derechos sociales, económicos y culturales”. En principio por tanto, los derechos sociales no serían objeto de tutela al no ser fundamentales⁴⁵¹.

A pesar de esta restricción, la Corte ha ampliado la acción de tutela también a los derechos sociales, mediante una interpretación axiológica y sistemática de la Constitución⁴⁵². En este sentido, el criterio decisivo para calificar a un derecho como fundamental, no se relaciona con su ubicación dentro del texto constitucional, o con su carácter prestacional o defensivo, sino que con el tipo de interés que protege⁴⁵³.

Ahora bien, en lo que toca a nuestro tema, la regulación del derecho a la educación se concreta tanto en normas que encontramos en el capítulo 1, como también, en el capítulo 2. En el primer caso, la Constitución reconoce las garantías de libertad de

⁴⁵¹ Con respecto a esta técnica, indica Casal: “La Constitución colombiana es igualmente ilustrativa sobre lo endeble que puede llegar a ser la formulación constitucional de compartimientos separados entre los derechos de la persona, con una inclinación a colocar a los derechos predominantemente prestacionales en una posición secundaria desde el punto de vista de sus garantías”. CASAL, Jesús. La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión. En: BAZAN Víctor (ed.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. Bogotá D.C., Unión Grafica, 2015. p. 26

⁴⁵² Así ha dicho: “Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella” CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 227 de 2003. II, párr. 11. En relación al rol que ha jugado la Corte como garante de los derechos sociales, puede consultarse: ESCOBAR TORRES, Sebastián; HERNANDEZ VARGAS Luis Mario, SALCEDO FRANCO, Christian, Miguel. El juez constitucional como garante de los derechos sociales en Colombia: una mirada crítica al activismo judicial de la corte constitucional colombiana. Universitas Estudiantes. Bogotá, 10: 2013. pp. 136 y ss. GONGORA MERA, Manuel Eduardo. Libertad e Igualdad en la Educación. Balance y desafíos tras dos décadas de vigencia de la Constitución de 1991. Ideas y Situaciones. 4(1): 2011. p. 56. En este sentido, autores como Bruce señalan que: “Thus, Costa Rica and Colombia’s judicial reforms by themselves should not have been sufficient to produce a rights revolution due to the non-existence of the required deep-pocketed support structures in both countries. The empirical evidence, though, demonstrates that a rights revolution did, indeed, take place in spite of the lack of support organizations willing and able to push rights cases on behalf of socially marginalized and politically powerless groups. The new Constitutional Courts dispensed with judicial formalities, employed a broad definition of standing, and removed virtually all barriers to access. Thus, an accessible, legal forum was created that allowed marginalized groups and individuals to successfully take their claims to the courts in a way that neither the pre-reformed courts nor the political process had permitted”. BRUCE, Wilson. Institutional Reform and Rights Revolutions in Latin America: The Cases of Cost Rica and Colombia. Journal of Politics in Latin America, 1 (2): 2009. p. 75.

⁴⁵³ SIERRA SOROCKINAS. David. GÓMEZ CABANA, María Claudia. Ideas básicas del concepto: derechos subjetivos, derechos fundamentales y derechos sociales, en el constitucionalismo colombiano. Estudios de Derecho, 152 (68): 2011. p. 148.

enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra (art. 27)⁴⁵⁴. En el segundo supuesto, la garantía en comento se consagra como un derecho de los niños (art. 44), y como un derecho que pertenece a toda persona (art. 67)⁴⁵⁵. En esta última norma además, se conceptualiza a la educación como un servicio público, se establecen los fines del derecho, y se indican las principales obligaciones del Estado, entre otros aspectos.

Por otro lado, en lo relativo a su exigibilidad, el Tribunal entiende que la garantía en estudio es plenamente justiciable, tanto en sus aspectos defensivos como prestacionales, toda vez que su disfrute resulta esencial para que el sujeto pueda desarrollar adecuadamente su personalidad y ejercer el resto de sus derechos fundamentales⁴⁵⁶. En este orden de ideas, ha sostenido que:

⁴⁵⁴“El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra”. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, art. 27.

⁴⁵⁵ “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, art. 67. “La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente. El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos. Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley”. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, art. 67.

⁴⁵⁶ LERMA CARREÑO, Carlos Alberto. El derecho a la educación en Colombia. FLAPE, Buenos Aires, 2007. p. 21

“En su dimensión de derecho, la educación tiene el carácter de fundamental, en atención al papel que cumple en la promoción del desarrollo humano y la erradicación de la pobreza y debido a su incidencia en la concreción de otras garantías fundamentales, como la dignidad humana, la igualdad de oportunidades, el mínimo vital, la libertad de escoger profesión u oficio y la participación política”⁴⁵⁷.

Aclarado lo anterior, pasaremos a estudiar los principales criterios que ha utilizado la Corte para proteger los derechos de los educandos. Para ello, nos vamos a centrar básicamente en los conflictos a los da lugar el respeto al principio de no discriminación, en los aspectos que dicen relación con el ejercicio de la potestad disciplinaria, en el derecho a que la educación satisfaga un cierto estándar de calidad, y en la relación que se da entre el goce de esta garantía y el ejercicio de la libertad de enseñanza. En nuestra opinión, el estudio de esta jurisprudencia resulta relevante para el éxito de nuestra investigación, puesto que, a diferencia de los tribunales chilenos, el juez colombiano muestra una mejor comprensión de los alcances que tiene el derecho a la educación, de las obligaciones que tiene el Estado en esta materia, y de la forma en cómo interactúan los distintos derechos y libertades que se reconocen en el ámbito educacional.

⁴⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-743 de 2013. II, 3.1.

3.- La obligación del Estado de garantizar el adecuado cubrimiento del servicio educativo

Como ya hemos comentado en otros capítulos de este trabajo, el derecho a la educación no solo da lugar a obligaciones negativas, sino que también obliga al Estado a destinar recursos con el fin de asegurar la existencia de escuelas, maestros e infraestructura adecuada. En este contexto, vamos a estudiar la forma en como el Tribunal ha cautelado esta faceta del derecho.

3.1.- La vulneración del derecho a la educación por falta de personal docente

Los hechos que dieron lugar al fallo que vamos a comentar, tuvieron lugar durante el año 1994, y consistieron básicamente en los siguientes⁴⁵⁸. Un menor, el cual cursaba el segundo año de educación primaria, no estaba recibiendo las clases a las que tenía derecho, toda vez que la autoridad educativa, no había a procedido a nombre al docente que debía dictar dicho curso. A raíz de lo anterior, el padre del menor recurrió ante la Corte, bajo el argumento que la citada omisión importaba una violación al derecho a la educación de su hijo.

Para resolver este problema, la Corte se preguntó en primer término, si la naturaleza prestacional del derecho a la educación, constituía un obstáculo en orden a demandar su protección por medio de la acción de tutela. En este sentido, el Tribunal estimó que aun cuando una garantía fundamental requiriese para su efectividad, de una

⁴⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-467 de 1994.

determinada prestación, ello no suponía necesariamente que se tratase de un derecho simplemente programático⁴⁵⁹. A favor de esta tesis, consideró que los derechos de libertad, también demandaban en algunos casos ciertas prestaciones básicas, sin las cuales las expectativas subjetivas protegidas por dichas garantías, quedarían insatisfechas. Por otro lado, también sostuvo que la falta de recursos no podía servir de base para descartar la existencia de una violación a un derecho fundamental, en especial, si las víctimas eran niñas, niños o adolescentes⁴⁶⁰.

En segundo lugar, y previa cita de su propia jurisprudencia, la Corte estableció que en el caso de los menores, el derecho a la educación constituía una garantía fundamental, y por ello, susceptible de aplicación inmediata y de protección directa por medio de la acción de tutela⁴⁶¹.

En tercer lugar, recordó que la educación, en el contexto de la Constitución colombiana, además de ser un derecho fundamental, también constituía un servicio público. Este aspecto resultaba determinante para la resolución de la controversia, puesto que para la Corte:

“Uno de los principios medulares de la prestación de los servicios públicos es el de la continuidad. Siendo las necesidades públicas algo permanente, la interrupción del servicio que las satisface lesiona el bienestar de la comunidad. En materia de prestación de servicios, la regla general es la de

⁴⁵⁹ *Ibidem.* A, párr. 1.

⁴⁶⁰ *Ibidem.* A, párr. 2.

⁴⁶¹ *Ibidem.* B, párr. 1.

su permanencia. Toda suspensión debe tener el carácter de excepcional y, en consecuencia, debe ser objeto de justificación”⁴⁶².

Ahora bien, de este principio, el sentenciador extrajo dos consecuencias de interés para nuestro trabajo. En primer término, de acuerdo con la Corte, existe un estrecho vínculo entre el goce efectivo del derecho a la educación y el respeto a los principios de libertad e igualdad de oportunidades⁴⁶³. Así, y en este punto no podemos sino concordar, el Tribunal entendió que la libertad material resultaba una ficción, si no se garantizaban al mismo tiempo ciertas condiciones mínimas de subsistencia, las cuales resultaban esenciales para que la persona pudiera efectivamente llevar a cabo su plan de vida. En segundo término, consideró que si bien el juez constitucional no podía desechar de plano aquellas demandas que exijan del Estado la satisfacción de las necesidades más básicas, si debía someter las mismas, a un juicio de razonabilidad, dado que los recursos con los que contaba la administración eran siempre escasos. A este respecto, la Corte entendió que si la deficiencia en la prestación no llegaba a anular el servicio, y si esta se explicaba de manera razonable por la falta de recursos, entonces, y al menos en principio, no sería posible establecer la existencia de una violación a un derecho fundamental⁴⁶⁴.

Finalmente, con base en estos estándares, el sentenciador concluyó que efectivamente se había afectado el derecho a la educación del menor. En concreto, estimó que la garantía en comento comprendía el derecho del educando al adecuado

⁴⁶² *Ibidem.* C, párr. 1.

⁴⁶³ *Ibidem.* B, párr. 4.

⁴⁶⁴ *Ibidem.* C, párr. 2

cubrimiento del servicio, como un modo de asegurar al alumno tanto el acceso como la permanencia dentro del centro educativo. Esto implicaba que el derecho a la educación habilitaba al menor para exigir del Estado, todas aquellas prestaciones que fuesen necesarias para garantizar la continuidad de su proceso de aprendizaje⁴⁶⁵. A su vez, de acuerdo con el juez constitucional, esta deficiencia también afectaba el derecho a la igualdad de oportunidades del menor. Para llegar a esta conclusión, recordó como primera cuestión, que la educación formal presentaba un carácter secuencial y acumulativo, y que por tanto, la calidad de la formación que el alumno recibiera en sus primeros cursos, afectaría en mayor o menor grado sus resultados posteriores. A continuación, reparó en el hecho que los alumnos de las escuelas rurales –que era el caso del menor sujeto de protección–, eran titulares del mismo derecho a la educación que los educandos que residían en zonas urbanas, y que en consecuencia, el Estado no podía tolerar que aquellos recibieran una educación de inferior calidad de la que disfrutaban estos últimos, a raíz precisamente, de la falta de nombramiento de un docente⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Por su claridad, nos parece oportuno citar el razonamiento de la Corte: “cuando la Constitución protege el derecho de los niños a la educación, con ello está protegiendo, a su vez, las condiciones básicas que lo hacen posible, incluidas aquellas que implican obligaciones prestacionales del Estado. Por eso, cuando un establecimiento educativo carece de la planta de profesores mínima para cubrir la enseñanza de los diferentes cursos programados, se encuentra desprovisto de una de los elementos esenciales - quizás el más esencial - del servicio educativo” (el destacado es nuestro). *Ibíd.* D, párr.1. En este sentido, el Tribunal ha establecido por ejemplo, que el no pago oportuno de las remuneraciones de los profesores, constituye una violación del derecho a la educación de los estudiantes: “En efecto, tanto el gobernador de Nariño como el alcalde municipal de Tumaco eran responsables de garantizar la prestación del servicio público de educación en este municipio, debiendo prever las medidas necesarias para evitar su paralización, en ejercicio de sus competencias y con el fin de dar continuidad a la prestación de ese servicio público. Para esta Sala es claro que esa continuidad en el servicio público de educación podía ser exigida por el personero municipal ante la jurisdicción constitucional de tutela, en clara protección de los derechos a la educación e igualdad de oportunidades de los alumnos afectados, de conformidad con los artículos 13, 44, 67, 70, 365 y 366 constitucionales”. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1102 de 2000. II, párr. 3.2.

⁴⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-467 de 1994. D, párr.4.

A partir de estos criterios, creemos que se pueden formular dos observaciones. En primer lugar, podemos distinguir entre derechos de libertad y derechos de prestación, según si estos requieren para su ejercicio, que el Estado transfiera ciertos bienes o servicios a sus titulares⁴⁶⁷. De esta forma, mientras que los derechos de libertad solo generan deberes de no intervención, los derechos de prestación solo se ven satisfechos mediante actuaciones que impliquen una actividad por parte de la administración. Dicho enfoque sin embargo, no resulta satisfactorio, puesto que si nos centramos en las obligaciones que asumen los Estados en materia de derechos fundamentales, lo que observamos en la práctica, es un continuo de deberes, de manera que para la satisfacción de cada garantía, se requiere en algún grado, el cumplimiento de obligaciones tanto positivas como negativas⁴⁶⁸. Esto supone, tal como afirma la Corte, que la naturaleza prestacional de un derecho, no puede constituir un obstáculo que impida a los sujetos poder reclamar su exigibilidad por vía judicial. En apoyo de esta tesis, tenemos la propia doctrina del CDESC. En efecto, para este órgano, el derecho a un recurso idóneo y efectivo se funda de manera implícita en la obligación de adoptar medidas para la efectividad de los derechos reconocidos en el PIDESC, en este sentido señala:

“La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes.

⁴⁶⁷ En relación a este problema, véase: *Supra* Capítulo 2, 3,1.1.

⁴⁶⁸ SHUE, Henry. *Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*. Princeton University Press, New Jersey. 1996. p. 53. ESCOBAR ROCA, Guillermo. *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. *Op. Cit.* pp. 493 y ss. HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. *El costo de los derechos*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011. p. 55.

También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”⁴⁶⁹.

Sin embargo, y como segunda cuestión a destacar, creemos que toda pretensión que aspire a integrar el contenido de un derecho fundamental, debe cumplir con un cierto estándar de relevancia, ya que estas garantías no amparan reclamos circunstanciales o de escasa entidad⁴⁷⁰. Por ello, se hace necesario trazar un límite que permita separar las demandas más importantes y urgentes, de todas aquellas que no alcancen a satisfacer dicho umbral, puesto que resulta evidente, que el Estado no se encuentra obligado a satisfacer todas y cada una de las necesidades que tengan los sujetos⁴⁷¹. Ahora bien, cuando nos referimos a “un cierto estándar de relevancia”, queremos hacer notar que solo pueden ser consideradas como fundamentales, aquellas demandas que puedan subsumirse dentro del núcleo esencial de cada derecho constitucional, determinado este, a partir de una interpretación sistemática y finalista del Código Supremo⁴⁷². Por tanto, y tal como se colige a partir del caso en análisis, la víctima debe ser capaz de fundar su pretensión en un conjunto de razones que constituyan la base de diversas normas

⁴⁶⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 9. Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales. U.N. Doc. E/1998/22, 1997. párr. 10.

⁴⁷⁰ ESCOBAR ROCA, Guillermo. Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. *Op. Cit.* p. 474

⁴⁷¹ GRIFFIN, James. *On Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, 2013. p.183.

⁴⁷² ESCOBAR ROCA, Guillermo. Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. *Op. Cit.* p. 532.

constitucionales, sean valores, principios o derechos reconocidos expresa o implícitamente por el sistema de fuentes⁴⁷³.

Finalmente, y pensando en el caso chileno, esta doctrina parte de la base que no existen derechos fundamentales absolutos, puesto que todo derecho presenta límites tanto internos como externos, de manera que los actos que tengan por objeto la restricción de una garantía fundamental, deben fundarse en el propio texto constitucional, y respetar, tal como reconoce la doctrina, el principio de proporcionalidad. Vamos a volver sobre estas ideas al final de nuestra tesis.

4.- La obligación del Estado de asegurar el acceso a la educación en condiciones de igualdad

Tal como ha sido destacado en otras partes de este texto, la garantía en estudio comprende la posibilidad de acceder al servicio educativo “con base en criterios de selección que correspondan al mérito personal académico de los aspirantes, y no a aspectos externos a ellos”⁴⁷⁴. En sentido, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de estándares y criterios muy interesantes, los cuales han servido por un lado, para limitar la discrecionalidad de la administración y, por el otro, para restringir las potestades y atribuciones que corresponden a los titulares de la libertad de enseñanza.

⁴⁷³ ESCOBAR ROCA, Guillermo. Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. *Op. Cit.* pp. 486-487. ARANGO, Rodolfo. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. *El otro derecho.* 28:2002. p. 107. De LUCAS, Javier, AÑON, María José. Necesidades, razones y derechos. *Doxa*, 7, 1990. p. 70.

⁴⁷⁴ Ver *Supra* Capítulo 1, 4. GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. el derecho a la educación en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. *Op. Cit.* p. 87.

4.1 La obligación de respetar el principio de no discriminación en el acceso a los centros de enseñanza

Un buen ejemplo de cómo la Corte ha tratado este tipo de asuntos, lo constituye la sentencia T-064 del año 1993. En los hechos, unos padres de origen colombiano, quienes por razones de trabajo residían en Estados Unidos, debieron trasladarse a vivir a la ciudad de Cali. Con el ánimo de entregarle a su hija una educación bilingüe, decidieron presentar una solicitud de admisión a un colegio que cumplía con este perfil. Sin embargo, su hija no fue admitida, a pesar del hecho de haber rendido satisfactoriamente todas las pruebas, y de haber pasado con éxito las correspondientes entrevistas psicológicas, asignándose el único cupo disponible, a un alumno de nacionalidad norteamericana. De acuerdo con los demandantes, lo anterior se debió a que los padres no contaban con referencias o cartas de recomendación de otros padres vinculados al colegio, requisito que en su parecer, violaba tanto el derecho a la igualdad y a la no discriminación del que era titular la menor, como también, su derecho a la educación.

Como primera cuestión, el Tribunal citó su propia jurisprudencia. De este modo, recordó que las instituciones educacionales tanto públicas como privadas, en razón justamente de su carácter de servicio público, tenían un compromiso ineludible con las generaciones presentes y futuras, y que este se traducía en el deber de crear todas las condiciones materiales y personales para que los menores accedieran efectivamente a la

educación⁴⁷⁵. Acto seguido, pasó a precisar que debía entenderse por igualdad de oportunidades en el ámbito educacional. Una alternativa, muy en línea con la idea de igualdad formal, implicaba que todas las personas debían gozar del mismo derecho de acceso a los centros educativos públicos, y que estos a su vez, debían ser similares entre sí. Esta tesis implicaba por supuesto, que el fracaso de los estudiantes en orden a completar con éxito sus estudios, solo podía ser atribuido a sus propias limitaciones, o bien, a la falta de interés para aprovechar la educación que se les ofrecía, y no, a las deficiencias del sistema. La Corte sin embargo, rechazó esta interpretación, abogando en su lugar, por un concepto más cercano al de igualdad material. En efecto, con bastante acierto, el intérprete constitucional sostuvo que el dispar acceso que las personas tenían al disfrute de los servicios más básicos, tales como salud, educación o vivienda, se explicaba en parte, por razones económicas o sociales, y no tanto, por sus diferentes dotaciones biológicas o genéticas. En lo que tocaba a la garantía en comento, esta tesis implicaba que el Estado se encontraba obligado a desplegar un comportamiento activo, con el fin de remover los obstáculos materiales o normativos que impidiesen el logro de este objetivo⁴⁷⁶.

En segundo lugar, introdujo dos precisiones importantes con respecto al ejercicio de la libertad de enseñanza y de elección. En efecto, la Corte señaló que cuando el

⁴⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-064 de 1993. II, párr.4.

⁴⁷⁶ “Explicada así la naturaleza propia de la igualdad de oportunidades en el ámbito de la educación y comprometido como se halla el Estado colombiano a promover las condiciones para que ella sea real y efectiva, esta Corte rechaza en la forma más categórica prácticas cuyo efecto concreto -querido o no- sea la construcción de barreras que desde un comienzo hagan negatoria dicha igualdad y la integración social, o propicien discriminaciones por razón de raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica o condición económica. Porque todas estas formas de discriminación vulneran abiertamente el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución de 1991”. *Ibidem*. párr.5.2.

Estado autorizaba a los particulares a crear centros de enseñanza, lo hacía bajo el supuesto que esta libertad debía representar una contribución efectiva al incremento de la igualdad de oportunidades, de manera que el pluralismo educativo que surgía del ejercicio de la misma, no podía de ningún modo estimular o favorecer la discriminación o la exclusión de los estudiantes⁴⁷⁷. Por otro parte, el sentenciador igualmente estimó que los padres solo podían elegir aquellos centros cuyo ideario guardase armonía con los principios, valores y normas establecidos en la Constitución, puesto que de ningún modo dicha libertad, podía ejercerse con el propósito de eludir tales mandatos⁴⁷⁸.

En tercer lugar, constató que la normativa del colegio disponía que de existir más postulantes que cupos, y habiendo aprobado los solicitantes los exámenes de rigor, las plazas se debían adjudicar de acuerdo con un determinado orden de prelación. Sin embargo, a la luz de los estándares que había definido previamente, la Corte consideró que algunos de estos requisitos, violaban el derecho de la menor a la igualdad de oportunidades en materia educativa. En concreto, estableció que la nacionalidad, como elemento prioritario de admisión, producía el efecto de excluir, a los postulantes que no eran norteamericanos, de poder acceder a la formación de su elección, lo cual constituía una barrera para la materialización de dicho principio. Junto con ello, igualmente destacó que este tipo de requisitos eran altamente cuestionables, puesto que la

⁴⁷⁷ *Ibíd.* párr.5.2

⁴⁷⁸ Por las razones expuestas, concluyó que: “Como derecho de la persona, la educación no puede menos que permitir el acceso efectivo a los bienes y valores de la cultura con estricta observancia del principio de igualdad de oportunidades, tal como se desprende del texto y el espíritu de las diversas normas (Artículos 13 y 67 a 71, entre otros) en que el Constituyente quiso plasmar su voluntad. En virtud de todo lo anterior, esta Corte reconoce y afirma que en Colombia ningún tipo de educación puede vulnerar los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución del 91”. *Ibíd.* párr.5.2.

educación, tanto pública como privada, cumplía una función social, de manera que el acceso a este tipo de centros no podía limitarse arbitrariamente⁴⁷⁹. Por tanto, junto con estimar violadas las garantías objeto de análisis, el Tribunal ordenó al colegio otorgar a la víctima un cupo dentro del establecimiento para el año lectivo correspondiente.

Desde nuestra perspectiva, creemos que el Tribunal razona correctamente cuando sostiene que no basta con la libertad formal a fin de garantizar la igualdad de oportunidades. En efecto, el problema de fondo está en que la libertad, entendida solo como igualdad ante la ley, reitera las desigualdades que surgen producto de la inequitativa distribución de los bienes y servicios, de ahí que quien carezca de los medios necesarios para hacer valer sus pretensiones, acabe en el fondo, por no poder hacer efectiva su libertad jurídica⁴⁸⁰. De hecho, y dentro de cierta medida, es justamente la desigualdad de resultados la que pone en jaque la libertad misma, al dar pie a la formación de importantes asimetrías entre los distintos grupos de la población⁴⁸¹. En este sentido, tal como reconoce la doctrina, la vida de las personas se ve afectada por toda clase de contingencias, de modo que, a pesar de haber partido de un estado justo inicial, los resultados acumulados de muchos acuerdos particulares, pueden, en la práctica, conducir a una disminución de la igualdad de oportunidades⁴⁸². Así, la libertad fáctica es iusfundamentalmente relevante, tanto para el aseguramiento de cosas que son importantes para el sujeto, como por la circunstancia que el catálogo de derechos

⁴⁷⁹ *Ibíd.* párr.7.2

⁴⁸⁰ BOKENFORDE, Ernst. Escritos sobre derechos fundamentales. Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 86

⁴⁸¹ RIBOTTA, Silvina. Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2010. p. 55.

⁴⁸² RAWLS, John. La justicia como equidad. Una reformulación. Barcelona, Paidós, 2012, p. 85

fundamentales, en tanto expresión de un sistema de valores, exige que el individuo se desarrolle libre y dignamente en sociedad⁴⁸³.

Por otro lado, la Corte también define de forma bastante clara, el estándar al cual se deben someter los privados cuando presten servicios que se relacionan con el goce de los derechos sociales⁴⁸⁴. En efecto, tal como apunta Escobar, lo que en último término le importa al sujeto, es la satisfacción de las necesidades que conforman el objeto de estos derechos, siendo indiferente el carácter público o privado del prestador del servicio⁴⁸⁵. Sin embargo, cuando el Estado delega en los particulares el cumplimiento de estas funciones, debe someter a estos últimos a las reglas y principios que se encuentran en la Carta Fundamental, pues de lo contrario, los titulares de los derechos en comento quedarían al margen de la protección que dispensa la norma suprema del ordenamiento. Sin duda, esta tesis se apoya en el hecho que la administración debe exigir a los privados el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos en materia de derechos sociales, e investigar, sancionar y reparar, toda violación que impida a la víctima el disfrute efectivo de tales garantías⁴⁸⁶. Así, debido a que la educación se ordena constitucionalmente como un servicio público, el Estado no solo se encuentra obligado a asegurar de manera especial su regularidad, continuidad y calidad, sino que también, el

⁴⁸³ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. *Op. Cit.* p. 449. NINO, Carlos. Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador? *En:* ALEGRE, Marcelo, GARGARELLA Roberto. (Eds.). El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007. p. 90.

⁴⁸⁴ “La Corte ha precisado que el sentido de la acción de tutela contra particulares, cuando ella es procedente, es el de controlar el ejercicio del poder privado (Corte Constitucional, sentencia T-251 de 1993). La acción de tutela se erige en la garantía judicial a la que se puede acudir a fin de prevenir que las supremacías privadas no se utilicen con el objeto de socavar los derechos fundamentales de las personas”. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. La acción de tutela en Colombia. *Ius et Praxis.* 3 (1). 1997. p. 169.

⁴⁸⁵ ESCOBAR ROCA, Guillermo. Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. *Op. Cit.* p. 594.

⁴⁸⁶ MELISH, Tara. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Quito, Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), 2003. p. 179.

derecho de los estudiantes a poder acceder a la enseñanza en condiciones de igualdad y no discriminación, sin importar la naturaleza jurídica del prestador⁴⁸⁷.

Tal como vamos a tener ocasión de estudiar un poco más adelante, una parte de nuestra jurisprudencia razona en base a la idea que la libertad de enseñanza equivale simplemente a libertad para contratar, de manera que los sostenedores tienen un amplio margen de discrecionalidad para poder establecer los requisitos de admisión, aplicar castigos, o expulsar estudiantes. Sin embargo, la experiencia colombiana muestra, por el contrario, que la administración debe atender en primer término, a la satisfacción de las necesidades educativas de los alumnos⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ Para Escobar, a quien seguimos en este punto, los servicios públicos incluyen todos los servicios de interés general (educación, salud, servicios sociales o asistenciales, entre otros), y los servicios públicos en sentido estricto. Así las cosas, quedan fuera del concepto, otras técnicas de intervención administrativas, tales como la inspección, la sanción y el fomento. ESCOBAR ROCA, Guillermo. Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. *Op. Cit.* p. 595. A propósito del concepto de servicio público, véase también: SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho Administrativo. Parte General. Tecnos, Madrid, 2009. pp. 769 y ss.

⁴⁸⁸ Este principio se funda en el propio texto de la Constitución, puesto que de acuerdo con la ley de leyes: “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”. Es más, para alcanzar este fin, la Carta Fundamental ordena de forma expresa, otorgar prioridad al gasto en educación: “Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, arts. 366 y 44.

4.2.- La accesibilidad económica como parte del contenido esencial del derecho a la educación⁴⁸⁹

Para analizar este tema, nos vamos a centrar en el estudio de la sentencia T-452 de 1997. El hecho que motivó la dictación de este fallo, estuvo relacionado con la decisión que tomó el propietario de un centro educacional, de negar a un alumno el acceso a dicho establecimiento, esgrimiendo para ello, que su padre no había pagado las últimas mensualidades. Frente a este alegato, y como primera cuestión, el Tribunal sostuvo que debido a la importancia y a la función social que cumplía la educación, dicha garantía imponía a las distintas partes que conformaban el proceso formativo un conjunto de obligaciones recíprocas, de las cuales no podían sustraerse, en tanto las

⁴⁸⁹ Nos parece importante descartar que la Constitución establece que la educación debe ser gratuita en las instituciones del Estado, pero solo respecto de aquellas personas que no cuenten con los recursos necesarios para pagar las tasas académicas correspondientes. En este sentido, y tal como indica Uprinmy: “la Constitución no consagra la gratuidad de la educación primaria, sino un subsidio condicionado a la incapacidad de pago de los hogares”. En nuestra opinión, nos parece evidente que con respecto a esta faceta de la enseñanza, la Carta Fundamental establece un estándar de protección notoriamente más bajo que el que se define en el derecho de los tratados. En este sentido, creemos que esta contradicción debe ser resuelta por la Corte, dando primacía a la norma más favorable a los intereses de los educandos. Sin embargo, y al menos hasta el momento, ello no ha ocurrido, encontrando en su lugar, solo algunos pronunciamientos dirigidos a atemperar el rigor de la fórmula constitucional. Así por ejemplo, tenemos sentencias en las cuales ha sostenido que la gratuidad solo procede con relación a ciertos grupos desfavorecidos, no en relación a toda la población (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-25 de 2004. II, párr. 7 y 8.). En otros casos, ha protegido el derecho a la educación de los menores, pero no porque estos hayan sido objeto de cobros indebidos, sino porque las sumas exigidas por los centros educativos habían sido excesivas (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-550 de 2005. III, párr. 4). En el sentido propuesto por nosotros, se pronuncian: UPRIMNY YEPES, Rodrigo, RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar. Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria. *Op. Cit.* p. 53. CASTILLO SANCHEZ, Camilo, CASTELLANO MORALES, Ethel. Defensa de la gratuidad de la educación en Colombia: algunos argumentos constitucionales y derecho internacional. *Estudios Socio Jurídicos*. 12(1): 2010. P. 398. SAFORCADA Fernanda, VASSILIADES, Alejandro. Las leyes de educación en los comienzos del siglo XXI: del neoliberalismo al postconsenso de Washington en América del Sur. *Educación Social*. 32 (115): 2011.p. 293. RAMIREZ, Gilberto Alonso. Derecho a la educación, obligaciones del Estado y construcción de ciudadanía. *Estudios en Derecho y Gobierno*. 3 (1): 2010. p. 76. NACIONES UNIDAS-TOMASEVSKI, Katarina. Informe presentado por Katarina Tomasevski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación. Misión a Colombia, 1° a 10 de octubre de 2002. 60° periodo de sesiones. E/CN.4/2004/45. 17 de febrero de 2004. párr. 10. PEREZ MURCIA, Luis Eduardo. La exigibilidad del derecho a la educación a partir del diseño y la ejecución de las políticas públicas. *Estudios socio-jurídicos*. 9: 2007. p. 144

mismas integraban el núcleo esencial del derecho en estudio⁴⁹⁰. A continuación, también recordó que cuando una persona era admitida en una institución particular, se generaban para ambas partes, a raíz del vínculo contractual que las unía, un conjunto de derechos y obligaciones, siendo los más importantes, el derecho del alumno a recibir la formación ofertada por el centro, y el derecho del establecimiento a obtener el pago de sus servicios y, en su caso, a perseguir el cobro de las mensualidades atrasadas por la vía judicial correspondiente.

En segundo lugar, con cita de su propia jurisprudencia, señaló que el derecho a la educación comportaba dos dimensiones, una propiamente académica, y otra civil o contractual. La primera, hacía referencia al deseo de obtener conocimiento y alcanzar así un ideal de perfección, mientras que la segunda, tocaba al vínculo contractual que se establecía entre las partes al momento de la matrícula. A este respecto, indicó que en estricto rigor, el estudiante menor de edad no podía ser considerado propiamente una “parte” del contrato, sino que su beneficiario, y que en esta calidad, tenía el derecho a asistir normalmente a clases, a recibir una formación aceptable, a estudiar en un ambiente adecuado en función de su dignidad y a obtener los certificados y títulos que dieran cuenta del término de sus estudios⁴⁹¹.

Finalmente, con el objeto de acoger la petición de la víctima, efectuó dos precisiones del máximo interés. La primera, consistía en recalcar que si bien los centros privados tenían derecho a exigir el pago de las mensualidades respectivas, ello no podía

⁴⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-452 de 1997. III, B.

⁴⁹¹ *Ibíd.* III, B.

hacerse recurriendo a medidas de apremio ilegítimas, tales como, impedir a los alumnos el poder acceder a dichos establecimientos. La segunda, apuntaba a la relación que existía entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación. Así, destacó que dicha libertad, debía considerarse como un medio, que en atención a su función social, realizaba y concretaba el derecho a la educación. Por tal motivo, en caso de conflicto, debía darse prioridad a la satisfacción de las necesidades de los educandos⁴⁹².

En diversos pronunciamientos, el Tribunal se ha referido a la función social que debe cumplir la libertad de enseñanza. Así por ejemplo, ha señalado que el interés lucrativo que anima a los sostenedores de los establecimientos privados, se encuentra limitado por la función social del servicio público que prestan⁴⁹³. Por otro lado, también ha sostenido que las entidades particulares, deben estar guiadas en primer término por el servicio a la comunidad⁴⁹⁴. Igualmente, ha argumentado que la libertad de crear y

⁴⁹² “se plantea el conflicto entre el derecho no exclusivamente de orden patrimonial privado del centro docente, pues por su propia naturaleza es regularmente intervenido en razón del interés público de donde proviene y por petición de principio siempre sin suficiente retribución del pago de la educación recibida, pues no se trata de una simple operación de compraventa. *Sin embargo, el interés más altamente reivindicable en todo ese concurso de esfuerzos, en tanto es el fin último y más auténtico de la educación, hace prevalecer en el tiempo de manera independiente el derecho del educando que no puede verse suspendido por el derecho del educador a recibir su natural estipendio. Aquí prevalece el derecho del educando, sin perjuicio de que exista el del educador, y con ello los medios jurídicos para hacerlo valer*” (el destacado es nuestro) CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Ibídem. III, B.

⁴⁹³ “La Constitución garantiza expresamente la libertad de gestión y de empresa de los titulares de establecimientos educativos privados, pero no en términos ilimitados. El principio del pluralismo (C.P. art. 1) - político, ideológico, cultural y religioso - tiene una concreta traducción en materia educativa y a su amparo se introduce en la Constitución un esquema de educación mixta, pública y privada. El elemento de diferenciación y libertad que surge de este principio, resulta, de otro lado, expuesto a la fuerza necesariamente expansiva que se deriva de la calificación constitucional que se da a la educación como “servicio público que tiene una función social” (C.P. art. 67), de la cual emana en favor del Estado poderes de regulación, inspección y vigilancia. En definitiva, la Constitución excluye que la libertad y la opción privada en materia educativa, puedan ser suprimidas, pero obliga a que su contenido y alcance se hagan compatibles con su carácter de servicio público y su función social que se expresan en exigencias y condiciones uniformes y mínimas que impone el Estado”. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-252 de 1995. III, párr. 3.

⁴⁹⁴ “La función social de la educación excluye, por tanto, el manejo totalmente libre y patrimonialista propia del derecho empresarial. Las entidades educativas no tienen como objeto exclusivamente la explotación económica del servicio público que prestan. *Al contrario, su autonomía interna debe reflejar la constante disposición a contribuir solidariamente con miras a la satisfacción de las necesidades intelectuales, morales y físicas de los educandos*” (el destacado es nuestro) CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-450 de 1992. Fundamentos, párr.5.

administrar centros de enseñanza, solo encuentra amparo constitucional, siempre y cuando su ejercicio no repercuta de manera negativa, injustificada e irrazonable en la función social del servicio⁴⁹⁵. En este sentido, la Corte parte de la base que libertad de enseñanza comprende la facultad para poder crear proyectos educativos distintos de los públicos, pero que al mismo tiempo, también abarca la potestad del sostenedor en orden a fijar las condiciones y el monto de la prestación⁴⁹⁶. Lo interesante está, en que aun cuando ambas dimensiones se encuentran conectadas, protegen en el fondo bienes jurídicos distintos, a saber, el pluralismo del sistema educativo en el primer caso, y el interés subjetivo del sostenedor en el segundo. Así, como la libertad de enseñanza hace parte del orden objetivo establecido por la Carta Fundamental, el legislador puede limitar su ejercicio, en aras de alcanzar los fines que el constituyente ha trazado en relación al disfrute del derecho a la educación⁴⁹⁷.

En nuestra opinión, esta tesis resulta plenamente aplicable al caso chileno. En efecto, tal como estudiaremos más adelante, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la libertad de enseñanza no es un fin en sí misma, en la medida en que está concebida para dar cauce al derecho a la educación⁴⁹⁸. Sin duda, esta doctrina permite de proteger

⁴⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-298 de 1994. Fundamentos, párr.2.

⁴⁹⁶ ATRIA, Fernando. Derechos Sociales: un nuevo paradigma de lo público. LOM, Santiago de Chile, 2014. p. 255.

⁴⁹⁷ ALAEZ CORRAL, Benito. El derecho a la educación del menor como marco delimitador de los criterios de admisión a los centros escolares sostenidos con fondos públicos. En: FUNDACION EUROPEA SOCIEDAD Y EDUCACION. Madrid, 2006 p. 100. HABERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. DYKINSON, Madrid, 2003. p. 11. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, se presenta “como un orden objetivo axiológico y como un sistema de valores que demanda aplicación en todos los ámbitos del derecho”. Esto implica que los fines y principios que orientan la Constitución, sirven como fundamento para limitar el alcance de los distintos derechos fundamentales. BOCKENFORDE, Ernst. Escritos sobre derechos fundamentales. *Op. Cit.* p. 107.

⁴⁹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2.787 de 1 de abril de 2015, considerando 42.

de mejor forma los derechos de los estudiantes, de manera que la misma va ocupar un lugar central dentro de la propuesta que vamos a desarrollar al final de nuestro trabajo.

5.- El derecho a que la educación satisfaga un cierto estándar de aceptabilidad

5.1.- La falta de personal docente y su relación con la obligación de asegurar la calidad de la enseñanza

Con el fin de abordar este problema, nos vamos a centrar en el estudio de la sentencia T-743 del año 2013⁴⁹⁹. Los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento fueron básicamente los siguientes. Un alumno presentó un reclamo en contra de la Secretaria de Educación, sobre la base que la autoridad administrativa, se había negado a nombrar a un docente que dictara la asignatura de química en la institución donde cursaba sus estudios. En su defensa, la entidad demandada alegó que de acuerdo con la normativa vigente, debía existir una cantidad mínima de alumnos por profesor, requisito que no se daba en los hechos, dada la alta deserción escolar que afectaba ha dicho establecimiento. La razón que explicaba la carencia de estudiantes, residía en que muchos de los habitantes de la zona en la cual se encontraba el colegio, se habían trasladado a otros lugares, a fin de escapar de los efectos del conflicto armado que asolaba a dicha región.

⁴⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-743 de 2013.

De acuerdo con el Tribunal, este caso debía ser analizado desde la perspectiva de la obligación que había asumido el Estado en orden a garantizar la aceptabilidad y la adaptabilidad de la educación⁵⁰⁰. En concreto, esto suponía un cambio de eje en la provisión de educación, puesto que la administración se encontraba obligada a adecuar la enseñanza a las necesidades del alumno, y a valorar su contexto social y cultural con miras a evitar la deserción escolar⁵⁰¹.

En segundo lugar, la Corte estableció que para alcanzar los fines de la educación, contemplados tanto en la normativa nacional como internacional, el Estado debía desplegar un comportamiento positivo⁵⁰². Tratándose de la adaptabilidad, dicha obligación de cumplimiento debía interpretarse a la luz del eje central en torno al cual giraba la educación, el cual consistía en garantizar la permanencia del alumno dentro del establecimiento. Para lograr esto, el Estado debía velar por la prestación eficiente y continua del servicio educativo⁵⁰³.

En tercer lugar, la Corte identificó en esta materia, la existencia de una obligación vinculada con el principio de igualdad y no discriminación. En efecto, de

⁵⁰⁰ En este sentido, para la Corte la educación es aceptable: “cuando los programas de estudio y los métodos pedagógicos son pertinentes, adecuados culturalmente, equitativos y de buena calidad. El cumplimiento de ese último requisito, el de calidad, debe evaluarse considerando los estándares mínimos que cada Estado haya establecido al respecto, según sus propias necesidades y particularidades” *Ibidem.* II, párr. 3.11.

⁵⁰¹ “Por esa razón, la satisfacción del componente de adaptabilidad se ha vinculado con la adopción de medidas que adecuen la infraestructura de las instituciones y los programas de aprendizaje a las condiciones requeridas por los estudiantes, en particular, por aquellos que hacen parte de grupos poblacionales de especial protección, como las personas con discapacidades o con capacidades intelectuales excepcionales, los niños trabajadores, los menores que están privados de su libertad, los estudiantes de grupos étnicos minoritarios, las mujeres en estado de embarazo y los alumnos que residen en zonas rurales”. *Ibidem.* II, párr. 3.4.3.

⁵⁰² Así, este deber se traducía según la ley general de educación, en asegurar: “i) la calidad de la enseñanza que se imparte, ii) el desempeño profesional de los docentes y los directivos, iii) los logros de los alumnos, iv) la eficacia de los métodos pedagógicos, de los textos y materiales empleados, v) la organización administrativa y física de las instituciones educativas y vi) la eficiencia de la prestación del servicio”. *Ibidem.* II, párr. 3.8.

⁵⁰³ *Ibidem.* II, párr. 6.18.

acuerdo con el juez constitucional, el deber de asegurar el acceso a una educación de calidad, se traducía también en la obligación de garantizar el acceso equitativo a una educación aceptable. En el mismo sentido, tratándose de la obligación de asegurar la adaptabilidad de la educación, señaló que el Estado tenía el deber de eliminar toda forma de discriminación que atentara contra la permanencia de los niños y niñas dentro de la escuela. Por último, consideró que el Estado incumplió este deber al no remover los obstáculos que le impedían a estos grupos vulnerables, poder acceder a una educación de calidad, o bien, permanecer dentro del sistema.

En cuarto lugar, procedió a determinar si estos deberes, tenían el carácter de obligaciones de efecto progresivo o de efecto inmediato. De acuerdo con la Corte, el deber de garantizar la dotación de la planta docente, constituía una obligación de especialmente importante, toda vez que se encontraba relacionada con el deber de satisfacer los niveles esenciales o mínimos del derecho a la educación. Dado que el CDESC había entendido que estas obligaciones eran de cumplimiento inmediato, se seguía que la administración debía asegurar sin dilación alguna que los centros de enseñanza contaran con profesores bien capacitados, y garantizar, junto con ello, la prestación continua y eficiente del servicio⁵⁰⁴. A una conclusión similar, llegó tratándose de la obligación de garantizar el acceso equitativo a una educación de calidad, puesto que el deber asegurar el goce de los derechos sociales sin discriminación, igualmente

⁵⁰⁴ HUERTA DIAZ, Omar. La educación como derecho social: panorama colombiano. *Nova et Vetera*, 19 (63): 2010. p. 15.

constituía una obligación de efecto inmediato, tal como lo había señalado reiteradamente el CDESC⁵⁰⁵.

Por otro lado, y para fundar su decisión, la Corte también tomó en cuenta que los alumnos afectados vivían en una zona particularmente pobre, en la que contar profesores en cantidad y calidad suficiente, resultaba determinante a efectos de poder mejorar las tasas de deserción escolar y precariedad laboral. En este sentido, estimó que los alumnos, al quedarse sin profesores, no pudieron desarrollar las competencias básicas necesarias que los capacitaran para lograr los objetivos curriculares establecidos por la autoridad educativa. De hecho, constató que las circunstancias descritas por el peticionario, afectaron a todos los alumnos del establecimiento, toda vez que el docente que había dejado el cargo vacante, igualmente dictaba una serie de asignaturas distintas a las de su especialidad, hecho que a su vez, obligó a distribuir la carga académica entre los demás profesores, a reducir las horas efectivas de clase que cada uno impartía y a fusionar cursos en algunas materias⁵⁰⁶.

Finalmente, la Corte acogió la acción de tutela presentada por el demandante, para lo cual identificó cuatro vías por medio de las cuales el Estado había afectado su derecho a la educación:

⁵⁰⁵ En el fondo, el Tribunal también entiende que el derecho a la educación no se puede analizar de manera aislada, puesto que por expreso mandato de la Carta Fundamental, el juez debe tomar en cuenta los estándares definidos tanto en los tratados, como también, en otros instrumentos de alcance universal. En relación a este punto ha sostenido: “De acuerdo a la regla hermenéutica consignada en el artículo 93 constitucional, la interpretación del derecho a la educación, concretamente del contenido normativo del artículo 67 de la Carta, deberá ser realizada “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, razón por la cual resulta imperativa la labor de consulta de los instrumentos de esta naturaleza que permitan avanzar en el esfuerzo de determinación del alcance del mencionado derecho”. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-376 de 2010. IV, párr. 8.2.1.

⁵⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-743 de 2013. II, párr. 6.17.

a) En primer lugar, el Tribunal consideró que el Estado había asumido en esta materia, algunas obligaciones concretas e inmediatas, tales como, la de asegurar la prestación continua y eficiente del servicio educacional. Por esta razón, sentenció que la falta de diligencia demostrada por la administración, en orden al nombramiento oportuno del personal docente, debía considerarse como un acto que había lesionado el derecho a la educación del peticionario⁵⁰⁷.

b) En segundo lugar, indicó que para los efectos de cumplir con el deber de garantizar la calidad del servicio educativo, el Estado debía a lo menos, asegurar la existencia de profesores y el desarrollo efectivo de los planes de estudio⁵⁰⁸

c) En tercer lugar, la Corte también argumentó que la inactividad del Estado había importado la afectación del derecho a la igualdad de oportunidades, debido a que el ente público no solo no había tomado medidas con el fin evitar la deserción escolar, sino que tampoco había entregado “una educación equivalente a la que se les impartió a los estudiantes de educación media de las demás instituciones urbanas y rurales, en las que sí se dictaron las clases de química”⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ En concreto, estimó que ello tuvo por efecto: “i) profundizar las dificultades propias de la prestación del servicio educativo en zonas apartadas de los centros urbanos, ii) propiciar la interrupción de las clases, impidiendo el adecuado cubrimiento del servicio y iii) desincentivar, de esa manera, la permanencia de los alumnos [dentro del] sistema”. *Ibíd.* II, párr. 6.11.

⁵⁰⁸ Por ello, la Corte sentenció: “la Sala encuentra que el derecho fundamental de los alumnos a recibir una educación aceptable en términos de calidad fue efectivamente vulnerado. Primero, porque el traslado de la profesora de química exigió distribuir la carga académica entre los demás profesores, reducir las horas efectivas de clase que cada uno impartía y fusionar grados en algunas materias. Pero, sobre todo, porque la renuencia a suplir la vacante que dejó la docente condujo a que los alumnos de décimo y undécimo grado dejaran de recibir sus clases de química, pese al interés que tenían por cursar dicha materia”. *Ibíd.* II, párr. 6.17.

⁵⁰⁹ *Ibíd.* II, párr. 6.24.

c) Por último, el juez constitucional se refirió al vínculo que existía entre la obligación de garantizar la calidad de la educación, y el deber de asegurar el acceso a la Universidad en igualdad de condiciones. Con respecto a esta última obligación, y con base en el art. 13 del PIDESC, señaló que si bien el Estado se había comprometido a cumplir con algunos deberes de efecto progresivo, tales como el de asegurar la gratuidad, también se había obligado a satisfacer ciertos deberes de cumplimiento inmediato, siendo un ejemplo de ellos, la necesidad prohibir el establecimiento de condiciones discriminatorias de acceso. Para la Corte, esta obligación implicaba, entre otros elementos, el deber de entregar una educación de calidad, puesto que sin ella, los alumnos no podrían competir en igualdad de condiciones por un cupo universitario.

Finalmente, una vez constatada la lesión del derecho a la educación en los términos descritos, la Corte ordenó a la Secretaria de Educación adoptar: “las medidas presupuestales y administrativas necesarias para asegurar que, previo al inicio del próximo año escolar, la Institución Educativa Santa Ana del municipio de Colombia, Huila, cuente con un docente que dicte el área de ciencias naturales – química en los dos grados de educación media”,⁵¹⁰

En principio, dado que en este ámbito la administración disfruta de un amplio margen para cumplir con sus obligaciones, se puede concluir que los tribunales no son competentes para pronunciarse acerca del deber de asegurar la calidad del proceso formativo. Sin embargo, nos parece que esta postura olvida que en el ámbito de la

⁵¹⁰ *Ibíd.* III, párr. 2.

educación, los poderes públicos han asumido una serie de obligaciones jurídicas muy concretas, las cuales no solo permiten fundar la existencia de una serie de derechos subjetivos, sino que también, facilitan la tarea consistente en determinar el contenido jurídico-objetivo del derecho a recibir una educación que satisfaga ciertos estándares básicos de aceptabilidad. En este sentido, tal como demuestra la Corte, dicha finalidad se puede llevar a cabo por medio de dos vías, a saber, vinculando la calidad de la enseñanza con el cumplimiento de otros deberes esenciales para el aseguramiento de la educación, como por ejemplo, con la obligación de contar con personal docente, o bien, argumentando que la falta de una educación de calidad, conlleva la vulneración de una o más garantías fundamentales conexas, como puede ser el caso del derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación⁵¹¹.

5.2.- Los derechos fundamentales del alumno como límite al ejercicio de la potestad disciplinaria

A propósito de este problema, nosotros nos vamos a centrar en el análisis de la sentencia T-944 del año 2000, toda vez que se trata de un fallo que en nuestra opinión, resume de forma bastante clara la doctrina que ha desarrollado la Corte acerca de la facultad que tienen los centros de enseñanza en orden a imponer sanciones a los estudiantes⁵¹².

⁵¹¹ Así las cosas, en este punto concordamos plenamente como autores como Cotino cuando señalan: “Pese a las dificultades para la determinación del contenido jurídico de su proclamación, una situación fáctica de educación de mala calidad puede suponer la lesión de los diversos contenidos del derecho a la educación”. COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional. *Op. Cit.* 219.

⁵¹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-944 de 2000.

Los hechos del caso fueron los siguientes. Un establecimiento decidió poner término el contrato educacional que había celebrado con los padres de una alumna, basado en que la menor había infringido de manera reiterada el reglamento interno del colegio, y en la circunstancia que su familia tampoco había cumplido con pagar algunas de las mensualidades estipuladas en el contrato. Para los padres, esta circunstancia importó la lesión del derecho de su hija a la educación, al libre desarrollo de su personalidad y al debido proceso, motivo por el cual recurrieron de tutela en contra del centro respectivo. A fin de resolver esta controversia, la Corte definió previamente algunos estándares básicos.

En esta línea, un primer asunto sobre el cual se pronunció, fue el relativo a los fines y propósitos que se perseguían a través de la satisfacción del derecho a la educación. Al respecto, destacó que estos se relacionaban básicamente con el libre desarrollo de la personalidad, con la efectivización de la igualdad material, y con el fomento de la cultura y el conocimiento. Para cumplir estos objetivos, el Estado debía asumir un rol activo, lo cual conllevaba la obligación de regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación, la de garantizar el adecuado cubrimiento del servicio educativo, y la de asegurar a los menores tanto el acceso como la permanencia dentro del sistema educativo⁵¹³.

En segundo lugar, la Corte estableció que el contenido esencial de una garantía fundamental, aludía al ámbito: “necesario e irreductible de conducta que el derecho

⁵¹³ *Ibidem.* B, párr. 3 a).

protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o las formas en que se manifieste. El núcleo esencial de un derecho fundamental, entonces, no está sometido a la dinámica de coyunturas políticas”⁵¹⁴. A su vez, esta garantía se traducía, en el caso del derecho en estudio, en el deber del Estado de asegurar que los alumnos tuvieran la posibilidad efectiva de acceder a la educación, y en la obligación de velar por el ejercicio del derecho a permanecer dentro del sistema de enseñanza⁵¹⁵.

En tercer lugar, se refirió a los límites que afectaban a la libertad de enseñanza. A este respecto, y reiterando algunas ideas que constituían parte de su acervo jurisprudencial, indicó que bajo ninguna circunstancia, podía estimarse como un hecho que conculcaba la libertad de los particulares para abrir y administrar centros educativos, el establecimiento de requisitos o la imposición de restricciones, que tuvieran como objeto el cumplimiento de la obligaciones que había asumido el Estado en materia educacional⁵¹⁶.

En cuarto lugar, pasó a precisar el ámbito de protección que comprendía el libre desarrollo de la personalidad, en tanto derecho reconocido y amparado por la Constitución, en el contexto específico de la enseñanza. A este respecto, y como primera cuestión, expresó de manera muy clara, que no le correspondía al Estado, ni menos a la sociedad, decidir el tipo de vida que debía llevar cada persona. De este

⁵¹⁴ Ibídem. B, párr. 3 c).

⁵¹⁵ Ibídem. B, párr. 3 c).

⁵¹⁶ En concreto sentenció: “Sin embargo, no pueden considerarse violatorias del derecho a la libertad de enseñanza, las restricciones que la ley imponga a este derecho de conformidad con los propósitos de la inspección y vigilancia y acorde con los principios señalados en la Constitución Nacional. *Es más, las reglas de los establecimientos educativos discordantes con el texto constitucional en materia de protección del derecho al aprendizaje deben desaparecer y las decisiones adoptadas con base en las referidas normas deben ser revocadas* (el destacado es nuestro)”. Ibídem. B, párr. 3 d)

principio, dedujo que la garantía en comento, abarcaba tanto la posibilidad relativa a que cada individuo pudiera definir de manera consciente y responsable su propio plan de vida, como así mismo, la obligación del resto de la sociedad, en orden a respetar sus decisiones⁵¹⁷. Por otro lado, el Tribunal introdujo una consideración de gran interés, puesto que distinguió entre conductas que pertenecían a la esfera privada, pero que no suponían ningún obstáculo para que el educando pudiera desarrollar su proceso formativo, y prácticas que, no obstante integrar dicho ámbito, constituían una barrera insalvable para que el alumno pudiese cumplir de forma adecuada con sus obligaciones. Así las cosas, la Corte estimó que solo estas últimas conductas podían dar lugar al inicio de un procedimiento disciplinario⁵¹⁸.

Finalmente, consideró que la educación no solo tenía por objeto traspasar conocimientos, sino que también, promover ciertos valores y principios, de manera que el Estado tenía la obligación de asegurar que el proceso de aprendizaje se diera en un marco de pleno respeto a los derechos y libertades de los estudiantes. Así, al momento de ponderar las garantías en conflicto, el juez debía prestar especial atención a que el

⁵¹⁷ *Ibidem.* B, párr. 3 e)

⁵¹⁸ En concreto señaló: “En todo caso, aspectos como el estado de embarazo de una estudiante, el color de su cabello, su condición sexual, o la decisión de escoger una opción de vida determinada, como puede ser vivir independiente, casarse, etc., si no son circunstancias que entorpezcan la actividad académica, ni alteran el cumplimiento de sus deberes, y además pertenecen estrictamente a su fuero íntimo sin perturbar las relaciones académicas, no pueden ser consideradas motivos válidos que ameriten la expulsión de estudiantes de un centro docente, ni la imposición de sanciones que impliquen restricción de sus derechos. *Por ende, tal como fue expresado en la sentencia T-543/95, en los cambios que conciernen a la vida privada, ninguna institución, ni pública ni particular, puede erigirse en autoridad para desestimar o desconocer las decisiones autónomas de un individuo respecto de la unión amorosa, sentimental, matrimonial o de convivencia familiar que desee establecer* (el destacado es nuestro)”. *Ibidem.* B, párr.3 e). En el ámbito relativo al derecho a la educación de las personas LGBTI, puede consultarse: PATARROYO RENGIFO, Santiago; FORERO CASTILLO, Nancy Andrea. La Corte Constitucional frente al derecho a la educación para la población LGBTI. *Vía Juris*. 12: 2012. pp. 70 y ss. Sobre el derecho a la educación en relación al ejercicio de la libertad de conciencia, véase: GARCIA JARAMILLO, Leonardo. El influjo del principio de laicidad en el constitucionalismo colombiano. *Estudios Constitucionales*, 11 (2): 2013. p. 435.

régimen disciplinario permitiese alcanzar efectivamente algunos de los fines de la educación, y que no solo estuviese pensado como un instrumento de sanción o castigo⁵¹⁹.

En quinto lugar, el Tribunal recordó que el derecho a la educación, en atención a su función social, generaba obligaciones y deberes para todos los integrantes de la comunidad educativa. En efecto, en el caso de las instituciones privadas, la relación contractual que se establecía entre ellas y las familias, no se encontraba regida solo por las disposiciones del derecho privado, sino que también, por los principios y valores establecidos en la Carta Fundamental⁵²⁰. Por su parte, los alumnos debían acatar los compromisos académicos y disciplinarios exigidos por el establecimiento. En este sentido, nada impedía que en caso de incumplimiento grave o reiterado, el colegio procediera a aplicar las sanciones que había definido para tal efecto, incluyendo si era el caso, la pérdida de la matrícula. Finalmente, los padres debían asumir el compromiso de participar activamente en la educación de sus hijos, y de pagar las tasas académicas que correspondieran, entre otras obligaciones.

⁵¹⁹ Por esta razón, concluyó: “Por ello, al ponderar este derecho, con el de las instituciones educativas a fijar un reglamento interno y un proyecto institucional, se ha insistido reiteradamente en la eficacia de los procesos educativos de formación de criterios personales en la toma de decisiones de vida, más que en los procesos unilaterales de restricción y sanción. De esto se desprende que la función educativa a cargo de los padres y de las personas a quienes corresponda el cuidado del menor, demanda una justa y razonable síntesis entre la importancia persuasiva de la sanción y el necesario respeto a la dignidad del niño, a su integridad física y moral y a su estabilidad y adecuado desarrollo psicológico”. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-944 de 2000. B, párr.3 e).

⁵²⁰ “Así, si uno de los responsables en la labor educativa es la sociedad y específicamente el colegio privado, éste no se puede desligar de esa relación colegio-padre de familia-estudiante, que es una relación mixta (contractual y estatutaria) *porque su regulación no surge solamente de los convenios que se suscriban entre la entidad educadora y los padres o tutores del educando, sino del respeto a la razón de ser de la educación como derecho fundamental, como servicio público y como actividad sujeta a las normas de orden público* (el destacado es nuestro)”. Ibídem. B, párr.3 f)

Por último, recalco que los reglamentos y manuales de convivencia que dictaran los establecimientos, vinculaban a todos los integrantes de la comunidad educativa, puesto que su fuerza normativa emanaba directamente de ley, pero que sus disposiciones, no podían contravenir de manera alguna al texto de la Constitución, la cual siempre primaba en caso de conflicto⁵²¹.

Con base en estos principios, la Corte resolvió la controversia objeto del litigio. En efecto, recordó que todo procedimiento que redundara en la imposición de sanciones, debía llevarse a cabo respetando el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción. Es más, señaló de forma bastante clara, que la efectividad de esta garantía no solo era exigible respecto de los poderes públicos, sino que también lo era en relación a los centros e instituciones privadas⁵²². Esto se traducía, en que los colegios y demás instituciones educativas, debían respetar ciertos estándares básicos, tales como: a) describir con precisión razonable las conductas que se considerarían como faltas; b) establecer la sanción que recaería sobre el alumno en caso de que este se encontrara en algunos de los supuestos de hecho descritos por la norma; y c) fijar los parámetros mínimos a los cuales se debía sujetar el establecimiento en el ejercicio de su poder disciplinario. Sin embargo, de acuerdo con la prueba rendida, la Corte constató que la

⁵²¹ “Sin embargo, tales manuales tienen por límite necesario los derechos fundamentales de los educandos y de la comunidad educativa en general. Así, “el texto del Manual de Convivencia no puede establecer reglas ni compromisos contrarios a la Constitución Política, ni imponer al alumno obligaciones desproporcionadas o contrarias a la razón, ni a la dignidad esencial de la persona humana”. En tal virtud, se reitera, dichos reglamentos no pueden regular aspectos o conductas del estudiante ajenas al centro educativo que puedan afectar su libertad, su autonomía o su intimidad o cualquier otro derecho, salvo en el evento de que la conducta externa del estudiante tenga alguna proyección o injerencia grave, que directa o indirectamente afecte la institución educativa”. *Ibidem.* B, párr. 3 f).

⁵²² “Es claro que no podría entenderse cómo esa garantía, reconocida al ser humano frente a quien juzga o evalúa su conducta, pudiera ser exigible únicamente al Estado; también los particulares, cuando se hallen en posibilidad de aplicar sanciones o castigos, están obligados por la Constitución a observar las reglas del debido proceso, y es un derecho fundamental de la persona procesada la de que, en su integridad, los fundamentos y postulados que a esa garantía corresponden le sean aplicados”. *Ibidem.* Caso concreto, a).

desvinculación de la alumna, no estuvo precedida de ningún de tipo de formalidad, que no se le dio la posibilidad de presentar sus descargos, y que tampoco, se le permitió controvertir las acusaciones efectuadas en su contra⁵²³.

Igualmente, y en lo relativo a la proporcionalidad de la medida que había tomado el establecimiento, declaró que esta había sido excesiva. Para sostener esta tesis, estableció que en materia disciplinaria, las instituciones educativas solo tenían la facultad para poder imponer sanciones que buscaran favorecer la mejor formación del estudiante y su desarrollo integral, lo cual excluía, como consecuencia necesaria, la potestad para aplicar medidas desproporcionadas o no razonables⁵²⁴. Por tanto, la Corte ordenó al colegio que reincorporara a la alumna, y que al mismo tiempo, procediera a prestarle la ayuda psicológica que fuera necesaria para que pudiera continuar con el normal desarrollo de su proceso educativo.

En nuestra opinión, la Corte parte de la base que los derechos humanos, y en particular el derecho a la educación, tienen por finalidad orientar la conducta hacia el

⁵²³ Por tanto, el juez constitucional concluyó que el colegio había lesionado el derecho que tenía la alumna al debido proceso, declarando a este respecto que: “En síntesis, no se siguió un procedimiento en el que se vieran reducidas la confianza y expectativas, fundadas en una convicción objetiva de la estudiante y sus padres, en torno a la estabilidad en el desarrollo del proceso de aprendizaje que goza de prelación constitucional sobre la facultad disciplinaria (el destacado es nuestro)”. *Ibíd.* Caso concreto, a).

⁵²⁴ A este respecto declaró: “las sanciones que se impongan al específico incumplimiento de aspectos como el señalado, relativos a la apariencia física y al corte de pelo, no pueden ocasionar la pérdida total del derecho al libre desarrollo o del derecho a la educación en el evento en que se comprometa este último, porque como dijimos, el límite al derecho y la validez de incorporarlo en el manual de convivencia tiene como fundamento la necesidad de protección al menor y la garantía de su derecho a la educación integral y a la formación de su personalidad. En ese orden de ideas, no existiría proporcionalidad en imponer sanciones que dieran como resultado perder el cupo en el colegio por razones de pelo largo o apariencia, o no poder acceder a clases dentro del plantel, *porque se desconocería con ello los fines generales de la educación y la totalidad de razones expuestas con anterioridad que justificaron el límite, desvirtuando la necesidad de formación integral del individuo y optando por el método fácil de la desvinculación académica, que lesiona abiertamente uno de los postulados educativos fundamentales consagrados en la Constitución, como es el deber del Estado de garantizar “la permanencia” de los menores “ en el sistema educativo” (Artículo 67) y el cumplimiento de los fines mismos de la educación* (el destacado es nuestro)”. *Ibíd.* Caso concreto, a).

respeto de determinados principios, tales como la dignidad, la libertad, la igualdad, o el libre desarrollo de la personalidad⁵²⁵. Así, cuando el juez constitucional protege el derecho en comento, no solo ampara un objeto normativo, al mismo tiempo, también toma partido por una determinada concepción del bien. Esto se justifica, puesto que no resulta razonable defender y promover los derechos fundamentales, y olvidar al mismo tiempo, los motivos que nos llevan a hacerlo⁵²⁶.

Por otro lado, estas razones o principios se encuentran antes que cualquier técnica de protección normativa, de modo que estas últimas solo surgen cuando ya se ha llegado al convencimiento de que tal o cual pretensión es lo suficientemente relevante como para formar parte del ordenamiento jurídico vigente. Así, los valores que fundamentan los derechos, permiten justificar la existencia de obligaciones y la remoción de los obstáculos que impidan el goce de las garantías fundamentales⁵²⁷. Desde luego, estos principios no constituyen argumentos definitivos, tampoco son los únicos motivos que se pueden esgrimir, pero sí representan una buena pauta para los efectos de determinar el derecho que debe ser.

Finalmente, nos parece oportuno recordar que el Derecho no solo tiene una pretensión de poder, por el contrario, también aspira a realizar el valor justicia. No obstante, es perfectamente posible que una decisión sea válida desde el punto de vista

⁵²⁵ En opinión de Nogueira: “Los derechos humanos representan la decisión básica del Constituyente, a través de la cual los valores rectores éticos y políticos de la sociedad alcanzan expresión jurídica” NOGUEIRA, Humberto. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. México, D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. p. 77.

⁵²⁶ ROBLES, Gregorio. Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual. Madrid, Cuadernos Civitas, 1992. p. 12.

⁵²⁷ AÑON ROIG, María José. Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 46.

jurídico, pero que no lo sea, desde el punto de vista moral⁵²⁸. En este contexto, los propósitos de la educación cumplen una tarea importante, ya que además de permitir la crítica del derecho vigente, se presentan como el medio idóneo para proponer su reforma⁵²⁹. En efecto, los problemas relacionados con la enseñanza, no se acaban con el reconocimiento de esta garantía en los tratados internacionales, o con su desarrollo normativo dentro del derecho interno, pues bien puede ocurrir, que tanto en uno como en otro caso, la defensa dispensada por el ordenamiento jurídico sea insuficiente, lo cual obligará, a una constante mejora de los estándares de protección.

Otro aspecto importante que toca la Corte, es el relativo al contenido esencial del derecho a la educación. En efecto, para parte de la doctrina, el problema de los derechos sociales, radicaría en que estos no constituirían derechos subjetivos, pues se tratarían de derechos vagos, que solo adquirirían concreción gracias a la ley, y que por ende, no serían justiciables mientras esto no ocurriese⁵³⁰. Por ejemplo para Gavara de Cara, los derechos sociales no son exigibles y autoejecutables sin más: “ya que precisan de configuración y concreción legislativa, es decir, que se regule los presupuestos y condiciones de su ejercicio, las medidas de su defensa, la garantía de su financiación,

⁵²⁸ Como bien reflexiona Hart: “lo que más se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso oficial del poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no resolvemos definitivamente la cuestión de si se le debe obediencia, y que por grande que sea el halo de majestad o de autoridad que el sistema oficial pueda poseer, sus exigencias en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral” HART, Herbert. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 259.

⁵²⁹ ESCOBAR ROCA. Guillermo. Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. *Op. Cit.* p. 481.

⁵³⁰ GUASTINI. Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: CARBONELL, Miguel (ed.), Neoconstitucionalismo(s), 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009, p. 53. En este sentido, el autor italiano habla de la existencia de un ordenamiento jurídico constitucionalizado, caracterizado por la existencia de una constitución invasora y entrometida, que condiciona tanto a la legislación, como a la jurisprudencia, a la doctrina, a los actores políticos y a las relaciones sociales. p. 186.

pero también las acciones positivas que deban emprender los poder públicos para una protección eficaz de su contenido”⁵³¹.

Sin embargo, aun cuando todas las normas sobre derechos fundamentales son por su naturaleza abiertas e imprecisas, el legislador debe respetar el denominado contenido esencial de los derechos⁵³². Este núcleo esencial, está formado por el conjunto de facultades y atribuciones que les permiten a los titulares de las garantías fundamentales su más plena realización, y que preexisten al momento legislativo dentro de los márgenes que ha establecido la propia Carta Fundamental⁵³³. Por tanto, si se tiene presente que los derechos sociales como todo derecho humano, también cuentan con un contenido indisponible sin el cual quedarían virtualmente desnaturalizados, y dado que estos derechos se insertan dentro de una Constitución que tiene fuerza vinculante para

⁵³¹ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. La dimensión objetiva de los derechos sociales. Madrid, Bosch, 2010. p. 47. En un sentido similar Peña Freire, razona sobre la base que no sería posible entender vulnerado un derecho social, en aquellas hipótesis en que no se realizara el acto que el sujeto estima necesario para la satisfacción de su interés, pues “solo la omisión de todos, absolutamente todos, los actos a través de los que el poder público ha de realizar su deber de hacer efectivo el derecho es condición suficiente para entender que existe vulneración”, para concluir que la técnica del derecho subjetivo, no es una garantía idónea para esta clase de derechos. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Madrid, Trotta, 1997. p. 159.

⁵³² La expresión “derechos de configuración legislativa”, aplicada a los derechos sociales podría sugerir dos cosas: que solo puedan ser exigibles previo desarrollo por parte del legislador o bien, que el legislador goce de un margen casi ilimitado para proceder a su desarrollo. Ninguna de ellas es completamente admisible dada la existencia de un núcleo indisponible. PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid, Trotta, 2007. p. 83 y ss. Ferrajoli, en el contexto de su crítica al neoconstitucionalismo, distingue entre principios regulativos y principios directivos. Los primeros representan expectativas específicas y determinadas de hechos (básicamente derechos civiles), mientras que los segundos constituyen expectativas específicas y determinadas de resultados (básicamente derechos sociales) lo que da lugar a un amplio margen de apreciación por parte del legislador. Sin embargo en nota a pie de página reconoce que las Constituciones más avanzadas, en materias como salud o educación, incorporan reglas que prefiguran las garantías de tales derechos, estableciendo sus formas y límites esenciales, lo que sin duda restringe al legislador, pero facilita el trabajo del juez en orden a la tutela de los mismos. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismos garantista. *Doxa*, 34:2011. pp. 37 y 46.

⁵³³ CASTILLO CORDOVA, Luis. El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 14:2010. p. 96. También: NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Revista Ius et Praxis*. 11 (2): 2005. p. 34. PIETRO SANCHIS, Luis. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Revista Derechos y Libertades*.8: 2000. Una visión crítica de la idea de contenido esencial en el sentido de constituir un concepto inasible en: BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007. p. 407.

todos los poderes, el juez estará en condiciones de tutelar sin mediación del legislador, aquellas posiciones de derecho fundamental que puedan subsumirse bajo el contenido esencial del derecho invocado, sea que este emane del sentido semántico, o bien, de una interpretación sistemática y finalista del mismo, pues de lo contrario, se subvertiría el sistema de fuentes, se minaría el lugar de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, y se reducirían las posibilidades de maximizar el goce de los derechos⁵³⁴. Es decir, en el marco de una Constitución “invasora” capaz de ser aplicada por cualquier tribunal, los derechos sociales se articulan de forma plena como derechos subjetivos, pues constituyen una posición iusfundamental basada en razones suficientemente justificadas, cuya no satisfacción, puede comprometer gravemente la integridad o la dignidad de su titular⁵³⁵. De esta forma, si bien no todo el contenido del

⁵³⁴ABRAMOVICH, V. COURTIS, C. Los derechos sociales como derechos exigibles. *Op. Cit.* p 117. GARCIA SHWARZ, Rodrigo. Derechos sociales: imprescindibilidad y garantías. *Op. Cit.* ESCOBAR ROCA. Guillermo. Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. *Op. Cit.* p. 293. LANGFORD, Malcom. La exigibilidad de los derechos sociales: de la práctica a la teoría. *En:* LANGFORD, Malcom (ed.) Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C., Siglo del Hombre Editores, 2013, p. 45. Sin embargo Ferrajoli, se muestra más cauteloso en este punto en relación a los derechos sociales. Para él, los derechos generan obligaciones hacia el legislador en orden a dotar a los mismos de garantías primarias (desarrollo legislativo) y garantías secundarias (exigibilidad judicial). Si el legislador no cumple con este mandato, estaremos en presencia de una laguna, la cual no podrá ser colmada por el juez. A pesar de lo definitiva que pueda parecer esta tesis, en realidad debemos distinguir, como el mismo Ferrajoli parece entrever, entre aquellas lagunas resolubles vía interpretación, de aquellas que requieren un acto normativo. Lo que sucede es que el Juez no podría por ejemplo, si la garantía consiste en la existencia de un servicio público y este no ha sido establecido por el legislador, disponer su implementación. En esta hipótesis se precisa de un acto normativo. Pero para la otra hipótesis, como razona Prieto Sanchís, el Juez podría salvar las lagunas de garantías primarias imputando directamente las obligaciones y prohibiciones que son reflejo de la norma de derecho fundamental, por ejemplo, ampliando los sujetos beneficiados por la norma de rango legal al aplicar el principio de no discriminación o la cláusula de Estado Social en los ordenamientos que la contemplen. FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. *Op. Cit.* pp. 187 y 193. PRIETO SANCHIS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. Madrid, Trotta, 2013, p. 80.

⁵³⁵Para Arango, los derechos sociales no serán exigibles sino hasta que una ley así lo disponga, salvo “cuando (a) la persona (y su familia) se encuentra en una situación de necesidad que amenaza en forma inminente sus derechos fundamentales (en este caso el derecho a la integridad corporal y al trabajo), (b) el legislador no ha tomado las medidas requeridas para enfrentar estas situaciones, y (c) la actuación positiva del Estado puede evitar tal situación (d) mientras que su omisión de actuar es condición suficiente para que se concrete la lesión de los derechos fundamentales del afectado. Entonces el Estado está prima facie obligado a brindar la prestación positiva a favor de la persona en dichas circunstancias.” ARANGO, Rodolfo. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. *El otro derecho.* 28:2002. p.117-118. En este sentido, conviene tener presente que para Bidart, existiría una cierta de presunción de operatividad de las normas constitucionales sobre derechos, de tal forma que solo

derecho a la educación se agota en su faz subjetiva, nos parece claro que tanto el Estado como los particulares pueden lesionar un interés subjetivo en algunas circunstancias, y provocar con ello la intervención de los tribunales en un contexto procesal tradicional, en el cual los demandantes puedan alegar lesiones determinadas y concretas⁵³⁶. En este sentido, y en el caso del derecho en estudio, la justiciabilidad puede tener lugar por ejemplo, en situaciones en que la cancelación de la matrícula se verifique a través de un procedimiento arbitrario o ilegal, en que se impida el acceso a la educación por alguno de los motivos prohibidos de discriminación, en que el ejercicio de la potestad disciplinaria lesione la dignidad del alumno, en que los titulares del derecho o sus padres no puedan elegir el centro de enseñanza, o en aquellas en las cuales el Estado no provea de educación primaria obligatoria y gratuita, entre otras⁵³⁷.

cuando existan indicios claros que son programáticas, habría que darles dicho carácter. BIDART CAMPOS, Germán. Teoría de los derechos humanos. México D.F., UNAM, 1989. p. 384.

⁵³⁶ ABRAMOVICH, V. COURTIS, C. Los derechos sociales como derechos exigibles. *Op. Cit.* p. 43. NOGUEIRA, Humberto. Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Derechos sociales fundamentales, Tomo 3. Santiago, CECOCH, 2009. p. 62. Para García et. al: “Esto no significa que el derecho a la educación sea absoluto y que, por lo tanto, el Estado tenga una obligación inmediata de llevar a cabo todas las acciones posibles que estén relacionadas con la educación de menores de edad, por ejemplo. Al referirse a los derechos económicos, sociales y culturales, la Corte Constitucional ha establecido una distinción que aquí es relevante. A juicio de la Corte, este tipo de derechos, por ser de carácter prestacional, se pueden descomponer en dos partes. Una primera, denominada “núcleo esencial” del derecho, corresponde a aquella parte que tiende a la satisfacción de las necesidades básicas de la persona, y consiste en una serie de derechos subjetivos fundamentales de aplicación directa e inmediata. En otras palabras, esta primera parte corresponde a derechos que pueden ser protegidos –en caso de acción u omisión de la autoridad– a través de la acción de tutela, y por eso mismo no son negociables en el debate democrático. La segunda parte de estos derechos se suele llamar “complementaria” y corresponde a todos los demás derechos que son definidos por los órganos políticos con base en la disponibilidad de recursos y las prioridades políticas del momento. En estos casos, la obligación del Estado para garantizarlos no es inmediata sino progresiva”. GARCIA VILLEGAS, Mauricio, ESPINOSA, José Rafael, JIMENEZ ANGEL, Felipe, PARRA HEREDIA, Juan David. Separados y desiguales. Educación y clases sociales en Colombia. Bogotá D.C, De Justicia, 2013. p. 84.

⁵³⁷ En relación al derecho a la educación, sobre todo en contextos de vulnerabilidad social, Arango expone lo siguiente “La pregunta entonces es si dichos niños tienen un derecho fundamental a exigir del Estado no sólo un cupo en una institución educativa sino además una subvención que les permita efectivamente asistir a la escuela. Las mejores razones constitucionales hablan a favor de que los jueces constitucionales obliguen a la autoridad administrativa a garantizar no sólo cupos educativos sino los recursos materiales necesarios para hacer efectivo tal derecho. Las razones en contra –p. ej. falta de presupuesto o de capacidad instalada y la responsabilidad de los padres–, no justifican el no reconocimiento de dicha posición constitucional, ya que su no reconocimiento por parte del Estado ocasiona un daño inminente a la persona, consistente en su exclusión de los beneficios del progreso y en la condena a la marginalidad social.” ARANGO, Rodolfo. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de

Finalmente, no podemos dejar de destacar que la Corte asume, si bien de manera implícita, la doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales⁵³⁸. A este respecto, el sentenciador entiende que las normas constitucionales relativas al debido proceso, igual obligan a los sostenedores de los centros privados, toda vez que, y aquí encontramos el *quid* de la cuestión, la fuente de validez de los reglamentos internos descansa en la ley, y esta a su vez, lo hace en la propia Carta Fundamental. Desde luego, las consecuencias de esta doctrina no se reducen al ámbito puramente procesal, por el contrario, supone asumir que los colegios o universidades privadas, también deben respetar los límites y principios establecidos en la Constitución. Sin embargo, y al menos en nuestra opinión, esto no implica sostener de modo alguno, que exista un deber general positivo que se pueda derivar directamente de la Carta Fundamental, que obligue a los privados a prestar el servicio educativo, sino que supone simplemente afirmar que estos deben abstenerse de desarrollar conductas que conlleven la violación del núcleo esencial del derecho en comento, evitando por ejemplo, el establecimiento de requisitos de acceso discriminatorios, o la imposición de castigos que sean contrarios a la dignidad del alumno⁵³⁹.

Sin duda, estas ideas nos van a permitir comprender mejor algunos de los problemas que presenta nuestra propia jurisprudencia, en especial, cuando nos detengamos en las cuestiones relativas al ejercicio de la potestad disciplinaria, y a las

protección judicial. *Op. Cit.* p. 116. En mismo sentido: COOMANS, Fons. Justiciability of the right to Education. *Erasmus Law Review*. 2, (4): 2009. párr. 427.

⁵³⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. *Op. Cit.* pp. 464 y ss.

⁵³⁹ ESCOBAR ROCA, Guillermo. Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. *Op. Cit.* p. 593.

dificultades que tienen nuestros jueces para determinar cómo precisión el ámbito de protección que brinda el derecho en estudio.

6.- El deber de efectuar adecuaciones curriculares y académicas como parte de la obligación del Estado de garantizar el disfrute efectivo del derecho a la educación

6.1 El derecho a la educación de las personas con discapacidad

A este respecto, nos vamos a centrar en el estudio de la sentencia de tutela T-193 del año 2013⁵⁴⁰. Básicamente, el problema se generó toda vez que el Departamento para la Prosperidad Social, no continuó entregando a la madre de la víctima, a la sazón una niña de diez años que padecía de retraso mental y microcefalia, un subsidio de nutrición, bajo el argumento que esta ayuda correspondía a los menores de siete años, y también a los niños que superaran dicha edad, pero que estuvieran matriculados en una escuela perteneciente al sistema regular de educación. Por su parte, la madre solicitó a la autoridad administrativa, aunque sin éxito, que esta tomara en consideración que su hija asistía a un centro para niños en situación de discapacidad, en el que desarrollaba algunas tareas pedagógicas de acuerdo con sus habilidades. Ante este hecho, la madre de la víctima recurrió de tutela en contra de la entidad indicada, alegando que esta había conculcado el derecho de su hija a la educación y a la protección de las personas en situación de discapacidad.

⁵⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-193 de 2013.

Frente a este alegato, la Corte reiteró algunos criterios que ya había definido con antelación. Así las cosas, señaló que la garantía en comento presentaba un carácter complejo, puesto que por un lado, generaba obligaciones para el Estado, mientras que por el otro, también establecía deberes para la familia y para la sociedad. El fundamento normativo de estas obligaciones, lo podíamos encontrar tanto en la Constitución, como en algunos instrumentos de derecho internacional, tales como el PIDESC, la CDN y el Protocolo de San Salvador. En este sentido, destacó que para precisar el contenido de estas obligaciones, el Tribunal seguía la doctrina del CDESC, lo cual implicaba apoyar la idea relativa a que el derecho a la educación comprendía a lo menos cuatro dimensiones básicas, a saber una dimensión de asequibilidad, una de accesibilidad, una de aceptabilidad y una adaptabilidad⁵⁴¹. Finalmente, puntualizó que si bien algunos de estos deberes solo podían cumplirse de forma paulatina en el tiempo, otros por el contrario, debían hacerse efectivos de manera inmediata⁵⁴².

A continuación, el sentenciador se detuvo en el problema relativo al alcance del derecho a la educación respecto de los sujetos con necesidades especiales. En este contexto, sostuvo que los niños y niñas que se encontraban en esta situación, eran titulares del mismo derecho a la educación que el resto de los menores, y que por tanto, no era constitucionalmente admisible negarles el disfrute de su derecho, ni tampoco

⁵⁴¹ *Ibíd.* II, párr. 1.1.1.

⁵⁴² “de los aspectos prestacionales del derecho a la educación se derivan algunas obligaciones que deben cumplirse de forma inmediata, las cuales tienen que ver con la garantía y respeto del debido proceso, el principio de igualdad y no discriminación, así como con las actividades tendientes a garantizar una educación primaria pública y gratuita. Las demás, constituyen entonces obligaciones de cumplimiento progresivo, lo cual “no puede entenderse como una justificación para la inactividad del Estado”, sino como un llamado al Estado para que adopte en el presente las decisiones y órdenes que permitan que en el mediano y corto plazo se logre la vigencia plena del derecho, y para que haga todos los esfuerzos presupuestales que le permitan alcanzar el cumplimiento del derecho en la mayor medida posible”. *Ibíd.* II, párr.1.1.3.

argumentar, que debido a su condición, el Estado se encontraba eximido de dar cumplimiento a algunos de los componentes esenciales de la enseñanza. Sin embargo, reconoció que las personas con discapacidad enfrentaban grandes dificultades para poder acceder al sistema educativo, causadas principalmente por el aislamiento y la segregación a las que habían sido sometidas, lo cual conllevaba la necesidad de adoptar algunos principios específicos, los cuales debían guiar la interpretación e implementación de las normas que hacían referencia a estos sujetos. En efecto, el Tribunal recordó que de acuerdo con los arts. 13 y 47 de la Carta Fundamental, el Estado debía otorgar una especial protección a las personas con discapacidad, lo cual daba lugar a dos obligaciones básicas, a saber, la de abstenerse de realizar actos discriminatorios en su contra y la de tomar medidas con el objeto de garantizar su integración social y el total disfrute de sus derechos⁵⁴³.

Por otro lado, la Corte asumió que la discapacidad no solo se encontraba relacionada con la existencia de impedimentos físicos o sensoriales, sino que también, con la presencia de obstáculos sociales y culturales, los cuales hacían más difícil que estas personas pudieran ejercer plenamente sus derechos y libertades.⁵⁴⁴

Para la Corte, este hecho importaba abandonar la idea relativa a que las personas con necesidades especiales debían ser consideradas incapaces o enfermas, y por tanto

⁵⁴³ *Ibíd.* II. párr. 1.1.6.

⁵⁴⁴ Así, admitió que: “la discapacidad es una situación que resulta principalmente de la existencia de contextos sociales intolerantes, de eventos “que dan origen a las situaciones concebidas por la sociedad como ‘discapacitantes’. Desde este punto de vista, la Convención sobre las personas con discapacidad indica que este concepto “resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. *Ibíd.* II, párr. 1.1.7.

incompetentes para vivir en sociedad, imponiéndose en su lugar, la obligación de considerarlas como sujetos titulares de una igual libertad y dignidad, y capaces para poder disfrutar de todos los derechos que reconocía la Carta Fundamental. Finalmente, el Tribunal indicó que tanto la Constitución como los tratados, tomaban partido por un modelo de enseñanza inclusivo⁵⁴⁵.

Así, la Corte concluyó que en esta materia, la regla general de interpretación estaba dada por la necesidad de garantizar que los menores con discapacidad pudieran acceder al sistema regular de educación, lo cual implicaba por parte del Estado, asumir algunas obligaciones específicas en relación a cada una de las dimensiones de la enseñanza. En este contexto, la administración debía fomentar la creación de programas de formación inclusivos, el establecimiento de escuelas especiales para los menores que lo requirieran y la existencia de equipos y docentes capacitados. Del mismo modo, se debía garantizar el respeto al principio de no discriminación y la eliminación de las barreras económicas que dificultaran el disfrute de este derecho. Por último, en el caso de la obligación de garantizar la adaptabilidad de la enseñanza, el Estado debía adecuar la infraestructura de las instituciones educativas a los requerimientos particulares de los estudiantes con discapacidad y asegurar procesos de comunicación que suprimieran las barreras para las personas con discapacidad oral o visual⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ A este respecto sentenció: “la Corte ha llegado a la conclusión de que en la implementación del derecho a la educación de los niños y niñas discapacitados, debe dársele prevalencia al modelo inclusivo. De acuerdo con éste, “la regla general es la garantía de la posibilidad de acceder al sistema educativo en aulas regulares de estudio (...). La educación especial debe entenderse como la última opción, es decir, debe operar de forma excepcional”. *Ibidem.* II, párr. 1.1.8.

⁵⁴⁶ *Ibidem.* II, párr.1.1.9.

En otro orden de ideas, estableció que los subsidios sociales constituían un bien escaso, y que por tanto, era razonable condicionar su entrega al cumplimiento de ciertos requisitos, siempre que estos persiguieran un fin constitucionalmente legítimo, y que los criterios que se establecieran para tal efecto, se definieran y aplicaran en un marco de pleno respeto a los derechos fundamentales de los beneficiarios⁵⁴⁷. En este sentido, el Tribunal recordó que ya se había pronunciado favorablemente, acerca de la constitucionalidad de la medida tomada por la administración, de restringir la entrega del subsidio familiar solo a los trabajadores cuyos hijos estuvieran matriculados en alguna institución de enseñanza, puesto que con ello se buscaba precisamente que los padres cumplieran con su deber de escolarizarlos⁵⁴⁸. Sin embargo, argumentó que no bastaba con efectuar un examen en abstracto, por el contrario, era preciso atender al modo en como los beneficios que se entregaban, afectaban en la práctica, al ejercicio del derecho a la educación, en especial, tratándose de los menores con discapacidad⁵⁴⁹.

Así las cosas, estableció que la administración debía sujetarse a ciertos estándares y parámetros básicos. En primer lugar, al momento de adjudicar los subsidios, los poderes públicos no debían conculcar los derechos al debido proceso y al mínimo vital, de los cuales eran titulares los beneficiarios, ni tampoco establecer

⁵⁴⁷ *Ibíd.* II, párr.1.2.2.

⁵⁴⁸ *Ibíd.* II, párr.1.2.3.

⁵⁴⁹ De este modo señaló: “Con todo, debe advertirse que la búsqueda de una mayor cobertura del derecho a la educación, así como la realización de otros derechos y principios constitucionales, peligran con verse limitada únicamente a la estructura formal del subsidio. De no encontrar formas de vinculación explícita entre el diseño y ejecución del subsidio y los derechos fundamentales, es posible que los subsidios condicionados a la escolarización den lugar en casos concretos a situaciones inconstitucionales o a la vulneración de los derechos fundamentales de los niños cuyo estudio se exige. Este riesgo es especialmente alto en el caso de las personas en condición de discapacidad quienes ostentan la titularidad del derecho a la educación, pero enfrentan serias limitaciones para su pleno goce”. *Ibíd.* II, párr. 1.2.4.

criterios de asignación que se basaran en algunos de los motivos prohibidos de discriminación. En segundo lugar, declaró que el legislador debía procurar que estas ayudas sociales garantizaran y protegieran efectivamente cada una de las dimensiones de la enseñanza, y que por tanto, no se transformaran en obstáculos que les impidieran a las personas con discapacidad, la posibilidad de poder disfrutar de su derecho a la educación⁵⁵⁰. A este respecto, sostuvo que de acuerdo con la Convención sobre las personas con discapacidad, no resultaba admisible condicionar la entrega de un subsidio, al hecho de que el estudiante debiera asistir a una escuela normal o especial. Para sostener esta tesis, el Tribunal alegó que: “exigir que los niños y niñas con discapacidad se vinculen en aulas especializadas según el tipo de limitación, desconoce que la regla general y la que mejor protege el derecho, es que ingresen a instituciones educativas regulares, excepto en los eventos en los que los médicos consideren que el estudiante debe acudir a un centro especializado”⁵⁵¹. Finalmente, introdujo una consideración de gran interés. En efecto, sentenció que para garantizar el derecho a la educación de las personas con discapacidad, el Estado debía incluir mecanismos que reconocieran que estos sujetos, no tenían las mismas oportunidades que el resto de la población para poder ingresar al sistema educativo. Para el Tribunal, lo anterior daba lugar a una obligación positiva, esencialmente prestacional, como forma de asegurar el cumplimiento de dicho objetivo. No obstante, se debía tener en consideración que la administración no siempre contaba con los recursos económicos necesarios para poder llevar a cabo las adecuaciones requeridas con el fin de adaptar el entorno escolar a las exigencias de los

⁵⁵⁰ *Ibidem.* II, párr. 1.2.7.

⁵⁵¹ *Ibidem.* II, párr. 1.2.7.

alumnos con discapacidad. Sin embargo, este hecho no autorizaba al Estado para exigir que el alumno se inscribiera en escuelas que tuvieran espacios adaptados a sus necesidades, o derechamente, para ordenar su matrícula en instituciones especiales, si en la zona en la cual vivía el educando dichas condiciones no se podían cumplir.

A continuación, el sentenciador procedió a aplicar estos principios al caso concreto. Así las cosas, concluyó que la autoridad administrativa violó el derecho a la educación de la menor. En efecto, constató que el centro al cual asistía la niña, no cumplía con los requisitos exigidos por la ley para poder recibir a alumnos con necesidades especiales. En este sentido, la Corte recordó que de acuerdo con la doctrina del CDESC, el Estado se encontraba obligado a garantizar que la enseñanza le permitiera al alumno la posibilidad de desarrollar plenamente sus capacidades, objetivo que en este caso no se iba poder alcanzar, en atención a la falta de medios personales y materiales que aquejaban a dicho establecimiento⁵⁵².

Finalmente, el Tribunal consideró que la administración también conculcó el derecho de la víctima a la igualdad, a la no discriminación, y al mínimo vital. En este orden de ideas, sostuvo que la estructura del programa de subsidio condujo a una desigualdad de facto, toda vez que no tomó en cuenta las dificultades que tenían las

⁵⁵² *Ibidem.* II, párr. 1.3.9. Por este motivo ordenó: “garantizar (i) el acceso de Gina Manuela Leal a todas las evaluaciones pedagógicas y médicas que conduzcan a verificar si puede estudiar en un aula regular, así como aquellas tendientes a establecer si existen razones para considerar que la niña debe acudir a un centro especializado, teniendo en cuenta que debe dársele preferencia a la asistencia a las instituciones regulares de educación; y (ii) la adecuación directa, o la gestión de la adecuación de las condiciones físicas para que Gina Manuela pueda acudir a la institución educativa que se elija. Por último, en caso de que se determine que Gina Manuela debe asistir a un centro especializado de educación, (iii) el municipio deberá garantizar el acceso de la niña a este tipo de educación, bien sea en el mismo municipio o en un lugar cercano que no le implique desprenderse de su núcleo familiar”. *Ibidem.* II, párr. 1.3.13

personas con discapacidad para poder acceder a la satisfacción de sus necesidades educativas, las cuales muchas veces, y pesar del esfuerzo de sus padres, quedaban excluidas del sistema educativo formal⁵⁵³.

En nuestra opinión, para comprender correctamente los alcances de esta sentencia, nos parece oportuno recordar que de acuerdo con el art. 93 de la Constitución: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”⁵⁵⁴. Esta referencia resulta relevante, puesto que como hemos visto, la Corte sostiene que las normas de derecho interno no se pueden leer de manera aislada, por el contrario, para garantizar la efectividad los derechos fundamentales, las normas constitucionales se deben interpretar a la luz de los parámetros que se han definido en el derecho de los tratados, unidad jurídica, que de acuerdo con el sentenciador, da lugar a la existencia de un verdadero bloque de constitucionalidad.⁵⁵⁵ Para nosotros, esta

⁵⁵³ Por ello sentenció: “Así, aunque podría sostenerse que formalmente se aplicó de forma correcta el requisito de escolarización en el caso concreto pues la accionante no está inscrita en una institución educativa, lo cierto es que la estructura del programa de subsidios desconoció de forma previa el derecho a igualdad de las personas discapacitadas a acceder a los beneficios dirigidos a superar la pobreza, por cuanto no previó medidas afirmativas que tengan en cuenta los obstáculos que deben afrontar los niños y niñas con discapacidad para ingresar al sistema educativo, los cuales son muy superiores a los que enfrentan los demás niños. En este sentido, desconoció también el derecho a la igualdad de Gina Manuela Leal quien no pudo acceder al subsidio social de Familias en Acción debido a su situación de discapacidad”. *Ibidem*. II, párr. 1.3.15

⁵⁵⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, art. 93.

⁵⁵⁵ En este sentido, creemos pertinente citar al propio Tribunal: “Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-225 de 1995. párr. 2.12. En pronunciamientos

estrategia resulta relevante, toda vez que le permite al juez constitucional incorporar al ámbito protegido por el derecho a la educación, los estándares y principios que se establecen tanto en el derecho internacional, como también en la doctrina de los distintos comités sobre derechos humanos de las Naciones Unidas⁵⁵⁶. En la práctica, esto implica que el juzgador debe: a) identificar la dimensión de la educación que resulta relevante para el caso concreto; b) determinar en relación a dicha dimensión, si el Estado ha asumido una obligación de respeto, protección o cumplimiento; c) precisar si esta obligación es de efecto progresivo o inmediato; d) acreditar el incumplimiento de dicha obligación; e) identificar las consecuencias que a partir del incumplimiento se generan

posteriores, el Tribunal ha entendido que el bloque de constitucionalidad está integrado no solo por la Constitución y los tratados internacionales, sino que también, por otro tipo de normas, tales como las leyes orgánicas y las leyes estatutarias. Es lo que denomina bloque de constitucionalidad *lato sensu*. Al respecto puede consultarse: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-191 de 1998. VI, párr. 5. Un punto importante, dice relación con el valor jurídico de las recomendaciones de los comités de derechos humanos de las Naciones Unidas. Para un sector de la doctrina, estas directrices forman parte del estándar mínimo obligatorio en materia de protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, para otros autores, solo los tratados internacionales pueden servir de base para interpretar el alcance de las normas constitucionales acerca de este tipo de garantías. En este sentido puede consultarse: NIETO-NAVIA, Rafael. El valor jurídico de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*. 18: 2011. pp. 176 y ss. OLARTE-BACARES, Diana Carolina, GONZALEZ-JACOME, Jorge. La influencia de los pronunciamientos de organismos internacionales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de derechos económicos, sociales y culturales -DESC-. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*. 12: 2008. pp. 265 y ss. Por nuestra parte, concordamos con la opinión de Pastor, cuando señala que: “entre los efectos jurídicos obligatorios y la ausencia absoluta de efectos existe una amplia gama intermedia, rica en matices, de la que no se puede desinteresar el jurista”. PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Tecnos, Madrid, 2011. p. 150. En el mismo sentido se pronuncia Escobar: ESCOBAR ROCA, Guillermo. Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. p. 564. En nuestra opinión, más allá de la discusión en torno al carácter vinculante de este tipo de instrumentos, su utilidad, tratándose de la determinación del alcance de las obligaciones que han asumido los Estados en el ámbito de los derechos sociales, resulta clara, de ahí que no veamos problema alguno en que el juez constitucional pueda recurrir ellos como método auxiliar de interpretación.

⁵⁵⁶ ORTIZ GUTIERREZ, Julio Cesar. La protección de los derechos humanos y fundamentales en la Constitución Política de 1991 y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: NOGUIERA ALCALA, Humberto, (ed.) La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Librotecnia, Santiago de Chile, 2014. p. 72. ARANGO OLAYA, Mónica. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Precedente 10: 2004. p. 91. OLANO GARCIA, Hernán. El bloque de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales*. 3 (19): 2005. p. 236. ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano. Bogotá, U. Externado de Colombia, 2015. pp. 60 y ss. CASTAÑEDA OTSU, Susana. El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los derechos consagrados en la Constitución. Disponible en línea en:

<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/342/11.pdf> [consulta: 10 de diciembre de 2015]. p. 227.

para personas concretas; y f) determinar los derechos fundamentales susceptibles de ser tutelados.

Como vamos a ver en su momento, nuestros tribunales no suelen tomar en cuenta los estándares internacionales más relevantes que se han desarrollado en materia de educación. Sin embargo, la Corte colombiana demuestra que este recurso es necesario en vista a precisar correctamente cuales son las obligaciones que los Estados han asumido en este ámbito.

7.- Conclusiones

1.- El Estado se encuentra obligado a garantizar la prestación eficiente y continua del servicio, debiendo por tanto, asegurar que las escuelas cuenten con los medios personales y materiales para que estas puedan cumplir con su función natural.

2.- Para el Tribunal, existe un estrecho vínculo entre el goce efectivo del derecho a la educación y el aseguramiento de los principios de libertad e igualdad de oportunidades. En este sentido, el juez constitucional entiende que la libertad material resulta una ficción, si no se garantizan al mismo tiempo ciertas condiciones mínimas de subsistencia.

3.- En razón de su carácter de servicio público, las instituciones educativas tienen un compromiso ineludible con las generaciones presentes y futuras, el cual se traduce en el deber de crear todas las condiciones materiales y personales para que los sujetos

puedan acceder a la educación en un contexto de pleno respeto al principio de no discriminación.

4.- Los colegios particulares deben contribuir de manera efectiva al incremento de la igualdad de oportunidades, de manera que el pluralismo educativo que surge a partir del ejercicio de la libertad de enseñanza, no puede de ningún modo estimular o favorecer la discriminación o la exclusión de los estudiantes. Por tanto, en caso de conflicto, se debe dar prioridad a la satisfacción de los derechos de los educandos, toda vez que los particulares no desarrollan una actividad puramente privada, por el contrario, su participación resulta esencial para asegurar el logro de los fines de la educación.

5.- En el mismo sentido, el Tribunal entiende que la libertad de enseñanza comprende la facultad para crear proyectos educativos distintos de los públicos. Sin embargo, en su parecer, también hace referencia a la idea de libertad de emprendimiento o contratación. Sin embargo, aun cuando ambas dimensiones se encuentran conectadas, protegen -en el fondo-, bienes jurídicos distintos, a saber, el pluralismo del sistema educativo, en el primer caso, y, el interés subjetivo del sostenedor, en el segundo. Por ello, como la libertad de enseñanza hace parte del orden objetivo establecido por la Carta Fundamental, el legislador debe limitar su ejercicio en aras de asegurar el disfrute del derecho a la educación.

6.- La Constitución no asegura al alumno la posibilidad de acceder al sistema universitario en todo tiempo y lugar, sino que solo el derecho a poder hacerlo una vez que el aspirante haya cumplido con los requisitos de admisión establecidos por la

respectiva institución. Esto supone, de acuerdo con la Corte, que el Estado no se encuentra obligado a asegurar la existencia de un determinado número de cupos, sino que únicamente, a garantizar que estos se distribuyan tomando en cuenta tanto el mérito de cada postulante, como también, el respeto al principio igualdad de oportunidades.

7.- La Corte asume, si bien de manera implícita, la doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales. Esto implica que los privados no pueden establecer requisitos de acceso discriminatorios, o imponer castigos que sean contrarios a la dignidad del alumno.

8.- Los reglamentos y manuales de convivencia que dicten los establecimientos, vinculan a todos los integrantes de la comunidad educativa, puesto que su fuerza normativa emanaba directamente de ley, pero sus disposiciones no pueden contravenir el texto de la Constitución, la cual siempre prima en caso de conflicto

9.- El núcleo esencial del derecho a la educación, comprende dos obligaciones básicas, a saber, el deber del Estado de asegurar que los alumnos tengan la posibilidad efectiva de acceder a la educación, y la obligación de velar por el ejercicio del derecho a permanecer dentro del sistema de enseñanza.

10.- En el caso del derecho a la educación de los menores con discapacidad, el Estado debe fomentar la creación de programas de formación inclusivos, el establecimiento de escuelas especiales para los niños que lo requieran y la existencia de equipos y docentes capacitados.

SECCION III

LA TUTELA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES CHILENOS

1.- Introducción

En nuestro país, el derecho a la educación está regulado en el art. 19 n° 10 de la Constitución de 1980, cuyo texto actual es el siguiente:

“La Constitución asegura a todas las personas (...) El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia, para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a éste y sus niveles superiores. El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito para el ingreso a la educación básica.

La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”⁵⁵⁷.

A grandes rasgos, esta disposición define los propósitos de la educación (19 n° 10 inc. 1°), dispone el deber del Estado de promover la educación parvularia (19 n° 10 inc. 3°), establece la obligación de los poderes públicos de financiar un sistema gratuito de enseñanza (19 n° 10 inc. 4°), prescribe el deber de la administración de fomentar la educación en todos los niveles (19 n° 10 inc. 5°), e impone a los particulares la obligación de contribuir al perfeccionamiento y al desarrollo de la educación (19 n° inc. 6°).

⁵⁵⁷ CONSTITUCION POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 1980. Art. 19 N° 10.

Por otro lado, en su art. 19 n° 11, la Carta Fundamental reconoce la libertad de enseñanza (19 n° 11 inc. 1° y 4°), y dispone al mismo tiempo que solo una ley de quórum calificado podrá establecer los requisitos mínimos para que los establecimientos educacionales puedan aspirar el reconocimiento oficial (19 n° 11 inc. 5°)⁵⁵⁸. En concreto, dicha norma dispone que:

“La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia política partidista alguna.

⁵⁵⁸ De acuerdo con estas normas, el constituyente reserva al Estado un rol subsidiario en educación, al entregar a la sociedad civil la tarea relativa a la concreción del bien común, interviniendo el ente público, solo cuando las familias no puedan solventar por sus propios medios la educación de sus hijos. En este sentido, no es casual que las autoridades militares transfirieran los colegios que dependían del MINEDUC a los municipios, medida que buscaba precisamente reducir el aparato estatal y racionalizar el uso de los recursos públicos. Del mismo modo, tampoco es un accidente, el hecho que la administración introdujera el sistema de vouchers, el cual consistía en entregar a los centros de enseñanza una subvención por cada estudiante que asistiera a clases, de tal forma que como los recursos no estaban asegurados, los establecimientos debían competir entre ellos para poder atraer a los alumnos y a sus familias. Finalmente, en armonía con este sistema, durante los gobiernos de la Concertación, el legislador permitió que los colegios que recibieran fondos públicos, efectuaran cobros a los padres por concepto de copago, suma que tenía por objeto permitir a las familias poder contribuir a mejorar la educación de sus hijos. En este sentido, véase: INSUNZA, Jorge. La construcción del derecho a la educación y la institucionalidad educativa en Chile. Antecedentes para una polémica de 200 años. [en línea] <http://www.opech.cl/Libros/doc2.pdf> [consulta: 21 de mayo 2012] p. 73. PICAZO VERDEJO, María Inés. Las políticas escolares de la concertación durante la transición democrática. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013. pp. 96 y ss. FERNANDEZ, Miguel. La libertad de enseñanza ante el Tribunal Constitucional. Santiago, RIL Editores, 2006. pp. 91. BRUNNER, Joaquín et al. Calidad de la educación. Claves para el debate. Santiago de Chile, RIL Editores, 2006. pp. 145 y ss. ROMERO, Alfredo, ZARATE, Miguel. Introducción Al Derecho Educacional Chileno. Santiago, Legal Publishing, 2013. p. 72 y ss. OLIVA, María Angélica. Política educativa y profundización de la desigualdad en Chile. *Estudios Pedagógicos*. XXXIV (2): 2008. p. 214

Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.

Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel”⁵⁵⁹.

Ahora bien, desde el punto de vista de su protección, la Carta Fundamental no establece ningún mecanismo para poder garantizar judicialmente el derecho a la educación. Sin duda, esto se debe en primer lugar, a que el constituyente parte de la base que los derechos sociales son garantías que requieren de importantes recursos económicos para su satisfacción, y que por tanto, su materialización depende de la situación financiera de cada Estado. Por otro lado, tal como argumentan autores como Martínez, estos derechos constituyen ante todo principios programáticos, y no derechos subjetivos, lo cual implica que estos solo obligan al Estado, pero no habilitan a los particulares para demandar su cumplimiento⁵⁶⁰. Finalmente, parece claro que para el constituyente, el contenido de estos derecho los fija el legislador en función de los recursos disponibles, de ahí que no tengan un contenido cierto y determinado, aspecto en

⁵⁵⁹ CONSTITUCION POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 1980. Art. 19 N° 11.

⁵⁶⁰ MARTINZ ESTAY, José Martínez. Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena. Estudios Constitucionales. 8(2): 2010. p. 136.

el cual se diferencian de los derechos liberales clásicos⁵⁶¹. En efecto, Jaime Guzmán, quien fue uno de los principales redactores del actual texto Constitucional, siempre sostuvo que existían dos tipos de derechos fundamentales:

“primero, aquellos respecto de los cuales el ejercicio de ese derecho puede ser llevado a cabo por el titular al que se le asigna, siempre y cuando nadie lo entorpezca en una acción ilícita, y que, por lo tanto, los recursos que se consagren para garantizar ese ejercicio son elementos suficientes para garantizarlos en la práctica; y segundo, los nacidos como fruto de la incorporación de los aspectos económicos-sociales al orden constitucional, que están vinculados a la capacidad económica del Estado y a la realidad del ordenamiento o de las manifestaciones de la vida económica y social, en cada instante histórico determinado”⁵⁶²,

concluyendo un poco más adelante, que los derechos sociales, deben ser considerados aspiraciones sociales y no verdaderos derechos constitucionales⁵⁶³. En el mismo sentido, Evans de La Cuadra afirmó, aun con mayor claridad, que los derechos individuales clásicos, debían ser amparados por un recurso que otorgara: “protección inmediata, rápida y expedita para restablecer el imperio del derecho conculcado”⁵⁶⁴, pero que, en cambio: “no puede prosperar amparo respecto de aquellos cuya infracción se

⁵⁶¹ *Ibíd.* p. 133. SUAREZ, Christian. Los derechos económicos y sociales en la Constitución Chilena y los límites de la jurisprudencia. *En*: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (ed.) *Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Doctrina y Jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú*. Santiago, Librotecnia, 2010. pp. 99 y ss.

⁵⁶² EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los derechos Constitucionales*, Tomo III. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004. pp. 32 -33.

⁵⁶³ *Ibíd.* p. 34.

⁵⁶⁴ *Ibíd.* pp. 38- 39.

expresa en el incumplimiento de una prestación que la Carta Fundamental obliga al Estado o a terceros”⁵⁶⁵.

Ahora bien, nosotros creemos que a la luz de la experiencia comparada, esta tesis no se sostiene. En efecto, nos parece evidente que no basta con la existencia de escuelas, que estas sean accesibles, que la educación sea aceptable y que la misma se adapte a las necesidades de los alumnos, si al mismo tiempo, el educando no cuenta con los remedios procesales que le permitan acudir ante un tercero imparcial en caso que un sujeto público o privado, le impida o le obstaculice el ejercicio de su derecho a la educación⁵⁶⁶. En este sentido, debemos tener presente que para el CDESC, el derecho a un recurso idóneo y efectivo, se funda de manera implícita en la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas para la efectiva realización de los derechos sociales, concluyendo que:

⁵⁶⁵ *Ibidem*. p. 39.

⁵⁶⁶ La justiciabilidad hace parte de un concepto más amplio, como es el de garantía. En efecto, la exigibilidad se vincula esencialmente con la existencia de garantías judiciales, pero estas tienen un sentido más amplio, pues dentro de ellas encontramos las garantías administrativas y políticas, el principio de reserva legal, la garantía del contenido esencial, entre otras. Lo que tienen en común, es que por medio de ellas, se aseguran o protegen los derechos fundamentales de acuerdo al diseño y finalidad de cada una. Un desarrollo detallado de los diferentes tipos de garantías: NOGUEIRA, Humberto. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Derechos sociales fundamentales*, Tomo 3. Santiago, CECOCH, 2009. pp. 33 y ss. ESCOBAR ROCA, Guillermo. *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. *Op. Cit.* pp. 649 y ss. Las garantías son algo distinto de los derechos que tutelan, de ahí que al menos en teoría, estas no hacen parte su concepto, con lo que podría darse la situación de un derecho consagrado constitucionalmente, pero carente de cualquier tipo de garantía, y no obstante, seguir ostentando el título de derecho. Para autores como Guastini, dicha idea es un error, pues un derecho que no se encuentra garantizado, en modo alguno podría considerarse que existe, es decir, que es un derecho. GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona, Gedisa, 1999. p. 191. Nosotros seguimos a Ferrajoli, para quien la no existencia de garantías, habla más bien de la presencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, las cuales han de ser colmadas por los mecanismos correspondientes, antes que de derechos inexistentes. FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. *Op. Cit.* pp. 45 y ss. Lo importante para nosotros, reside en que si bien no es necesario conceptualmente que un derecho subjetivo sea exigible para ser tal, si es preciso que lo sea en algún grado, para que podamos decir que sus titulares gozan de forma plena de tal o cual derecho. En un sentido diverso, se pronuncia González Tuga: GONZÁLEZ TUGA, Juan Andrés. ¿Es el derecho a la educación un derecho justiciable?. *Derecho Público Iberoamericano. Universidad del Desarrollo*. Año III (6): 2015. p. 100.

“La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”⁵⁶⁷.

Sin embargo, a pesar de esta restricción, los tribunales han intentado garantizar el derecho a la educación, al menos en algunas de sus dimensiones, por medio de lo que la doctrina denomina protección indirecta o por conexión⁵⁶⁸. En este sentido, y al igual que en la jurisprudencia comparada, los jueces han aprovechado la tutela que otorgan otras garantías fundamentales, tales como el derecho a la integridad física y psíquica, a la

⁵⁶⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 9. Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales. U.N. Doc. E/1998/22, 1997. párr. 10. NACIONES UNIDAS-TOMASEVSKI, Katarina. Informe presentado por Katarina Tomasevski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación. 60º periodo de sesiones. E/CN.4/2004/45. 25 de enero de 2004. párr. 45. NACIONES UNIDAS-SINGH, Kishore. Report of the Special Rapporteur on the right to education, Kishore Singh Justiciability of the right to Education. Twenty-third sesión. 10 May 2013. párr. 28. SOLEDAD CISTERNAS, María. Derecho a la Educación: Marco Jurídico y Justiciabilidad. Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva. 4 (2): 2010. p. 51. En relación al derecho a la educación, sobre todo en contextos de vulnerabilidad social, Arango expone lo siguiente “La pregunta entonces es si dichos niños tienen un derecho fundamental a exigir del Estado no sólo un cupo en una institución educativa sino además una subvención que les permita efectivamente asistir a la escuela. Las mejores razones constitucionales hablan a favor de que los jueces constitucionales obliguen a la autoridad administrativa a garantizar no sólo cupos educativos sino los recursos materiales necesarios para hacer efectivo tal derecho. Las razones en contra –p. ej. falta de presupuesto o de capacidad instalada y la responsabilidad de los padres–, no justifican el no reconocimiento de dicha posición constitucional, ya que su no reconocimiento por parte del Estado ocasiona un daño inminente a la persona, consistente en su exclusión de los beneficios del progreso y en la condena a la marginalidad social.” ARANGO, Rodolfo. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. *Op. Cit.* p. 116. En mismo sentido: COOMANS, Fons. Justiciability of the right to Education. *Op. Cit.* párr. 427.

⁵⁶⁸ NOGUEIRA, Humberto. Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Derechos sociales fundamentales, Tomo 3, p. 340. RUIZ-TAGLE, Pablo, CORREA SUTIL, Sofía. El derecho a una educación de calidad. Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile. Santiago, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2007. p. 178. CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional chileno, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012. p. 354.

igualdad ante la ley, al debido proceso, al respeto y protección de la familia y la vida privada, a la libertad de escoger el establecimiento de enseñanza y a la protección de la propiedad, entre otros⁵⁶⁹.

Por otro lado, de acuerdo con el CDESC, las acciones de rango constitucional no agotan los mecanismos para garantizar la efectividad de los derechos sociales, puesto que también constituyen medios efectivos, entre otros, los recursos legales, administrativos o de otro carácter que para este fin establezca el Estado. A este respecto, debemos destacar en primer lugar, el procedimiento que establece la ley N° 20.529 sobre Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización. Este cuerpo reconoce que es deber del Estado asegurar una educación de calidad (art.1), para lo cual crea un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media. En este sentido, la ley dispone que las víctimas pueden presentar una denuncia ante la Superintendencia de Educación en contra de los establecimientos de enseñanza que no respeten algunas de las obligaciones que establece la Ley General de Educación (LGE), instituciones que, de comprobarse los hechos, se exponen a sufrir una serie de sanciones, tales como multas, privación de la subvención o revocación de la calidad de sostenedor (art. 73). En segundo lugar, de acuerdo con la ley N° 20.609, las personas que sean

⁵⁶⁹ LOVERA PARMO, Domingo, Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía. *Justicia y Derechos del Niño*. 11:2009. p. 46. 38. COUSO, Jaime. Moda, libertad de expresión y derechos del niño en la Educación en Chile. *Justicia y Derechos del Niño*. 1:2002. p. 309. GARCÍA, José Francisco, BRUNET BRUCE, Marcelo. Libertad de enseñanza, jurisprudencia de protección y justicia constitucional. [en línea] http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/sentencias/20063.pdf [consulta: 7 de octubre 2012]. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual "Situación de los derechos humanos en Chile 2011". [en línea] <http://www.indh.cl/informe-anual-2011-de-derechos-humanos-en-chile> 2011. [consulta: 12 junio 2012]. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile. Libertad de expresión. 2008.

víctimas de un acto discriminatorio, pueden interponer una demanda ante el juez de letras de su domicilio, para que este ordene dejar sin efecto dicho acto, y adopte todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho (art. 12). Como veremos, en el ámbito de la enseñanza, esta acción ha demostrado ser un medio muy efectivo para garantizar el derecho del alumno a no ser excluido del acceso a la escuela por alguno de los motivos prohibidos de discriminación.

Finalmente, también debemos destacar la jurisprudencia que ha desarrollado el Tribunal Constitucional en materia de educación, lo cual, en nuestra opinión, constituye otra forma de garantizar el derecho en comento⁵⁷⁰.

Así las cosas, para estudiar este corpus jurisprudencial, vamos a distinguir a continuación tres tipos de casos, según si estos están relacionados con el acceso a la enseñanza, con el derecho a recibir una educación aceptable, o con la obligación que tiene el Estado de adaptar la educación a las necesidades de los alumnos.

⁵⁷⁰ Para un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de educación, véase: JORDÁN, Tomás. Derechos educacionales en Chile. En: AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo (Ed.). Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno. Santiago, Librotecnia, 2012. pp. 449 y ss.

CAPITULO V

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL CONTEXTO DEL ACCESO A LA ENSEÑANZA

1.- Objetivos

El propósito de este capítulo reside en identificar y analizar críticamente los principales criterios y estándares que ha desarrollado la jurisprudencia chilena en relación al acceso a la educación.

2.- El acceso a la educación en relación con los criterios de selección que establecen los centros privados

Para abordar este problema, estudiaremos en primer término las sentencias que han adherido a la tesis que afirma que los problemas relativos al acceso a la educación, se deben analizar desde una perspectiva puramente contractual. A continuación, nos centraremos en los fallos que han sostenido que el legislador puede restringir la libertad de enseñanza como una forma de asegurar el acceso a las instituciones educativas. Finalmente, analizaremos la manera en como los tribunales han garantizado el acceso a la enseñanza, en el contexto de la aplicación de la ley que establece medidas contra la discriminación.

El año 1997, la alumna Mónica Carabantes cursaba su segundo año de educación media, sin embargo, no pudo finalizar su proceso formativo en el establecimiento en el cual se encontraba matriculada, toda vez que las autoridades del establecimiento, al tomar noticia de que estaba embarazada, decidieron comunicar a sus padres que no le renovarían la matrícula para el año lectivo siguiente. Ante esta situación, la víctima presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de la Serena, alegando que la medida en cuestión, importaba una violación de su derecho a la igualdad ante la ley y del derecho de sus padres a elegir el establecimiento educacional para sus hijos. Sin embargo, el Tribunal de Alzada decidió no acoger el recurso. En efecto, constató que de acuerdo con el reglamento interno del establecimiento, el embarazo constituía una causal que autorizaba al sostenedor para poner término al contrato de matrícula. Por otro lado, estimó que al momento de contratar, los padres habían informados acerca del proyecto educativo del centro de enseñanza, de manera que resultaba poco razonable alegar la no aplicación de una sanción, que ellos mismos habían consentido en aceptar. De este modo, la Corte negó que la medida en cuestión hubiese afectado alguna garantía, debido a que el reglamento se aplicaba a todos los estudiantes, y a que el derecho de los padres no tenía un carácter absoluto, toda vez que sobre estos recaía el deber de respetar las condiciones de acceso que establecía el sostenedor⁵⁷¹. A este respecto sentenció:

“no pueden entenderse transgredidas las garantías constitucionales relativas a la igualdad ante la ley y a la de elegir los padres el establecimiento de sus hijos, puesto que, respecto de aquella corresponde al establecimiento

⁵⁷¹ CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, Rol N° 21.633, 24 de diciembre de 1997.

educacional regular un régimen interno aplicable en un ámbito de igualdad para todos sus educandos, que es conocido y aceptado por los apoderados de antemano y respecto de esta, porque el derecho de los padres a elegir el establecimiento para la educación de sus hijos no se opone a que el centro educacional de que se trate procure sus propias normas internas y defina su proyecto educativo, los cuales pasan a ser obligatorios para quienes opten por ingresar al mismo”⁵⁷².

Ahora bien, una vez agotados los recursos de derecho interno, la alumna presentó una petición ante la CIDH, bajo el argumento que el Estado chileno había lesionado, por un lado, su derecho a la protección de la honra y la dignidad, y por el otro, su derecho a la igualdad ante la ley. Así las cosas, luego de varios años de tramitación, las partes arribaron a una solución amistosa, la cual contempló dos tipos de medidas de reparación. Por un lado, el Estado de Chile se obligó a conceder a la alumna una beca con el objeto de financiar sus estudios superiores, pero también, se comprometió a llevar a cabo un acto público de desagravio, en el cual se reconociera:

“que los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas a

⁵⁷² CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, Rol N° 21.633, 24 de diciembre de 1997. En el mismo sentido: CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT. Rol N° 10-2008, de 31 de enero de 2008, considerando 9°. CORTE SUPREMA. Rol N° 3354-2006, de 25 de septiembre de 2006, considerandos 4° y 5°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 1264-2008, 24 de junio de 2008, considerando 5°. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION. Rol N° 26-2010, de 8 de julio de 2010, considerandos 11°, 12° y 13°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 602-2008, de 10 de julio de 2008, considerandos 11° y 12°. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 4517-2011, de 9 de mayo de 2011, considerandos 2° y 3°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 8372-2005, 3 de febrero de 2006, considerando 3°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 1785-2016, de 10 de junio de 2016, considerandos 1°, 2° y 3°.

la vida privada y a la igual protección de ley de la peticionaria fueron violados al no renovarse su matrícula y al ser obligada a abandonar el establecimiento educacional “Colegio Andrés Bello” de Coquimbo, colegio particular subvencionado de financiamiento compartido, en que cursaba su enseñanza, por el único hecho de encontrarse embarazada”⁵⁷³.

Igualmente, el Estado se obligó a difundir el texto de la ley 19.688, normativa que modificó la antigua Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE), al disponer que ni el embarazo ni la maternidad constituirían impedimentos para poder ingresar y permanecer dentro del sistema educacional chileno⁵⁷⁴.

En nuestra opinión, el interés de esta sentencia radica en que da cuenta de la forma en como parte de la jurisprudencia ha entendido la relación que existe entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza⁵⁷⁵. Así, y para analizar ese punto distinguiremos dos tesis. A la primera, la llamaremos tesis del contrato, a la segunda, tesis del derecho a la educación como derecho social. Para la primera, la libertad de enseñanza equivale a libertad para contratar. Esto implica que el sostenedor goza de un amplio margen de acción para poder configurar su proyecto educativo y definir los requisitos y condiciones de acceso. Del mismo modo, supone que los padres y estudiantes, no tienen más alternativa que aceptar o rechazar las condiciones que

⁵⁷³ COMISION INTERMAERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 33/02 Solución Amistosa, petición 12.046 Mónica Carabantes Galleguillos, Chile 12 de marzo de 2002 [en línea] <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Chile12046.htm> [consulta: 12 junio 2012].

⁵⁷⁴ Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza N° 18.962. Art. 2°: “El embarazo y la maternidad, no constituirán impedimento para ingresar y permanecer en los establecimientos de educación de cualquier nivel. Estos últimos deberán, además, otorgar las facilidades académicas del caso”.

⁵⁷⁵ En este sentido véase: CORTE SUPREMA. Rol N° 3.044-2008, 6 de agosto de 2008.

imponga el establecimiento, al cual han decidido libremente postular. El fundamento de esta doctrina es doble. Por un lado, la libertad de enseñanza hace parte del concepto más amplio de libertad económica o de empresa, reconocido y garantizado en el art. 19 n° 21 de la actual Constitución. En este sentido, García y Brunet sostienen que:

“Creemos apreciar que se cimenta este numeral en uno de los pilares de la libertad social que pretende garantizar el Constituyente, que es el Derecho a desarrollar cualquier actividad económica sin otra limitación que aquellas que establece la Carta. La libertad de emprender proyectos educativos contenida en este artículo 19° N° 11 pero también en el 19° N° 21 mira a la actividad de enseñanza como una forma de ejercicio de la capacidad emprendedora del individuo, entendida como un conjunto de recursos humanos y materiales aplicados al desarrollo de una actividad lucrativa y que no está exenta de riesgos”⁵⁷⁶.

En este mismo sentido, la libertad de enseñanza también hunde sus raíces en la garantía general de libertad que inspira a nuestra Carta Fundamental, lo que supone concebirla, en palabras de Correa, como: “un derecho de los particulares frente al Estado. En otras palabras, la libertad de enseñanza es la constitución jurídica del interés de los particulares en enseñar lo que quieran y como quieran, sin que el Estado pueda

⁵⁷⁶ GARCÍA, José Francisco, BRUNET BRUCE, Marcelo. Libertad de enseñanza, jurisprudencia de protección y justicia constitucional. *Op. Cit.* p. 55. COVARRUBIAS, Ignacio. Vigencia de la Libertad de Enseñanza. Corriente de Opinión (Fundación Chile Unido), p. 124. VIVANCO MARTINEZ, Ángela. Derecho a la educación y libertad de enseñanza: un aparente conflicto y sus efectos sobre una proposición normativa en Chile. Temas de la Agenda Pública. 8(2): 2007. pp. 9-11.

legítimamente impedirlo”⁵⁷⁷. De esto se deriva que quien presta el servicio educacional, es libre para decidir con quién contratar y bajo qué condiciones hacerlo, tal como sucede con cualquier particular que decida desarrollar alguna actividad económica. En el ámbito del acceso a la educación, esta doctrina obliga a afirmar que el sostenedor puede establecer de forma unilateral las condiciones y requisitos de admisión, seleccionar alumnos, y descartar a aquellos estudiantes que no cumplan con tales exigencias⁵⁷⁸. Del mismo modo, conlleva la prohibición de imponer límites al ejercicio de la libertad enseñanza, que sean distintos a los que para estos efectos señala la Constitución, a saber, la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional, así como, el deber de no subordinar su ejercicio al respeto de otras garantías fundamentales, tales como el derecho a la educación.

En nuestro parecer sin embargo, tal como razona la Corte colombiana, existen buenas razones para rechazar este enfoque. En efecto, de acuerdo con Dworkin, los derechos fundamentales deben ser vistos como cartas de triunfo, es decir, como una pretensión que tienen los individuos frente al Estado, de que este respete su ejercicio, a pesar de las consecuencias que de ello se siga para el bienestar de la mayoría⁵⁷⁹. Como vemos, para la tesis del contrato, la libertad de enseñanza constituye justamente una verdadera carta de triunfo, en tanto es capaz de derrotar cualquier argumento que la ponga en cuestión, en especial, en aquellos casos en los que entra en conflicto con otros

⁵⁷⁷ CORREA, RODRIGO. Derechos Constitucionales. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*. 2004.

⁵⁷⁸ SALGADO MUÑOZ, Constanza El derecho a la educación. *En*: BASSA MERCADO, Jaime, FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, VIERA ALVAREZ, Christian. *La Constitución chilena*. Santiago de Chile, LOM, 2015. p. 87.

⁵⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Planeta, 2012. p. 37.

bienes jurídicos de igual o mayor relevancia. Sin embargo, esta postura olvida que las libertades que se reconocen en el ámbito de la enseñanza, no solo tienen por objeto satisfacer los intereses particulares de sus titulares, puesto que, tal como lo hemos visto en capítulos anteriores, estas resultan esenciales para garantizar que el alumno pueda desarrollar efectivamente su proceso formativo. En este sentido, concordamos con Peña cuando señala:

“el derecho a la educación supone, cuando se atiende a su origen histórico y a sus funciones sociales, una cierta idea del bien de la colectividad como un todo, lo que impide que la libertad de enseñanza pueda ser concebida al modo de una carta de triunfo que puede derrotar cualquier razonamiento agregativo. Si se le concibiera de esa forma, ello supondría cancelar la idea misma de educación. Y es que ella, por su misma índole, es una cuestión pública que supone relaciones de reciprocidad y trato con otros, un bien de relación”⁵⁸⁰.

Ahora bien, y al menos en nuestra opinión, la libertad de enseñanza entendida como pura libertad para contratar, no tiene asidero en nuestra legislación. En efecto, la Constitución reconoce a los padres la libertad de elegir el establecimiento de enseñanza para sus hijos. Sin embargo, como una forma de garantizar el derecho a la educación, la Carta Fundamental impone a la administración la obligación de otorgar una especial

⁵⁸⁰ PEÑA, Carlos. Derecho a la Educación y Libertad de Enseñanza. Estudios Públicos. 143: 2016. p.25.

protección al ejercicio de esta libertad, deber que no tiene, en el caso de la libertad de enseñanza. Así, tal como razona Atria:

“ni la libertad de enseñanza del inciso 1° del n° 11 ni la libertad de elegir del inciso 3° del n° 11 incluyen la libertad de establecer (en el primer caso) o de elegir (en el segundo) una forma educativa que requiera la existencia de requisitos de elegibilidad que hagan al establecimiento o a la forma educacional no elegible por padres que crean que ese establecimiento ofrece la mejor educacional disponible para sus hijos”⁵⁸¹.

En otras palabras, la libertad de enseñanza no ampara el establecimiento de requisitos de acceso que tengan por objeto o por efecto excluir a los estudiantes, conclusión que se ve reforzada además, por el hecho que es la propia Constitución la que dispone que esta garantía tiene como límite, entre otros, el orden público, de modo que no resulta aceptable, por ser contrario a este, que existan centros de enseñanza que amparen este tipo de situaciones⁵⁸².

Ahora bien, la segunda tesis a la que hemos hecho referencia en este apartado, es la que entiende al derecho a la educación precisamente como un derecho social. En este

⁵⁸¹ ATRIA, Fernando. Mercado y ciudadanía en la educación. Santiago, Flandes Indiano, 2007. p. 63.

⁵⁸² ATRIA, Fernando. Mercado y ciudadanía en la educación. *Op. Cit.* p. 63. SALGADO MUÑOZ, Constanza El derecho a la educación. *Op. Cit.* p. 87. A este respecto, la Corte de Apelaciones de Talca ha sostenido con bastante acierto que: “Que la alegación de la recurrida de que el contrato de prestación de servicios es anual y puede dejarse sin efecto unilateralmente por cualquiera de las partes no se condice con el Régimen establecido por la Constitución Política del Estado y la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, que establecen y protegen la libertad de los padres para escoger el establecimiento educacional de sus hijos y que señalan que la educación es un proceso permanente, **que en consecuencia no puede ser obstaculizado sin justificación constitucional o legal por un establecimiento educacional, aún de carácter privado, invocando el sólo principio de autonomía de la voluntad**”. CORTE DE APELACIONES DE TALCA. Rol N° 205-2006, de 11 de mayo de 2006, considerado 18°.

sentido, para abordar su estudio, nos centraremos en los estándares que en materia de acceso a la enseñanza ha definido el Tribunal Constitucional. A este respecto, resultan de especial relevancia, las sentencias de control de constitucionalidad N° 410-04 y N° 2787-15⁵⁸³.

En efecto, la primera resolución se dictó a propósito de un requerimiento que presentaron un grupo de parlamentarios, en relación a ciertos artículos de la ley que modificaba el régimen de jornada escolar completa. En concreto, esta norma disponía que para poder impetrar el beneficio de la subvención, los establecimientos de enseñanza debían contar con al menos un 15% de alumnos en condición de vulnerabilidad. En el mismo sentido, también se señalaba que en el caso de los colegios o escuelas que contaran con procesos de selección, estos no podrían cobrar a los padres, como condición para participar en dichos procesos, una suma que fuera superior al valor de la matrícula que fijaba el Ministerio de Educación.

Por su parte, los requirentes adujeron que estos preceptos atentaban en contra de la libertad de enseñanza, y del derecho que tenía el sostenedor a desarrollar cualquier actividad económica, toda vez que de acuerdo con los principios generales del derecho, la relación que se establecía entre las partes del contrato educacional, solo podía regirse por los términos de la convención que estas acordaran celebrar.

⁵⁸³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol n° 410, 14 de junio de 2004. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2.787 de 1 de abril de 2015.

Ahora bien, como paso previo a la resolución de la controversia, el Tribunal definió algunos principios básicos. Como primera cuestión, y muy en la línea de algunas de las ideas que estudiamos a propósito de la jurisprudencia del TEDH y de la Corte constitucional de Colombia, el sentenciador señaló que si bien el derecho a la educación y la libertad de enseñanza constituían derechos diferentes, entre ellos existía una relación que el intérprete no podía obviar. En términos simples, esta consistía en que la educación se concretaba o se llevaba a la práctica a través de la enseñanza formal o informal, de modo que, entre ambas garantías, se daba una relación de medio a fin⁵⁸⁴. Es más, de acuerdo con el Tribunal, este nexo encontraba apoyo en la propia Carta Fundamental, al prescribir en su art. 19° 10 inciso final, que toda la comunidad tenía el deber de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.

Junto con lo anterior, el juez constitucional pasó a precisar el sentido y alcance que tenía la libertad de enseñanza. A este respecto, indicó que esta incluía el derecho a abrir, crear o formar un establecimiento educacional, elegir un ideario o proyecto educativo propio, definir el régimen disciplinario y la orientación pedagógica, contratar profesores, obtener el reconocimiento oficial de la educación que impartía e impetrar la subvención estatal si correspondiere, entre otras facultades⁵⁸⁵.

Por otro lado, recordó que de acuerdo con el código supremo, una ley orgánica constitucional debía establecer los requisitos mínimos para que los centros de enseñanza básica o media pudieran aspirar al reconocimiento estatal, y que era obligación del

⁵⁸⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol n° 410, 14 de junio de 2004. Considerando 7°.

⁵⁸⁵ *Ibidem*. Considerando 10°.

Estado, dictar normas objetivas y de general aplicación, esto es, no discriminatorias, con el fin de velar por su cumplimiento⁵⁸⁶.

Finalmente, se detuvo en un aspecto de la máxima relevancia. En efecto, tratándose de la subvención escolar, el Tribunal señaló que esta tenía por fundamento, el deber del Estado de financiar un sistema gratuito de educación. En concreto sostuvo que: “Fluye categóricamente del precepto transcrito que otorgar la subvención no es una decisión de cumplimiento discrecional ni entregada a la magnanimidad del Estado. Por el contrario tratase de una obligación ineludible, cuya justificación radica en la importancia excepcional que tienen la educación y la enseñanza en el desarrollo libre de la personalidad y de la sociedad en general”⁵⁸⁷. Como contrapartida de este deber, el Estado tenía además la facultad para imponer requisitos a los establecimientos de enseñanza con el objeto que estos pudieran recibir la subvención, siempre y cuando, estas exigencias fueran idóneas, razonables y proporcionadas a los fines que perseguía la administración⁵⁸⁸.

Así las cosas, con base en estos criterios, la Corte procedió a resolver el requerimiento de constitucionalidad. En primer lugar, sostuvo que el hecho de exigir a los establecimientos de enseñanza que recibieran fondos públicos que una parte de su matrícula estuviera constituida por alumnos en condición de vulnerabilidad, no podía estimarse como una medida que afectara la libertad de enseñanza. Para arribar a esa conclusión, el Tribunal llevó a cabo una especie de test de proporcionalidad. En efecto,

⁵⁸⁶ *Ibíd.* Considerando 17°.

⁵⁸⁷ *Ibíd.* Considerando 19°.

⁵⁸⁸ *Ibíd.* Considerando 26°.

tomó nota del hecho que con esta medida, el legislador perseguía un fin legítimo, esto es, ampliar y garantizar el disfrute del derecho a la educación, lo cual era consistente con el mandato que le imponía la carta fundamental, en orden a crear las condiciones sociales básicas para que todos los integrantes de la comunidad nacional pudieran alcanzar su mayor realización espiritual y personal⁵⁸⁹. Por otro lado, estimó que la ley solo se limitaba a establecer ciertas condiciones para los efectos de poder impetrar el pago de la subvención⁵⁹⁰. Finalmente, no consideró que la norma fuese discriminatoria, puesto que se trataba de una disposición que se aplicaba a todos los centros subvencionados, cualquiera que fuese su proyecto educativo y nivel de enseñanza.⁵⁹¹

En segundo lugar, no encontró motivo alguno de inconstitucionalidad en la exigencia dirigida a los establecimientos subvencionados que contaran con procesos de selección, de cobrar a los padres o apoderados que participaran en dichos procesos, una suma que no superara el arancel de matrícula que fijaba el MINEDUC. Como primer argumento a favor de esta decisión, indicó que la exigencia de marras, tenía por objeto asegurar la satisfacción de la finalidad que justificaba el pago de la subvención: “esto es, que tal beneficio lo perciban establecimientos de enseñanza que cooperan con el Estado en el cumplimiento de la obligación que la Constitución le impone, de mantener un sistema gratuito en los en los niveles de enseñanza básica y media, destinado a garantizar el acceso a ellas a toda la población”⁵⁹². Es más, y como señaló un poco más adelante, esta prohibición apuntaba a no distorsionar el sentido de la subvención, la cual

⁵⁸⁹ *Ibídem.* Considerando 44°.

⁵⁹⁰ *Ibídem.* Considerando 50°.

⁵⁹¹ *Ibídem.* Considerando 51°.

⁵⁹² *Ibídem.* Considerando 63°.

era inconciliable con el pago de aranceles que fuesen manifiestamente onerosos⁵⁹³. Por último, destacó que esta medida no afectaba la libertad de enseñanza, en atención a que no impedía a los sostenedores poder tomar decisiones en lo relativo a la organización y mantención del establecimiento, por el contrario, tan solo imponía un límite máximo al arancel que estos podían cobrar, lo cual guardaba armonía con los principios constitucionales que garantizaban la gratuidad de la enseñanza básica y media, tanto pública como privada subvencionada⁵⁹⁴.

Por nuestra parte, creemos que esta sentencia es importante, entre otras razones, porque reconoce la posibilidad relativa a que el legislador pueda limitar la libertad de enseñanza, como un modo de asegurar el disfrute efectivo del derecho a la educación. En efecto, conviene recordar que las garantías fundamentales son principios jurídico-objetivos, puesto que constituyen un orden axiológico, que, en su condición de decisiones constitucionales básicas, exigen su aplicación a todos los ámbitos del derecho⁵⁹⁵. De esto se sigue, tal como indica Nash, que:

“si los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” son un límite para el ejercicio de la soberanía y los órganos del Estado deben “respetar y promover” los derechos que están garantizados por la Constitución, tanto en el propio articulado como en los tratados internacionales ratificados por Chile (art. 5), entonces los derechos fundamentales vigentes en Chile serán el elemento que dará legitimidad a

⁵⁹³ *Ibíd.* Considerando 63°.

⁵⁹⁴ *Ibíd.* Considerando 65°.

⁵⁹⁵ BOKENFORDE, Ernst. Escritos sobre derechos fundamentales. *Op. Cit.* p. 106.

las decisiones que tomen los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones”⁵⁹⁶.

En el caso de los derechos sociales, esto implica, tal como ha destacado la CIDH, que estas garantías constituyen razones que sirven para limitar o restringir el ejercicio de los derechos liberales clásicos. Ahora bien, de acuerdo con Abramovich y Courtis, esto se justifica por a lo menos dos razones. La primera, porque en países de alta concentración y mala distribución de la riqueza, permite dotar a algunos derechos, como por ejemplo al derecho de propiedad, de una importante función social, y asegurar de este modo, que los sectores más desventajados pueden acceder a la satisfacción de sus necesidades más básicas. La segunda, radica en que este tipo de restricciones, funcionan como un medio de defensa frente a las amenazas de recorte o aniquilación de un derecho social⁵⁹⁷.

Ahora bien, en nuestra opinión, tratándose del derecho a la educación, la Corte funda su decisión, si bien de un modo un tanto imperfecto, precisamente en esta clase de consideraciones. En efecto, en la misma línea que su par colombiano, el Tribunal razona en base a la idea que la libertad de enseñanza no constituye solo un derecho en sentido subjetivo, sino que también presenta una importante dimensión objetiva, en tanto constituye el medio a través del cual los educandos pueden acceder a la educación.

⁵⁹⁶ NASH, Claudio. Los derechos fundamentales: ¿La reforma constitucional pendiente? Revista de Derecho Universidad de Concepción. 217-218: 2005. p. 139.

⁵⁹⁷ ABRAMOVICH, V. COURTIS, C. Los derechos sociales como derechos exigibles. *Op. Cit.* p. 225. Para Bockenforde, el carácter objetivo de los derechos fundamentales sociales supone a lo menos tres consecuencias: un limitación a la libertad del legislador; considerar como inadmisibles la desatención grosera del fin o programa al que se obliga el Estado; y la irreversibilidad de la prestación una vez configurada legalmente. BOCKENFORDE, Ernst. Escritos sobre derechos fundamentales. *Op. Cit.* p. 81.

Desde esta perspectiva, la libertad de enseñanza no equivale simplemente a libertad para contratar, por el contrario, su sentido originario radica precisamente en asegurar una oferta educativa distinta a la que ofrece el Estado. Es más, tal como aclara el TEDH, a través del reconocimiento de esta esfera de autonomía, se busca garantizar justamente el pluralismo del sistema educativo, finalidad que resulta esencial para que el educando pueda desarrollar su proceso de aprendizaje en un ambiente de libertad. A este respecto, concordamos con Flores cuando señala: “Cabe hacer presente, en este sentido, que en la libertad de enseñanza aquel que aprovecha sus beneficios no es quien ejercita dicha libertad, sino el educando que recibe la enseñanza (...) Se trata de una dimensión esencial del derecho a la educación, estrechamente relacionada con la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en suma, con la libertad ideológica”⁵⁹⁸.

Por tanto, creemos que existen buenas razones para limitar la libertad que tienen los sostenedores para admitir o rechazar estudiantes, con base en el deber que tiene la administración de asegurar el disfrute del derecho a la educación para toda la población. En efecto, de acuerdo con el art. 1° inc. 4° de la Constitución, el Estado se encuentra obligado a crear las condiciones sociales que permitan a las personas poder alcanzar su mayor realización espiritual y material. De hecho, este deber no solo vincula a los poderes públicos, por el contrario, también obliga a los sujetos privados, puesto que de acuerdo con el Tribunal Constitucional:

⁵⁹⁸ FLORES RIVAS, Juan Carlos. Derecho a la Educación. *Op. Cit.* p. 127.

“el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, *los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos*” (el destacado es nuestro)⁵⁹⁹.

En nuestra opinión, esto conlleva que la satisfacción del derecho a la educación, constituye una tarea que recae tanto sobre el Estado, como también, sobre los privados. Es más, esta tesis se reafirma, si tomamos nota que el propio art. 19 n° 10 inciso 7° establece de manera expresa que es deber de la comunidad contribuir al desarrollo de la educación. En este orden de ideas, de acuerdo con Jordán, a quien seguimos en este punto, este mandato obliga a todos los sujetos, públicos o privados, a cooperar o colaborar de manera conjunta en orden a hacer realidad el disfrute del derecho a la educación⁶⁰⁰. De hecho, tal como expresa este autor:

“La CPR consagra este principio con una finalidad cierta (el deber de colaborar al Estado y a los particulares); con un contenido pre-fijado y un mandato amplio determinado como indeterminado según las diferentes

⁵⁹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N°1.218 de 7 de julio de 2009, considerando 18°.

⁶⁰⁰ JORDÁN, Tomás. Derechos educacionales en Chile. *Op. Cit.* p. 471.

normas constitucionales; con una intensidad y responsabilidad prevenida de manera igualitaria o equivalente entre lo público y lo privado, en razón que la CPR no puntualiza en ninguna parte un regla de colaboración diferenciadora, como tampoco prescribe criterios constitucionales para la diferenciación”⁶⁰¹.

De esto se sigue que el Estado se encuentra autorizado para imponer a los particulares el deber de asegurar condiciones de acceso equitativas y no discriminatorias, en la medida en que sobre estos recae la carga de contribuir al desarrollo del sistema educativo.

Ahora bien, tal como veremos a continuación, esta doctrina será desarrollada y profundizada de manera más clara y precisa en la sentencia 2787-15⁶⁰². Como primer punto, debemos recordar que la ley 20.845 sobre inclusión escolar, introdujo algunos cambios de gran calado dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En el ámbito del acceso, estas modificaciones apuntaban a eliminar los procesos de selección en el caso de los establecimientos particulares subvencionados, y a incorporar en su lugar, un mecanismo de admisión aleatoria con cuota preferencial. Como resulta fácil de entender, durante la tramitación de este proyecto, un grupo de parlamentarios presentó un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, alegando con respecto a este punto, que la norma en cuestión vulneraba la libertad de enseñanza, puesto que le impedía al sostenedor optar por aquellos alumnos y familias que adhirieran efectivamente al ideario

⁶⁰¹ *Ibidem*. p. 471.

⁶⁰² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2.787 de 1 de abril de 2015.

y proyecto educativo del respectivo centro educacional, y a los padres, ejercer libremente sus derechos educativos paternos.

Para resolver este conflicto, la Corte se preguntó en primer lugar, si este tipo de restricciones afectaba la libertad de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos. La interrogante resulta atingente, toda vez que de no existir suficientes cupos en el centro que estos habían elegido, los estudiantes serían sometidos a un procedimiento de selección aleatoria, siendo la autoridad administrativa y no los padres quienes terminarían por elegir el colegio de sus hijos. A este respecto, el Tribunal constató que no era posible encontrar en nuestra legislación elementos suficientes que le permitieran al intérprete definir el contenido y alcance de este derecho, de manera que para alcanzar este objetivo, resultaba oportuno recurrir a los principales estándares internacionales en materia de enseñanza, y en particular, a lo dispuesto por la DUDH, el PIDESC, la CDN y por la doctrina del CDESC⁶⁰³. En este sentido, definió algunos criterios de la mayor relevancia. En efecto, de acuerdo con la Corte, uno de los modos de asegurar el ejercicio de la libertad de los padres, pasaba justamente por garantizar la existencia de una oferta educativa no estatal. Sin embargo, también recalcó que estos centros debían cumplir con determinados requisitos mínimos, entre los cuales figuraban los relativos a los procesos de admisión. Por otro lado, estimó que la potestad paterna era indelegable, lo cual implicaba que estos carecían de la libertad para no educar a sus hijos. Del mismo modo, concluyó que en atención a que estos derechos eran

⁶⁰³ *Ibidem*. considerando 10°.

intransferibles, a los sostenedores les estaba prohibido sustituir a los padres o a las familias en el ejercicio de esta libertad. Así las cosas, consideró que:

“Sólo es consistente con el ejercicio de tal opción la existencia de información que permita que esta libertad se dé en un marco de consentimiento y adhesión a un ideario educativo que los padres conozcan realmente. Pero estos actos preparatorios de comunicación, por parte de los establecimientos de enseñanza, no les otorgan a éstos el derecho a relevar la opinión preferente de los padres. *E, incluso, en esa condición nada impide que el Estado fije las reglas mínimas que configuren los procesos de admisión* (el destacado es nuestro)”⁶⁰⁴.

En otras palabras, el Tribunal entendió que de acuerdo con el derecho internacional, no existía ninguna norma que le prohibiera al Estado poder regular los mecanismos de admisión, y que lejos de atentar en contra de los derechos paternos, legislar prohibiendo la selección, en realidad los garantizaba. Es más, sentenció que las reglas relativas al acceso a la enseñanza, no podían quedar sujetas simplemente a la discrecionalidad de los sostenedores, toda vez que se trataba de un asunto que estaba revestido de un evidente interés público⁶⁰⁵. Por su importancia, creemos necesario citar al propio Tribunal:

⁶⁰⁴ Ídem.

⁶⁰⁵ *Ibidem.* considerando 12°.

“Que, de lo dicho anteriormente, se deduce que no existe una limitación basada en algún derecho fundamental reconocido tanto por la Constitución como por los tratados internacionales, que proscriba la posibilidad de que el legislador regule los procesos de admisión a los colegios. Resulta claro, no obstante, que regular las admisiones no es sinónimo de proscribir la selección. *Simplemente que los procesos de admisión no constituyen un derecho ínsito de los establecimientos educacionales para su autorregulación en el marco de su autonomía organizativa* (el destacado es nuestro)”⁶⁰⁶.

Aclarado lo anterior, la Corte pasó a examinar el articulado del proyecto en cuestión. En esta línea, tomó nota de un aspecto importante, a saber, de la finalidad que buscaba el legislador con la introducción de esta medida, la cual no era otra, sino que la de garantizar la accesibilidad universal, la educación inclusiva, la equidad y la no discriminación arbitraria. A continuación, reparó en que el nuevo sistema constaba de dos etapas, en la primera, los padres postularían a los establecimientos de su elección a través de un registro público, mientras que en la segunda, el MINEDUC informaría a los centros los criterios prioritarios que habrían de cumplir cada uno de los postulantes, entre los cuales figuraban el tener uno o más hermanos matriculados en el establecimiento, presentar alguna condición de vulnerabilidad socioeconómica, ser hijo o hija de un profesor o trabajador del colegio y haber estado matriculado con

⁶⁰⁶ *Ibíd.* considerando 11°.

anterioridad en dicho recinto. En esta última etapa, el MINEDUC velaría por asignar los cupos de acuerdo al orden de preferencia de los padres⁶⁰⁷.

Por otro lado, recordó que el principio de no selección no resultaba extraño dentro de nuestra legislación, toda vez que de acuerdo con el texto vigente de la LGE, los establecimientos públicos o privados subvencionados no podían seleccionar estudiantes hasta el nivel de 6° básico. En otros términos, lo único que estaba haciendo la ley de marras, era ampliar una exigencia que ya se imponía a los centros educacionales que recibieran fondos públicos, de manera que a priori, no resultaba pertinente alegar que dicha modificación resultara inconstitucional. Así, en base a estas consideraciones, la Corte concluyó que:

“como hemos sostenido, no siendo un derecho de los establecimientos educacionales el definir los procesos de admisión y siendo una libertad de los padres el escogerlos, *el legislador ha articulado un procedimiento que privilegia, casi siempre, esas preferencias y cuando no lo hace, se funda en el desarrollo del deber de educación de los padres* (el destacado es nuestro)”⁶⁰⁸.

Despejado este punto, el Tribunal analizó la eventual violación a la igualdad ante la ley que suponía este mecanismo de admisión. Para los requirentes, esta afectación se producía, toda vez que la ley le impedía a los sostenedores poder llevar a cabo

⁶⁰⁷ Ibídem. considerandos 15° a 25°.

⁶⁰⁸ Ibídem. considerando 28°.

distinciones razonables durante el proceso de selección. Sin embargo, frente a este argumento, la respuesta de la Corte fue contundente. En efecto, a este respecto se preguntó si existían factores de diferenciación distintos a los que contemplaba la ley y que le permitían a los sostenedores poder excluir estudiantes. Para responder a esta interrogante, se detuvo de manera especial en lo dispuesto por el CDESC en su observación general n° 13. En tal sentido, estableció que de acuerdo con dicho órgano, el Estado, en cumplimiento de su deber de evitar toda discriminación en el acceso a la educación, debía velar porque el ejercicio de la libertad de enseñanza, no provocara disparidades extremas con respecto a algunos grupos de la sociedad. Así, sentenció:

“Esto implica que las prestaciones educativas del sistema de provisión mixta, garantizadas por los tratados respectivos, no pueden generar desventajas en la enseñanza para determinados colectivos sociales. El punto es que esas disparidades se han producido y no es posible eludir la segregación social en la que ha derivado el proceso de selección (el destacado es nuestro)”⁶⁰⁹.

Por último, también recordó que en la actualidad no era posible seleccionar estudiantes con base en algunas de las categorías sospechosas de discriminación o en base a sus potencialidades y que todas las personas eran libres e iguales en dignidad y derechos⁶¹⁰. De este modo concluyó que el mecanismo que establecía el legislador era legítimo, y que toda forma de selección resultaba incompatible con el principio de

⁶⁰⁹ *Ibíd.* considerando 30°.

⁶¹⁰ *Ibíd.* considerando 31°.

igualdad de oportunidades y con el desarrollo inclusivo de una sociedad democrática⁶¹¹.

Dado la relevancia de este problema, parece atendible citar las palabras del propio Tribunal:

“Que, por último, resulta evidente que no pueden sostenerse criterios que distingan, en los procesos de selección para colegios subvencionados y con aportes estatales, factores directos que permitan preferir a unos niños sobre otros. Tales factores constituyen normalmente discriminación. Por lo mismo, se han eludido mediante una serie de hábitos y prácticas culturales indirectas que permiten a los establecimientos seleccionar familias de un modo incompatible con el “pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida” (artículo 19, numeral 10°, de la Constitución)”⁶¹².

En nuestra opinión, resulta bastante claro que el Estado debe garantizar el acceso a la educación en un ambiente de libertad y de pleno respeto hacia los derechos de los educandos y de sus familias. Para cumplir con este mandato, el ente público debe asegurar la existencia de una oferta educativa plural, lo que supone sin duda, la obligación de reconocer la libertad de enseñanza, pero al mismo tiempo, tal como ha destacado el TEDH, también debe procurar que el ejercicio de esta libertad, no dé lugar a un sistema de acceso que sea excluyente y discriminatorio. Para estos efectos, y muy en la línea de la doctrina que ha desarrollado el CDESC, creemos que la administración está facultada para exigir a los centros privados, el cumplimiento de una serie de

⁶¹¹ *Ibíd.* considerando 31°.

⁶¹² *Ibíd.* considerando 34°.

requisitos mínimos, los cuales se pueden referir a cuestiones tales como: “la admisión, los planes de estudio y el reconocimiento de certificados”⁶¹³. En este contexto, la pregunta clave reside en indagar si, el hecho de prohibir todo tipo de selección, constituye una medida que puede encontrar respaldo en el texto de nuestra Carta Fundamental, y en los principales instrumentos y estándares que para estos efectos se definen en el derecho internacional.

Para despejar esta duda, debemos considerar los problemas que presenta la alternativa contraria, es decir, la que permite que los sostenedores puedan elegir a los alumnos que quieran formar, en particular, en base a sus méritos o capacidades. A este respecto, los que defienden la selección, parten de la base que el éxito escolar depende en gran medida, del esfuerzo personal de cada estudiante, de manera que si el alumno fracasa, la responsabilidad por este hecho, solo se puede imputar a su propia falta de interés. Sin embargo, esta afirmación resulta a lo menos discutible. En efecto, tal como indican una serie de estudios, las diferencias de resultados que se observan entre los distintos educandos, obedecen a causas muy complejas⁶¹⁴. En este sentido, podemos destacar, en primer lugar, que muchos de estas diferencias se explican por la concurrencia de factores socioculturales, tales como el nivel de educación de los padres, el tiempo que estos pasan en la casa o en el trabajo, la existencia de libros o revistas en el hogar, o la forma en cómo se estructura del núcleo familiar⁶¹⁵.

⁶¹³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 29.

⁶¹⁴ En este sentido, véase: CASSASUS. Juan. La escuela y la (des)igualdad. Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2003. pp. 130 y ss.

⁶¹⁵ CASSASUS. Juan. La escuela y la (des)igualdad. Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2003. pp. 139 y ss.

Por otro lado, estas disparidades también obedecen, en gran medida, a causas que tienen que ver con el ambiente dentro del cual se desarrolla el proceso de aprendizaje, como son la infraestructura y los recursos con los que cuenta la escuela, la cantidad de alumnos por sala, la calidad de los docentes y el nivel de sus remuneraciones, la existencia de mecanismos de segregación o el grado de autonomía que tienen los directores para poder llevar a cabo su trabajo⁶¹⁶. Por tanto, buena parte del éxito o fracaso que muestran los estudiantes, se explica por causas que no se pueden imputar a su mayor o menor esfuerzo, sino que a factores que se encuentran fuera de su control, de modo que lejos de asegurar su derecho de educación, este tipo de estrategias solo tienen por efecto impedir que los educandos puedan acceder a la enseñanza en condiciones de igualdad. A este respecto, concordamos plenamente con Carrasco cuando afirma:

“Si una familia de un nivel socioeconómico menor al promedio de un establecimiento decide no autoexcluirse e igualmente postula a su hijo o hija, es probable que el establecimiento decida no aceptarlo dada su condición. Es decir, la autonomía de los establecimientos en materia de admisión es usada ampliamente para tornar ‘homogéneas’ y menos integradas a las comunidades escolares. (...) *Ante este escenario, la sociedad debe ponderar qué valor tienen mayor peso para el conjunto; si la oportunidad de elección de escuelas y de educarse con otros diferentes,*

⁶¹⁶ Ibídem. pp. 153 y ss. ELACQUA, Gregory, MONTT, Pedro, SANTOS, Humberto. Evidencias para eliminar — gradualmente—el Financiamiento Compartido. Claves de Políticas Públicas. 14: 2013. pp. 3 y ss.

o el valor de la autonomía en la conformación de la composición por parte de los sostenedores (el destacado es nuestro)”⁶¹⁷.

Por tanto, el intérprete debe elegir entre garantizar la libertad de enseñanza, o bien, asegurar el derecho del educando y de sus familias a poder acceder a la educación en condiciones de igualdad. Para nosotros, y para el Tribunal, la respuesta es clara, en el entendido que el juez constitucional debe procurar garantizar de manera prioritaria, los intereses de los estudiantes.

En este sentido, no debemos perder de vista que nuestra Carta Fundamental impone a la comunidad, el deber de contribuir al desarrollo de la educación, y al Estado, la obligación de fomentar la enseñanza en todos sus niveles. Esto implica que los privados deben concurrir conjuntamente con los poderes públicos, a fin de alcanzar los objetivos que la Constitución establece. En el supuesto que nos ocupa, este mandato de optimización faculta a la administración para elegir los medios que estime más adecuados, entre ellos, la prohibición de la selección, en aras de proteger los derechos de los educandos. Por otro lado, la tesis en comento también guarda conformidad con lo que establecen los principales tratados y estándares de derecho internacional en lo que toca al acceso a la enseñanza. En efecto, como bien recuerda la Corte, tanto el PIDESC, como el CDESC, prescriben de manera muy clara, que el Estado tiene la facultad de requerir a los establecimientos de enseñanza el cumplimiento de una serie de requisitos

⁶¹⁷ CARRASCO, Alejandro. Selección de estudiantes y desigualdad educacional en Chile: ¿qué tan coactiva es la regulación que la prohíbe? [en línea] http://www.ceppe.cl/images/stories/recursos/VF_Resumen_A_Carrasco_et_al_FONIDE_Seleccion_2014.pdf [consulta: 13 de noviembre de 2015] 2014. p. 45.

mínimos, y que este tipo de exigencias, entre las cuales se encuentran las relativas a los procesos de admisión, no constituyen bajo ningún supuesto, una restricción ilegítima a la libertad de enseñanza.

Por último, también debemos considerar que los mecanismos de selección, fomentan el desarrollo de prácticas excluyentes, dando lugar, tal como hemos visto a propósito de la jurisprudencia del TEDH y de la CIDH, a formas de discriminación indirecta, estructural o interseccional⁶¹⁸. En efecto, tal como indica Bellei:

“la investigación académica internacional ha documentado de modo sistemático que los sistemas educacionales tienden a segregarse de forma de producir un aislamiento relativo y un desbalance distributivo de las categorías sociales menos favorecidas, especialmente las minorías étnicas y raciales, y los alumnos de familias de clases sociales bajas. Muchos sistemas escolares también poseen mecanismos más o menos institucionalizados de agrupamiento de los alumnos según sus habilidades académicas, especialmente a nivel de la enseñanza secundaria”⁶¹⁹.

En concreto, este tipo de prácticas empobrece la calidad de la experiencia educativa, impide que los grupos menos aventajados puedan alcanzar mejores resultados de aprendizaje, dificulta el mejoramiento de la educación, y facilita la emergencia de

⁶¹⁸ *Supra* Capítulo 2, 4.2, y Capítulo 3, 3.3.

⁶¹⁹ BELLEI, Cristián. El estudio de la segregación socioeconómica y académica de la educación chilena. Estudios Pedagógicos. XXXIX (1): 2013. p. 330. En el mismo sentido: CORDOBA, Claudia, ROJAS, Karina, AZOCAR, Javiera. Selección de alumnos y co-pago como factores de segregación escolar: Presentación de tres casos de estudio. Psicoperspectivas. 15 (1): 2016. p.113.

fenómenos disfuncionales para el proceso de enseñanza y la convivencia escolar⁶²⁰. Por tanto, no basta con que el Estado prohíba el establecimiento de distinciones arbitrarias, también debe asegurar que las normas que regulan el acceso, no afecten de forma negativa o desproporciona a los estudiantes más vulnerables. En este sentido, hacemos nuestra la siguiente reflexión de Carrasco:

“Un cuadro como el anterior afecta en su base los términos de la cooperación social, las obligaciones de cada individuo con el colectivo y la transmisión a las nuevas generaciones de un sentido mínimo de reciprocidad y pertenencia societal. En definitiva, la escuela es meramente una extensión del espacio privado del hogar y no un espacio de formación para la vida pública”⁶²¹.

Para terminar este apartado, nos vamos a detener en el estudio de la sentencia rol 1009-14 de la Corte de Apelaciones de Concepción. Una madre interpuso una acción por discriminación arbitraria, en contra del Colegio Santísima Trinidad, puesto que este establecimiento tomó la decisión de no admitir a su hija en calidad de alumna regular, bajo el argumento que la actora, convivía con una persona distinta al padre de la niña, lo que, de acuerdo con el sostenedor, resultaba contrario al ideario del centro educativo. Ante esta situación, el tribunal de primera instancia acogió la acción, y ordenó al centro que procediera a aceptar la postulación de la menor, resolución que a su turno, fue

⁶²⁰ BELLEI, Cristián. El estudio de la segregación socioeconómica y académica de la educación chilena. *Op. Cit.* p. 331.

⁶²¹ CARRASCO, Alejandro. Selección de estudiantes y desigualdad educacional en Chile: ¿qué tan coactiva es la regulación que la prohíbe? *Op. Cit.* p. 43

confirmada por el Tribunal de Alzada. En efecto, la Corte consideró que si bien el establecimiento tenía la facultad para poder definir y ejecutar su propio proyecto educativo, el ejercicio de esta libertad, no podía afectar de manera desproporcionada el derecho de la alumna a poder acceder a la enseñanza. Así, sentenció que:

“Los niveles de afectación del derecho a la educación, dada la negativa a reincorporarse como alumna de enseñanza básica en el establecimiento, superan la molestia sufrida en las libertades anotadas de la institución educacional, sobre todo si se tiene en cuenta que la madre de la menor y su actual pareja estaban dispuestos a contraer prontamente matrimonio”⁶²².

A pesar de ser un fallo bastante breve, creemos que esta sentencia aporta algunos elementos interesantes para los efectos de nuestra investigación. Como primer punto, debemos recordar que la ley 20.069, define como discriminación arbitraria:

“toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales

⁶²² CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. Rol N° 1009-2014, de 24 de octubre de 2014, considerando 5°. En un sentido similar: CORTE SUPREMA. Rol N° 7160-2009, de 10 de diciembre de 2009, considerandos 5°, 6°, 7° y 8°. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Rol N° 8531-2001. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 112-88, considerando 10°. CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA. Rol N° 76-2007, considerando 7°.

como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad. Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.”⁶²³.

Junto con lo anterior, esta ley introduce un matiz un importante, puesto que ordena al juez considerar como razonables, al menos en un primer examen, todas aquellas distinciones que pesar de estar basadas en alguno de los motivos prohibidos de discriminación, se funden en determinadas garantías fundamentales, entre ellas, la libertad de enseñanza:

“Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”⁶²⁴.

⁶²³ CHILE. Ministerio Secretaria General de Gobierno. 2012. Ley N° 20.609: Establece medidas contra la discriminación, 24 de julio de 2012. Art. 2.

⁶²⁴ Ídem.

Para algunos autores, tales como Díaz de Valdés, este inciso contendría una verdadera “presunción de razonabilidad, en la medida en que le ordena al juez que, en lugar de efectuar un examen de razonabilidad, se limite simplemente a verificar si la conducta en cuestión forma parte del legítimo ejercicio de un derecho fundamental, o bien, si se funda en alguna otra “causa constitucionalmente legítima”⁶²⁵. Si esta interpretación es correcta, entonces:

“esta ley estaría creando una suerte de jerarquía de derechos, donde la no discriminación sería un derecho de segundo orden que quedaría siempre subordinado a otros derechos fundamentales (los que a su vez se agruparían en dos clases: los derechos fundamentales en general, y aquellos expresamente enumerados en el inciso 3° en comento, los que justificarían la discriminación “especialmente”)⁶²⁶.”

En esta misma línea se pronuncia Díaz, cuando sostiene que:

“Lo recién evidenciado permite concluir que en la ley el derecho a no ser discriminado aparece subordinado a cualquier otro derecho fundamental y a cualquier bien constitucional, desde que la colisión entre aquella y estos últimos es resuelta directamente por la ley de manera incondicionada a favor de tales derechos y de tales bienes. Esto se hace por la vía de sostener, en la propia ley, que desaparece la falta de razonabilidad en la

⁶²⁵ DIAZ de VALDÉS, José Manuel. ¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación? *Actualidad Jurídica*. 28: 2013. p. 284.

⁶²⁶ DIAZ de VALDÉS, José Manuel. ¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación? *Op. Cit.* p. 284.

distinción si la misma se funda en el ejercicio legítimo de algún derecho fundamental o de cualquier causa constitucionalmente legítima”⁶²⁷.

De acuerdo con estas ideas, el derecho a la educación estaría subordinado a la potestad del sostenedor, de manera que este podría imponer requisitos que, a priori, resultarían discriminatorios, pero que por estar fundados en la libertad de enseñanza, serían constitucionalmente legítimos. Sin embargo, al menos en el caso de la garantía en estudio, esta conclusión no resulta factible. En efecto, debemos considerar que la opción que toma el legislador, conduce a un resultado que puede ser considerado inconstitucional, en tanto establece una verdadera jerarquía de derechos fundamentales, lo cual contradice tanto nuestro propio texto constitucional, como los principales tratados internacionales ratificados por Chile en materia de educación y de derechos humanos. Así, tal como razona el Tribunal Constitucional, la libertad de enseñanza constituye una garantía que se reconoce para satisfacer no los intereses subjetivos del sostenedor, sino que la posibilidad efectiva que el alumno pueda desarrollar su proceso de aprendizaje en un ambiente de libertad y pluralismo⁶²⁸. Finalmente, y sobre la base de los estándares que hemos estudiado durante este capítulo, parece bastante claro que la garantía del art. 19 n° 11, no conlleva, bajo ningún respecto, la facultad para poder

⁶²⁷ DIAZ GARCIA, Iván. Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional. *Revista Chilena de Derecho*. 40 (2): 2013. p. 656.

⁶²⁸ “Que, además, debe considerarse que esta Magistratura (en STC Rol N° 2731, en su considerando 162°), estableció *que la libertad de enseñanza no es un fin en sí misma y que está concebida para dar cauce al derecho a la educación*. Dicho derecho exige que el Estado tenga los instrumentos destinados a garantizar su “desarrollo y perfeccionamiento” (artículo 19 N° 10°, de la Constitución). Igualmente señaló, que la libertad de enseñanza no está al margen de las regulaciones que puede imponer el legislador, que la hagan posible y conciliable con el derecho a la educación. Esa libertad no es inmune a las normas que pueda establecer la ley, teniendo para ello presente, que en materia de educación superior el lucro ya se encuentra excluido” (el destacado es nuestro). TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2.787 de 1 de abril de 2015, considerando. p. 42. En este sentido, véase también: CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO. Rol N° 693-2007, de 30 de abril de 2008, considerandos 5° y 6°.

excluir alumnos de forma arbitraria, y que de permitirse esta posibilidad, se estaría aceptando en el fondo, una alternativa que el propio texto constitucional no permite amparar⁶²⁹.

En resumen, y para finalizar este apartado, podemos concluir que la libertad de enseñanza no constituye un fin en sí misma, puesto que representa un medio que permite garantizar el goce efectivo del derecho a la educación. Por esta razón, el Estado debe privilegiar la protección de los derechos de los estudiantes, garantizando que estos puedan acceder a la educación en un ambiente de libertad y de pleno respeto hacia sus derechos y los de sus familias.

3.- La obligación del Estado de garantizar la accesibilidad económica

En este apartado, nos vamos a centrar fundamentalmente en el problema relativo a la obligación que tiene el Estado, en orden a remover los obstáculos económicos que impiden que los alumnos puedan acceder a la educación. Para ello, analizaremos los criterios que sobre el particular han establecido los tribunales, en especial, a propósito de los cambios que introdujo la ley de inclusión, y de las problemáticas a las que da lugar el derecho de acceso a la educación superior.

El año 2004, un grupo de parlamentarios solicitó al Tribunal Constitucional que se pronunciara acerca de la eventual infracción a la Carta Fundamental de un proyecto de ley, que establecía la prohibición de aducir como causal para no renovar la matrícula,

⁶²⁹ HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, NUÑEZ LEIVA, José Ignacio. Ley Zamudio: ¿Ponderación o subsunción? Comentario a la sentencia Rol N° 1009-2014 de la Corte de Apelaciones de Concepción. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado. N° 6: 2014. p. 244.

la circunstancia que los padres o apoderados mantuvieran deudas pendientes con el establecimiento al cual acudían sus hijos. En su escrito, los requirentes alegaron básicamente que esta norma afectaba la libertad de contratación del sostenedor, puesto que alteraba de manera sustancial el régimen jurídico que las partes habían tenido a la vista al momento de celebrar el contrato educacional.

Por su parte, el Tribunal indicó que esta prohibición era efectivamente inconstitucional. Para fundar su decisión, introdujo algunos elementos que vale la pena destacar. En efecto, razonó sobre la base que la medida en cuestión, no era proporcional, toda vez que se le imponía a una sola de las partes, esto es, al sostenedor, el cumplimiento de sus obligaciones, mientras que a la otra, sin dar ninguna razón para ello, se la autorizaba para posponer el pago de las respectivas mensualidades hasta el inicio del año escolar siguiente⁶³⁰. Por tanto, esta exigencia impedía a los sostenedores poder ejercer libremente su derecho a organizar y mantener establecimientos educacionales, al colocar en grave riesgo la viabilidad financiera de los respectivos centros de enseñanza⁶³¹. Es más, recalcó que el carácter subvencionado de un establecimiento educacional, no permitía al legislador: “aducir el otorgamiento de tal beneficio para cargar sobre quienes lo reciben el cumplimiento de condiciones, prohibiciones o requisitos que les impidan, o tornen más difícil o gravoso el ejercicio de un derecho constitucional asegurado”⁶³².

⁶³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol n° 410, 14 de junio de 2004. Considerando 83°.

⁶³¹ *Ibidem*. Considerando 84°.

⁶³² *Ibidem*. Considerando 84°. En este sentido, véase: REDONDO, Jesús (ed.) *El Derecho a la educación en Chile*. Santiago de Chile, Flape, 2007. p. 29 y ss.

Sin embargo, en su voto de minoría, el ministro Juan Agustín Figueroa, defendió con fuerza la constitucionalidad de esta medida. Para ello, en primer lugar, hizo referencia a la íntima relación que existía entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. En este sentido, recordó que ambas garantías constitucionales pretendían regular la misma materia, esto es, la educación, si bien, desde dos puntos de vista distintos, una como derecho social, y la otra como libertad para ejercer la actividad educativa. En el mismo sentido, sostuvo que la subvención constituía una carga que debía soportarla toda la sociedad, no para beneficiar a la enseñanza particular, sino que precisamente para garantizar el derecho a la educación⁶³³. Por otro lado, reparó en que la Carta Fundamental imponía al Estado el deber de fomentar el desarrollo de la educación y a los particulares la obligación de contribuir a dicho esfuerzo. Sobre la base de estas ideas, dedujo la existencia de dos principios, a saber, el principio de fomento o contribución y el principio de continuidad de la prestación. El primero, al menos en el ámbito que estamos analizando, tenía por objeto impedir la existencia de estipulaciones contractuales que dificultaran a los alumnos poder acceder a la educación por el hecho que sus padres mantuvieran deudas pendientes con el establecimiento. Así, el efecto liberatorio y de movilidad social que producía la educación, llevaba a concluir que: “el no impedir este acceso por razones económicas, es un principio de orden público, que mira a la deseada organización social y al bien común”⁶³⁴. En apoyo de su postura, señaló que era un deber de la sociedad en su conjunto contribuir al desarrollo de la

⁶³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol n° 410, 14 de junio de 2004. Voto Disidente Ministro Juan Agustín Figueroa. Considerando 8°.

⁶³⁴ *Ibidem*. Considerando 2°.

educación, y que de acuerdo con la Constitución, en Chile no existían personas ni grupos privilegiados. En lo que tocaba al segundo principio, sostuvo que la permanencia y continuidad del alumno dentro del establecimiento, resultaba vital para el éxito de su proceso de aprendizaje, de modo que solo razones muy gravitantes, autorizaban al sostenedor para no renovar la matrícula, entre las cuales no se encontraban aquellas que miraban a su estabilidad financiera⁶³⁵. A este respecto, señaló que:

“dada la estructura legal de nuestro sistema de enseñanza subvencionada, el sostenedor se adentra en esta actividad necesariamente sin fines de lucro, debiendo suponerse en él una vocación altruista, en procura de valores superiores (...) Se le puede entonces exigir máximos esfuerzos para lograr los equilibrios presupuestarios de su establecimiento, superando el moderado impacto que le puede producir la morosidad durante el respectivo ejercicio”⁶³⁶.

En segundo lugar, se detuvo en el problema referido a la supuesta afectación a la libertad de contratación que se producía a raíz de esta prohibición. Para ello, distinguió entre el contenido del contrato y la decisión de celebrarlo o no. En este sentido, señaló que existía acuerdo en la doctrina en la idea que el Estado podía prohibir determinados actos, o bien, imponer a las partes el cumplimiento de ciertas cláusulas obligatorias, cuando razones de orden público así lo exigieran, y cuyo efecto no era otro sino el de

⁶³⁵ *Ibíd.* Considerando 6°.

⁶³⁶ *Ibíd.* Considerando 5°.

reducir la autonomía contractual⁶³⁷. En el caso de la educación, este tipo de medidas se justificaba, toda vez que el contrato que se celebraba entre los padres o apoderados y el establecimiento, era de adhesión, dado que, en el fondo, las cláusulas del mismo eran dictadas por el sostenedor, no quedando a los padres más alternativa que rechazar o aceptar su contenido. Con respecto a este punto, vale la pena citar al propio autor del voto disidente: “esta relación refleja una desigualdad inicial, germen de posibles abusos, que el Estado debe paliar mediante sus potestades de dirigismo contractual, máxime cuando se trata de bienes jurídicos tan sensibles como el derecho a la educación y la libertad de enseñanza”⁶³⁸.

Ahora bien, a propósito de esta materia, otro fallo que vale la pena destacar, es el que corresponde a la sentencia rol N° 2.787 del año 2015, dictada por el Tribunal Constitucional, a propósito del examen de constitucionalidad del proyecto de ley de inclusión escolar⁶³⁹. En efecto, esta ley introdujo algunas novedades importantes, siendo las más relevantes, la eliminación del sistema de financiamiento compartido, y el establecimiento de una serie de condiciones para que los sostenedores pudieran impetrar la subvención escolar, entre ellas, la de destinar los recursos que recibieran por este concepto únicamente al mejoramiento de la educación. Ahora bien, para algunos parlamentarios, estas exigencias suponían una grave vulneración a la libertad de enseñanza, puesto que alteraban la lógica del sistema educacional chileno, al pasar de un régimen en el cual se podía hacer todo lo que no estuviera prohibido, a uno en el cual la

⁶³⁷ *Ibidem*. Considerando 9°.

⁶³⁸ *Ídem*.

⁶³⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2.787 de 1 de abril de 2015.

subvención solo podía utilizarse para los fines que estableciera el legislador⁶⁴⁰. Frente a este alegato, el Tribunal fue muy claro en el sentido de defender la constitucionalidad de la medida en cuestión, para lo cual definió algunos estándares particularmente interesantes

En este contexto, la Corte decidió abordar como primera cuestión, el problema relativo a la naturaleza jurídica de la subvención. Para empezar, recordó que este era un beneficio de tipo directo, toda vez que implicaba transferir recursos desde el Estado, hacia los particulares, para fomentar el desarrollo de una determinada actividad⁶⁴¹. Bajo este punto de vista, la subvención escolar debía considerarse como un medio, entre otros posibles, al cual podía recurrir la administración, para los efectos de cumplir con la obligación que le imponía la Constitución en orden a financiar un sistema gratuito de enseñanza⁶⁴². A continuación, señaló que el legislador podía exigir que los sostenedores, para poder obtener estos recursos, cumplieran previamente con ciertos requisitos, toda vez que el ente público debía garantizar que estos fondos se utilizaran de manera adecuada⁶⁴³. Finalmente, recaló que el otorgamiento de la subvención escolar, no constituía una concesión graciosa por parte del Estado, por el contrario, representaba el

⁶⁴⁰ Al respecto, Casas y Correa sostienen que: “A los contratos forzosos con oferta limitada y contratos de adhesión en desigualdad de las partes, el Estado responde siempre con regulaciones (...) No es el caso del contrato de matrícula, el que, salvo en materia de cobros –y esto de modo imperfecto- es un contrato no regulado y entregado a la libertad de las partes, lo que equivale a decir a la libertad que entrega a los establecimientos educacionales un mercado poco libre. Éste es un problema serio y difícil. La dificultad estriba especialmente en que muchos sostenedores perciben la desregulación como un derecho adquirido y miran cualquier reglamentación como una intervención indebida del Estado en la libertad de enseñanza”. CASAS BECERRA, Lidia, CORREA SUTIL, Jorge. Conductas discriminatorias, abusivas e infundadas en contra de estudiantes en la selección y marginación en los establecimientos de educación básica y media. Diagnóstico y Caracterización del problema. Revista de Derechos del Niño. 1: 2002 .p. 197.

⁶⁴¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2.787 de 1 de abril de 2015, considerando 50°.

⁶⁴² *Ibidem*. considerando 51°.

⁶⁴³ *Ibidem*. Considerando 51°.

cumplimiento de una obligación ineludible, cuya justificación radicaba en la importancia excepcional que tenía la educación⁶⁴⁴.

En segundo lugar, la Corte se refirió a los criterios interpretativos que guiarían su decisión. En este sentido, sostuvo que en el ámbito de la educación, la Carta Fundamental establecía algunos principios básicos, los cuales resultaban determinantes para resolver este tipo de problemas. En concreto, para el juez constitucional estos principios eran los siguientes:

“la obligatoriedad ("la educación básica y la educación media son obligatorias"; "el segundo nivel de transición (de la educación parvularia) es obligatorio"; la gratuidad ("debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto"); accesibilidad ("destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población"); plenitud ("la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida"); participación ("es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación")”⁶⁴⁵.

Por otro lado, y con bastante acierto, recordó que de la obligación de financiar un sistema gratuito de educación, no se infería que la subvención fuese el único modo de cumplir con dicho mandato, puesto que en esta materia, el Estado gozaba de un amplio poder de configuración. Es más, en esta misma línea, la Corte resaltó que era el

⁶⁴⁴ *Ibíd.* Considerando 51°.

⁶⁴⁵ *Ibíd.* Considerando 52°.

legislador, en el caso en que la administración optara por esta alternativa de financiación, el que debía definir los requisitos para poder impetrar la subvención, de manera que esta, siempre conllevaba un procedimiento de petición administrativa⁶⁴⁶. Siempre en relación a este punto, el Tribunal argumentó con gran claridad que, con la subvención, el Estado no buscaba garantizar la libertad de enseñanza, sino que asegurar la gratuidad de la educación, de manera que la afectación de estos fondos, a los fines específicos que prescribía la Carta Fundamental, no podía ser obviada por el legislador. A mayor abundamiento, el Tribunal sentenció que:

“Si el particular desea, en cambio, ingresar al sistema gratuito de educación, debe someterse al régimen que diseñe el legislador para tal efecto. *No se puede invocar la libertad de enseñanza para abrir y organizar, y no para mantener el establecimiento. Si el establecimiento quiere ingresar al sistema gratuito, se desplaza hacia el artículo 19, N° 10°, esto es, el derecho a la educación.* El régimen subvencional puede ser reconducido al artículo 19, N° 10°. En el marco del artículo 19, N° 11°, la mantención corre por cuenta del establecimiento, no del Estado”⁶⁴⁷ (el destacado es nuestro).

Para la Corte, esta tesis se justificaba, en el hecho que la libertad de enseñanza debía encauzarse hacia la efectiva protección del derecho a la educación, al constituir un

⁶⁴⁶ Ídem.

⁶⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2.787 de 1 de abril de 2015, considerando 52°.

medio que estaba puesto al servicio de los fines objetivos que la Constitucional establecía, no pudiendo considerarse por tanto, como un fin en sí misma⁶⁴⁸.

Con base en estos criterios, el Tribunal pasó a resolver el asunto objeto del requerimiento. A este respecto, recordó que el régimen de subvenciones, no había permanecido estático en el tiempo, por el contrario, el legislador había introducido de forma paulatina una serie de modificaciones, las cuales buscaban imponer requisitos más estrictos para los efectos de poder recibir dichos fondos, de manera que el proyecto en cuestión, no podía entenderse de manera aislada, sino como parte de esta evolución⁶⁴⁹. Así mismo, estimó que esta medida perseguía un fin legítimo, a saber, asegurar el derecho a recibir una educación de calidad, interés que se garantizaba, entre otras vías, procurando justamente que los recursos afectos a la subvención, se usaran de forma adecuada⁶⁵⁰.

Por otro lado, y muy en la línea de los estándares que hemos revisado en relación a la jurisprudencia de la Corte Constitución de Colombia, el Tribunal consideró que si el establecimiento optaba por una fórmula de financiamiento público, lo lógico era que se

⁶⁴⁸ Idem. “*Que tampoco puede invocarse la libertad de enseñanza. Esta no es un fin en sí misma. Ella está concebida para dar cauce al derecho a la educación.* Si en lo que aquí interesa, los titulares de la libertad de enseñanza son los establecimientos educacionales que se creen para proveer el servicio educacional, la titularidad del derecho a la educación es de los alumnos (STC 1361/2009). Dicho derecho a la educación exige que el Estado tenga los instrumentos destinados a garantizar su “desarrollo y perfeccionamiento” (artículo 19, N° 10°, de la Constitución). Tampoco la libertad de enseñanza está al margen de las regulaciones que puede imponer el legislador, que la hagan posible y conciliable con dicho derecho a la educación. Esa libertad no es inmune a las normas que pueda establecer la ley” (el destacado es nuestro). TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2731 de 26 de noviembre de 2014. Considerando 162°.

⁶⁴⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2.787 de 1 de abril de 2015. Considerando 59°.

⁶⁵⁰ Ibidem. Considerando 60°.

sometiera a los requisitos y condiciones que estableciera el legislador⁶⁵¹. Con respecto a este punto, declaró:

“Que, en tercer lugar, consideramos que no se vulnera la posibilidad de organizar el establecimiento educacional que garantiza la libertad de enseñanza. Por de pronto, porque la afectación es una consecuencia de incorporarse al sistema subvencional. En la actualidad, los sostenedores tienen una serie de obligaciones por ese solo hecho (artículo 6º, Ley de Subvenciones). Ello revela que el legislador puede establecer requisitos para la obtención de la subvención. Si el sostenedor quiere mantener su plena libertad organizativa, su camino es no pedir la subvención”⁶⁵².

En apoyo de esta tesis, el Tribunal sostuvo que la interpretación que defendían los requirentes, implicaba transformar a la libertad de enseñanza en un derecho casi absoluto, respecto del cual, el legislador no podría establecer ningún tipo de regulación, puesto que de lo contrario, siempre existiría una afectación a la facultad de abrir, organizar o mantener establecimientos educacionales. Sin embargo, esta alternativa no podía aceptarse, primero, porque toda actividad estaba sujeta a regulación, no siendo la libertad de enseñanza la excepción que confirmara la regla, segundo, debido a que esta concepción olvidaba que la libertad en comento servía para garantizar el derecho a la

⁶⁵¹ En el fondo, la Corte entiende que los particulares que reciben recursos del Estado, cumplen en esencia, una función pública, y que por tanto, se deben someter a un régimen de exigencias más estricto de aquel que se establece respecto del resto de los centros privados. En este sentido, véase: ATRIA, Fernando. ¿Qué es educación pública? En: BELLEI, Cristián, CONTRERAS, Daniel, VALENZUELA, Juan Pablo, (eds.), Ecos de la revolución pingüina. Santiago, UNICEF, 2010. pp. 153 y ss.

⁶⁵² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2.787 de 1 de abril de 2015, considerando 61º.

educación, de manera que no podía entender como un fin en sí misma, y tercero, puesto que era la propia Carta Fundamental la que establecía la obligación de la administración de asegurar la gratuidad de la enseñanza⁶⁵³. Así, y en palabras de la Corte:

“A continuación, hay que considerar, como se dijo en otra parte de esta sentencia, que la subvención se enmarca dentro de un sistema concebido para asegurar la gratuidad en la educación básica, en la educación media y en ciertos niveles de la educación parvularia. Pero ese sistema debe ser diseñado por el legislador. *La subvención está prevista para asegurar la provisión de una educación de calidad, no para garantizar la libertad de enseñanza, es decir, el emprendimiento individual o colectivo. La subvención se inserta dentro del derecho a la educación.* El propósito final de éste es que todas y cada una de las personas logren el pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida (artículo 19 constitucional, N° 10°, inciso segundo). *La subvención no está diseñada para mantener establecimientos educacionales, sino sólo en la medida que éstos contribuyan a materializar el derecho a la educación, que es lo que justifica que obtengan la subvención*” (el destacado es nuestro)⁶⁵⁴.

Para concluir, nosotros concordamos en gran medida con estos criterios. En efecto, de acuerdo con un sector importante de la doctrina, el sistema de financiamiento

⁶⁵³ Ibídem. Considerando 61°.

⁶⁵⁴ Ibídem. Considerando 74°.

compartido constituye un mecanismo que favorece la segregación escolar, puesto que permite que el sostenedor pueda elegir el tipo de alumno que quiere educar, al mismo tiempo que abre la vía para que las familias puedan escoger el establecimiento de enseñanza que sea más afín con su entorno social o económico⁶⁵⁵. En la práctica, este mecanismo tiende a favorecer los intereses de los más aventajados, debido a que garantiza a los padres, que sus hijos solo se relacionen con sus iguales, lo que crea a la larga, una sociedad más estática y menos inclusiva⁶⁵⁶. Del mismo modo, también perjudica a los sectores más vulnerables, puesto que la concentración de alumnos de escasos recursos en un determinado establecimiento educacional, genera un efecto de nivelación hacia abajo, conocido como efecto composicional o por pares, el cual consiste en que las características socioeconómicas que presenten los alumnos de una misma sala de clases, inciden de forma directa en sus resultados de aprendizaje y en sus oportunidades de desarrollo. A este respecto, autores como Bellei, señalan que:

“La noción básica que vincula los conceptos de efecto de los compañeros y segregación escolar postula que, si se concentran en determinadas escuelas o salas de clase, alumnos de menores capacidades o recursos (en un sentido amplio), estos tendrán menos oportunidades de lograr aprendizajes, pues la mayor parte de sus compañeros presentará similares atributos o

⁶⁵⁵ ELACQUA, Gregory, MONTT, Pedro, SANTOS, Humberto. Evidencias para eliminar —gradualmente—el Financiamiento Compartido. *Op. Cit.* p. 7. En relación a los problemas que presenta el sistema de subvenciones, véase: JOIKO, Sara. La política de equidad y el nuevo sistema de vouchers en Chile. Reflexiones críticas. *RMIE*. 50 (16): 2011. p. 840. AEDO Cristian, SAPELLI, Claudio. El sistema de vouchers en la educación: una revisión de la teoría y la evidencia empírica para Chile. *Revista Estudios Públicos*. 82: 2001. pp. 37 y ss.

⁶⁵⁶ WALZER, Michael, Las esferas de la justicia, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2011. p. 227. TIRAMONTI, Guillermina, ZIEGLER, Sandra. La educación de las elites, Aspiraciones, estrategias, oportunidades, Buenos Aires: Paidós, Buenos Aires, 2008. p. 28. ATRIA, Fernando. La mala educación. Santiago de Chile, Catalonia, 2012. p. 45

dificultades; esta desventaja adicional de los grupos de menores recursos en situación de segregación, opera tanto a nivel del contexto del aula-escuela como de los procesos de enseñanza-aprendizaje, ejerciendo efectos directos sobre los alumnos afectados e indirectos, especialmente por la vía de los docentes y los recursos disponibles en la escuela”⁶⁵⁷.

Así, al igual que en el caso de la selección escolar, este sistema produce de forma indirecta, un importante efecto discriminatorio, toda vez que solo permite que los alumnos puedan acceder a la educación que sus familias estén en condiciones de pagar. Por tanto, como bien reflexiona el CDESC, a pesar de que el Estado tiene la obligación de proteger la libertad de los particulares para poder organizar sus propios proyectos educativos, también debe garantizar que esta facultad no se transforme en un obstáculo para que los estudiantes de menores ingresos puedan recibir una mejor formación, debiendo en consecuencia, establecer los medios para que los padres puedan elegir la educación que consideren más adecuada para sus hijos⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ BELLEI, Cristián. El estudio de la segregación socioeconómica y académica de la educación chilena. Estudios Pedagógicos. XXXIX (1): 2013. p. 331. ATRIA, Fernando. Veinte años después: Neoliberalismo con rostro humano. Santiago de Chile, Catalonia, 2013. pp. 40 y ss. REDONDO, Jesús. El experimento chileno en educación: ¿Conduce a mayor equidad y calidad en la educación? Última Década. 22: 2005. pp. 102 y ss.

⁶⁵⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 30. A este respecto, nos apartamos de posturas como las de Calvo Charro, para quien la libertad de enseñanza incluye: “La prohibición de que los poderes públicos no intervengan en las cuestiones organizativas básicas de los centros (concertados o no), como los reglamentos interiores, la contratación de profesores; dirección administrativa y pedagógica; admisión del alumno; es decir, que el hecho de recibir subvenciones del Estado no incluye en ningún caso la posibilidad de afectar o condicionar los derechos fundamentales de su titular”. CALVO CHARRO, María. Régimen de Admisión a los centros sostenidos con fondos públicos. En: REQUERO, José Luis, MARTINEZ, José Luis. Los derechos fundamentales en la educación. Valladolid, Cuadernos de Derechos Judicial, 2007. p. 88.

4.- El derecho a acceder a la educación universitaria en condiciones de igualdad

Como hemos visto durante nuestra investigación, tanto en el DIDH como en la jurisprudencia comparada, se reconoce que el derecho a la educación, también abarca la posibilidad de acceder a la educación superior, si bien, no de manera incondicionada, sino que en función de los méritos del postulante. En este sentido, debemos destacar que en Chile, existen algunas sentencias que de forma tangencial se han referido a esta dimensión de la enseñanza, siendo una de las más interesantes, la que abordó el problema relativo a las modificaciones que se introdujeron durante el año 2013, al sistema de acceso a la educación superior.

En efecto, el Consejo de Rectores de las Universidad Chilenas (CRUCH), tomó la decisión de modificar el ranking de notas que se exigía para poder postular al sistema de educación superior, al dar una mayor ponderación a las notas que los alumnos obtenían durante la enseñanza media, lo cual buscaba favorecer a los estudiantes que provenían de los sectores más vulnerables. Sin embargo, ante esa situación, un grupo de alumnos que pertenecían a una serie de liceos de Santiago, presentaron un recurso de protección en contra de las autoridades del CRUCH y del Departamento de Evaluación, Medición y Registro de la Educación (DEMRE), bajo el argumento que esta medida resultaba discriminatoria, puesto que si bien perseguía un objetivo legítimo, perjudicaba a los alumnos que habían optado por una educación más exigente. A este respecto, los peticionarios partieron de la base que los colegios de mayor calidad, si bien preparaban a

sus alumnos para poder rendir la PSU, por ser más exigentes, tenían un menor promedio de notas en relación a otro tipo de colegios que no privilegiaban la preparación para la Prueba de Selección Universitaria (PSU).

Ahora bien, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso, para lo cual tuvo a la vista los siguientes argumentos. En primer lugar, consideró que de acuerdo con el art. 1° de la Constitución, el Estado debía propender al bien común, de manera que resultaba razonable que la administración buscara aminorar la brecha que existía en el ingreso a la universidad entre los alumnos que pertenecían al sistema público, al particular subvencionado, y al privado⁶⁵⁹.

En segundo lugar, estimó que la medida en cuestión no afectaba los derechos de los estudiantes, toda vez que estos debían cumplir con los requisitos de acceso que establecieran las distintas universidades del CRUCH, no teniendo por tanto, un derecho a ser aceptados de manera automática en estas instituciones. En particular sostuvo:

“Además, los estudiantes solo tienen una mera expectativa de ingresar a la educación superior y, para ello deben someterse a la prueba de selección y acatar los demás factores que determinan en definitiva los puntajes de postulación para las diversas cerraras universitarias que ofrece este sistema. Esta conclusión se sustenta en lo previsto en el artículo 42 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, de Educación, que dispone: “la licencia de educación media permitirá optar a la continuación de

⁶⁵⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 134.608, 2 de diciembre de 2013, considerandos 9° y 10°.

estudios en la Educación superiores, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por ley y por las instituciones de educación superior”” (el destacado es nuestro)⁶⁶⁰.

En tercer lugar, recalcó que la autonomía universitaria, de acuerdo con la legislación vigente, hacía referencia a la potestad que tenían las instituciones de educación superior para decidir por sí mismas cómo llevar a cabo sus tareas de docencia, investigación y extensión, facultad que comprendía, entre otras materias, justamente la de fijar los requisitos o condiciones de acceso⁶⁶¹.

Finalmente, recordó que la igualdad suponía tratar de la misma forma a quienes estuvieran en la misma posición, pero que también implicaba comportarse de manera distinta con aquellos que no lo estuvieran, de manera que el legislador podía establecer diferencias, siempre y cuando estas no fuesen arbitrarias⁶⁶². Sobre el particular, conviene tener presente lo que señaló el propio Tribunal:

“El Consejo de Rectores, recurrido en estas causas, propuso para el proceso de admisión 2014, avanzar hacia orientaciones estratégicas de inclusión, con una herramienta que considera eficaz -mantener el ranking de notas y flexibilizar su ponderación- decisión que no puede ser cuestionada por esta vía, por cuanto forma parte de las políticas sobre el sistema de educación superior que dicha entidad debe generar y mejorar y, *en este caso, lo hizo a*

⁶⁶⁰ *Ibidem*. Considerando 10°.

⁶⁶¹ *Idem*.

⁶⁶² *Ibidem*. Considerando 16°.

*través de un instrumento que representa valores y bienes públicos, con un claro compromiso social para reconocer el mérito y el talento de los alumnos, evitando discriminaciones en el ámbito sociocultural de los postulantes” (el destacado es nuestro)*⁶⁶³.

Por nuestra parte, concordamos en gran medida con esta decisión. En efecto, aun cuando el Tribunal no reconoce de forma explícita que el derecho de acceso a la educación universitaria constituye un derecho fundamental, sí repara correctamente en que el ingreso a ella, está determinado en parte, por el tipo de establecimiento del cual provenga el estudiante. A este respecto, autores como García y Castillo concluyen que:

“En la medida que la elección del establecimiento se condiciona por la capacidad de pago de las familias, los tres subsistemas educativos resultantes, Particular Pagado, Particular Subvencionado y Municipal, reproducen con nitidez las diferencias en el capital cultural de los estudiantes de diversa composición socioeconómica. (...) *Esta segmentación es captada por los puntajes PSU, traduciéndose en diferenciales medias para cada subsistema y en la sub o sobre-representación alcanzada por los alumnos en los segmentos analizados”* (el destacado es nuestro)⁶⁶⁴.

⁶⁶³ *Ibíd.* Considerando 11°.

⁶⁶⁴ RODRIGEZ, GARCÉS, Carlos, CASTILLO RIQUELME, Víctor. Nivel de logro PSU: Lo que devela el puntaje corregido en las Pruebas de Admisión Universitaria en Chile. Propuesta Educativa. 44 (2): 2015. p. 96. En el mismo sentido: KOLJATIC, Mladen, SILVA, Mónica. Algunas reflexiones a siete años de la implementación de la PSU. Estudios Públicos. 120: 2010. pp. 5 y ss.

En este sentido, los instrumentos de evaluación estandarizados, tales como la PSU, presentan un importante problema, puesto que no toman en cuenta las diferencias socioeconómicas que existen entre los estudiantes, las cuales explican en parte porque algunos postulantes obtienen mejores resultados que otros⁶⁶⁵. Por tanto, al igual como lo ha expresado la Corte colombiana, se deben introducir mecanismos que busquen corregir esta situación con el objeto de garantizar que los postulantes de los sectores más vulnerables tengan la posibilidad real y efectiva de poder acceder a la educación superior.

5.- La accesibilidad económica en el contexto del acceso a la educación superior

El año 2005, el Gobierno introdujo un sistema de financiamiento que tenía por objeto garantizar progresivamente la gratuidad de la educación universitaria para los sectores más vulnerables de la población. Sin embargo, algunos parlamentarios decidieron presentar un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, para lo cual alegaron, entre otras consideraciones, que el proyecto de marras resultaba discriminatorio, pues que establecía que solo podían recibir este tipo de financiamiento, las instituciones que pertenecieran al CRUCH y los centros privados que estuvieran acreditados por más de cuatro años, que contemplaran mecanismos de participación estudiantil, y que no persiguieran fines de lucro, lo que cual implicaba, a su parecer, privar a muchas estudiantes de poder acceder a este beneficio.

⁶⁶⁵ BRUNNER, Joaquín José. Educación Superior en Chile. Instituciones, Mercados y Políticas Gubernamentales (1967-2007). Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2009. p. 386.

Sin embargo, y esto se debe destacar, la Corte estimó que el fin que buscaba el legislador, a saber, asegurar la gratuidad de la enseñanza universitaria para los alumnos más vulnerables, resultaba legítimo, toda vez que la educación tenía por objeto el pleno desarrollo de la persona humana durante las distintas etapas de su vida, y que el derecho en comento, consideraba a los niños y a los jóvenes como el centro del proceso de aprendizaje⁶⁶⁶. Sin embargo, lo que los jueces objetaron, fue que el legislador estableciera como condición para poder acceder a este beneficio, el cumplimiento de requisitos que eran ajenos a la situación personal de los postulantes, tales como, optar por una institución que perteneciera al CRUCH, o bien por un centro privado que estuviera acreditado o que incorporara el cogobierno universitario. En concreto, estimó que:

“Es por tanto, la aplicación de tales exigencias referidas a las instituciones de educación superior de las cuales forman parte -según como está concebida por esa Glosa de la Ley de Presupuestos-, las que generan diferencias injustificadas entre estudiantes vulnerables que se encuentran en idéntica situación, lo que resulta contrario al principio de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria, consagrado artículo 19, N° 2°, de la Constitución”⁶⁶⁷.

A mayor abundamiento, señaló que otorgar este beneficio en primer lugar, solo a los alumnos que postularan a las universidades del CRUCH, implicaba dejar a un

⁶⁶⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2935, 21 de diciembre de 2015. Considerando 22°.

⁶⁶⁷ *Ibíd.* Considerando 23°.

universo muy grande de estudiantes vulnerables sin poder acceder a dicha ayuda, lo cual tornaba a la distinción en carente de racionalidad y arbitraria⁶⁶⁸. Por otro lado, estimó que exigir a las universidades privadas contar con una acreditación de al menos cuatro años, si bien resultaba atendible, conducía en la práctica a un resultado insatisfactorio, puesto que esta condición no se aplicaba por igual a las instituciones del CRUCH. En este sentido, la Corte fue categórica:

*“El problema de constitucionalidad se produce, sin embargo, porque su aplicación no se realiza a todos los sujetos que se encuentran en la misma situación, ya que se excluye de este requisito a las universidades pertenecientes al CRUCH. Nuevamente, si la finalidad del legislador es que los alumnos que se beneficien por la gratuidad obtengan educación de calidad, no se entiende que elija un factor de diferenciación que permite que un porcentaje relevante de aquellos estudie en universidades que no pueden proveerla. Como es manifiesto, el factor elegido no es racionalmente adecuado para obtener la finalidad legislativa” (el destacado es nuestro)*⁶⁶⁹.

Del mismo modo, en el caso de la triestamentalidad, razonó correctamente, en el sentido que dicha exigencia, no guardaba ningún tipo de relación o conexión con la finalidad que buscaba el legislador, de manera que tampoco resultaba constitucional⁶⁷⁰.

Por último, reparó en un punto bastante importante. En efecto, recordó que de acuerdo

⁶⁶⁸ Ibídem. Considerando 40°.

⁶⁶⁹ Ibídem. Considerando 41°.

⁶⁷⁰ Ibídem. Considerando 42°.

con el PIDESC, el Estado tenía la obligación de asegurar progresivamente la gratuidad de la educación universitaria, pero que el cumplimiento de este deber, no podía conllevar la violación o anulación de otras garantías fundamentales, de manera que la incorporación de nuevos beneficiarios, debía llevarse a cabo respetando el principio de igualdad y no discriminación⁶⁷¹.

En definitiva, el Tribunal concluyó:

“Estos criterios de diferenciación no guardan ninguna relación con el fin que persigue el destino de los recursos contemplados, cual es, el de garantizar el derecho social a la educación a aquellos titulares del mismo que se encuentran en igual condición de vulnerabilidad. No resulta razonable, entonces, que para el ejercicio de ese derecho, cuya titularidad solo puede corresponder a las personas universalmente consideradas, se exija el cumplimiento de requisitos que escapen a su propia voluntad y a su propia condición personal” (el destacado es nuestro)⁶⁷².

En nuestra opinión, esta sentencia resulta interesante por varias razones. En primer lugar, resulta claro que el Tribunal razona en torno a la idea que el alumno representa el centro de la relación educacional, y que por tanto, el respeto a sus derechos constituye el parámetro más relevante que se debe tener a la vista para poder resolver este tipo de cuestiones, tal como ha señalado por lo demás, tanto en el TEDH como la

⁶⁷¹ *Ibíd.* Considerando 44°. En este sentido, véase: CANELO, Carol. La gratuidad progresiva en la educación superior. Una obligación de rango constitucional del Estado de Chile. *Revista pedagogía universitaria y didáctica del derecho*. 2(1): 2014. pp. 29 y ss.

⁶⁷² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2935, 21 de diciembre de 2015. Considerando 48°.

Corte Constitucional de Colombia⁶⁷³. Por otro lado, la Corte parte de la base que el acceso a la universidad, también constituye un derecho fundamental, y que por tanto, los poderes públicos deben adecuar su trabajo al marco normativo que a este respecto establece la constitución. En la práctica, esto supone que el legislador debe procurar que exista una relación de racionalidad y proporcionalidad entre los medios que emplea, y los fines que persigue, y en particular, que los requisitos que defina, tomen en cuenta ante todo la condición de vulnerabilidad del postulante, y no, otro tipo de circunstancias que resulten ajenas a su voluntad.

Finalmente, creemos que no resulta aceptable que el legislador distinga entre las distintas instituciones de educación superior según si estas pertenecen a un determinado grupo de interés. En este sentido, nos parece que la ley debe establecer un criterio uniforme, válido para todos los centros de enseñanza, en orden a reservar la gratuidad únicamente para aquellas instituciones que satisfagan un cierto estándar de calidad, sin importar si estas pertenecen o no al CRUCH. A favor de esta idea, debemos recordar, tal como ha quedado establecido en capítulos anteriores, que los cupos universitarios constituyen bienes públicos, en el sentido que existe un interés de toda la sociedad en que puedan acceder a este tipo de formación, no solo los postulantes más capacitados, sino que también, que la educación que estos reciban, sea la más adecuada en función de las necesidades actuales de la sociedad, de manera que los recursos se deben asignar, precisamente a aquellas instituciones que cumplan con esta tarea.

⁶⁷³ *Supra* Capítulo 2, 4.4 y Capítulo 4, 5.1.

6.- Conclusiones

1.- En principio, tal como hemos visto en capítulos anteriores, el alumno constituye el principal beneficiario de la relación jurídica que se establece entre los poderes públicos, los centros de enseñanza y las familias, de manera que los derechos y libertades de los que son titulares los distintos actores que intervienen en el ámbito de la educación, no tienen por objeto satisfacer sus propios intereses subjetivos, sino que la posibilidad relativa a que el educando pueda desarrollar su proceso de aprendizaje en un ambiente de libertad y de pleno respeto a sus garantías fundamentales. Sin embargo, en el ámbito del acceso, parte de nuestra jurisprudencia razona de un modo distinto. En efecto, algunos jueces entienden que los sostenedores tienen plena libertad para poder organizar y administrar sus respectivos centros, y, por ende, para determinar los requisitos y las condiciones de acceso, de manera que, en principio, las familias no tienen otra alternativa más que aceptar o rechazar las condiciones que de forma unilateral defina el colegio. En este sentido, la educación se concibe más como un objeto de intercambio económico, que como un derecho social.

2.- A pesar de lo anterior, en nuestro estudio también hemos podido detectar algunos avances importantes. En efecto, el Tribunal Constitucional ha entendido, en especial en sus últimos fallos, y muy claramente en la sentencia rol 2.787 del año 2015, que la libertad de enseñanza no equivale simplemente a libertad para contratar, por el contrario, esta garantía igualmente presenta una importante función objetiva, en tanto

constituye un medio que sirve para asegurar los valores de la libertad y pluralismo, y en especial, el derecho a la educación.

3.- Para la Corte, el fundamento de esta tesis es doble. En primer lugar, se apoya en el art. 19 N° 10 de la Constitución, el cual establece expresamente que es deber de la comunidad el contribuir al desarrollo y al perfeccionamiento de la educación. En segundo lugar, también se fundamenta en lo que dispone el art. 13 del PIDESC, norma que prescribe que la administración tiene la facultad para exigir a los establecimientos de enseñanza el cumplimiento de una serie de requisitos mínimos, y que este tipo de exigencias, entre las cuales se encuentran las relativas a los procesos de admisión, la prohibición de la selección y del copago, no constituyen bajo ningún supuesto una restricción a la libertad de enseñanza.

4.- En esta línea, si bien el Tribunal Constitucional ha desarrollado un método de interpretación finalista, esto es, centrado en los intereses del educando, este no ha dado lugar a un acervo jurisprudencial, uniforme, coherente y sistemático.

5- Por último, en materia de educación superior, existe una cierta tendencia, si bien algo incipiente, a considerar que el acceso a este tipo de formación constituye un derecho fundamental. Así, los tribunales han sostenido que las instituciones de enseñanza están facultadas para establecer condiciones de acceso que tengan por objeto favorecer a los alumnos que pertenezcan a los sectores más vulnerables. Del mismo, también han afirmado que el acceso a la gratuidad no se puede condicionar al cumplimiento de requisitos que sean discriminatorios.

CAPITULO VI

LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A RECIBIR UNA EDUCACIÓN ACEPTABLE Y QUE SE ADAPTE A LAS NECESIDADES DEL EDUCANDO

1.- Objetivos

En este capítulo nos proponemos identificar y analizar las principales líneas jurisprudenciales que se han desarrollado en nuestro país en el ámbito de la aceptabilidad y la adaptabilidad de la enseñanza.

2.- El deber del Estado de garantizar los derechos fundamentales del educando durante el desarrollo de su proceso formativo

Los establecimientos de enseñanza están facultados para imponer a sus alumnos algunos tipos de sanciones, las cuales pueden consistir por ejemplo, en una simple amonestación, la suspensión de asistir a clases, o la cancelación de la matrícula⁶⁷⁴. Sin embargo, esta potestad no se puede ejercer de manera arbitraria, por el contrario, las autoridades escolares deben procurar que exista una relación de proporcionalidad entre el castigo y la falta, y que se respeten ciertas garantías procesales mínimas⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ CHILE. Ministerio de Educación. 2009. Ley N° 20.370: Ley general de educación. 12 de septiembre de 2009. Art. 45 letra f).

⁶⁷⁵ En este sentido, la Corte de Apelaciones de Iquique ha señalado que: "en el caso en cuestión, no cabe duda que *la facultad de juzgar y sancionar disciplinariamente las conductas o hechos en que incurran los alumnos el Colegio Inglés de Iquique, esto es, las potestades disciplinarias de las autoridades del establecimiento, no tiene carácter discrecional, ni queda al mero arbitrio de quien la detenta, sino que es reglada*, pues se ejercita en la forma y en los casos que contempla el denominado "Manual de Convivencia", acompañado por ambas partes, cuerpo normativo que

Para estos efectos, vamos a estudiar en primer lugar, algunas sentencias en las cuales se discutió si los alumnos podían invocar el derecho al debido proceso en el supuesto que fueran expulsados por haber cometido algún acto contrario al reglamento interno del establecimiento. En este sentido, podemos observar que en algunos casos, y a diferencia de lo que ha sostenido su par colombiano, los tribunales han entendido que la garantía del debido proceso, no resulta aplicable a este tipo de situaciones, bien sea, porque el recurso de protección solo es procedente respecto del derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, o también, porque aun en el caso en el que esta garantía se entienda de un modo más amplio, los centros de enseñanza no ejercen en estricto rigor, funciones jurisdiccionales⁶⁷⁶.

Un buen ejemplo de esta doctrina, lo constituye la sentencia rol n° 2.955-2007 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago⁶⁷⁷. Básicamente, el problema se produjo, a raíz de que un grupo de alumnos, en el contexto de las movilizaciones estudiantiles del año 2007, decidieron tomarse su colegio, como un modo de protestar y

persigue regular y detallar las diferentes relaciones que coexisten en la organización, y donde, entre otras materias, se establece un catálogo de conductas y sanciones, como también el procedimiento a seguir” (el destacado es nuestro). CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE. Rol N° 718-2008, de 16 de diciembre de 2008, considerando 3°.

⁶⁷⁶ Una revisión crítica de esta jurisprudencia, se puede consultar en: MATTE IZQUIERDO, Arturo. Recurso de protección y garantía constitucional del debido proceso en los procedimientos seguidos por los establecimientos educacionales en la adopción de sanciones disciplinarias. Análisis de jurisprudencia”. Revista Chilena de Derecho, 36 (1): 2009. p. 166. MATTE IZQUIERDO, Arturo. Sanciones disciplinarias por agresiones desplegadas por alumnos a través de un fotolog. Jurisprudencia constitucional sobre bullying en Chile. Anuario de doctrina y jurisprudencia, Santiago de Chile, Libertad y Desarrollo, 2008. p. 261 y ss. MATTE IZQUIERDO, Arturo. Movilizaciones estudiantiles y el derecho de los estudiantes a la libertad de expresión como límite a libertad de enseñanza. Revista Chilena de Derecho, 38 (1): 2011. p. 181. MATTE IZQUIERDO, Arturo. Recursos de protección y movilizaciones estudiantiles. Anuario de doctrina y jurisprudencia, Santiago de Chile, Libertad y Desarrollo 2012. p. 380 y ss. GARCIA, José Francisco, VERDUGO, Sergio. Activismo judicial en Chile ¿hacia el gobierno de los jueces? Santiago de Chile, Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013. pp. 75 y ss.

⁶⁷⁷ En el mismo sentido, véase: CORTE DE APELACIONES DE ARICA. Rol N° 209-2006, 16 de mayo de 2006. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 6.469-2006, 1 de marzo de 2007.

exigir una mejora del sistema educacional chileno.⁶⁷⁸ Frente a este hecho, y luego de depuesta la toma, las autoridades del establecimiento optaron por expulsar a algunos alumnos, no respetando, de acuerdo con los recurrentes, el derecho que estos tenían al debido proceso y a la igualdad ante la ley. La Corte sin embargo, rechazó la demanda, puesto que entendió que no tenía facultades para examinar la constitucionalidad de la normativa interna del establecimiento, declarando en definitiva que:

“tampoco se divisa infracción a la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, específicamente infracción a los incisos 3° y 4° del número 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el ser juzgado por comisiones especiales y el correspondiente debido proceso, ya que los recurrentes no fueron objeto de un juicio o juzgamiento ni fueron objeto de una sentencia jurisdiccional, sino que todo se limitó a aplicarles una sanción administrativa impuesta por el Director del colegio, persona revestida con facultades legales y reglamentarias suficientes para ello, *por lo que resulta artificioso invocar tal garantía en el caso de autos, atendido a que el número 3 del artículo 19 de la Carta Magna se refiere precisamente a un juzgamiento en juicio, situación que no ha ocurrido en el caso de autos*” (el destacado es nuestro)⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ Una toma, es el acto por el cual los alumnos de un determinado establecimiento de enseñanza, ocupan materialmente sus instalaciones, con la finalidad de reivindicar ciertas demandas de orden nacional o local. En este sentido, y al menos en principio, este tipo de conductas no están amparadas por el ordenamiento jurídico. Una discusión de esta problemática, puede consultarse en: LOVERA Domingo. Toma de colegios (y protestas). comentario de la sentencia de la Corte Suprema rol n° 23.540-2014, de 4 de noviembre de 2014. Revista de Derecho UCN. 22 (1): 2015. pp. 585 y ss.

⁶⁷⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 2.955-2007, 22 de agosto de 2007, considerando 8°. También: CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 2473-2005, considerando 7°. CORTE DE

Ahora bien, en contra de esta tesis, podemos citar un interesante fallo del año 2006, también de la Corte de Apelaciones de Santiago, el cual además, destaca por hacer referencia directa al vínculo que existe entre derecho a la educación y debido proceso⁶⁸⁰. Un grupo de alumnos, los cuales habían participado en la toma del Liceo José Victorino Lastarria, interpusieron un recurso de protección en contra del alcalde de Providencia, debido que en su parecer, este había violado su derecho no ser juzgados por comisiones especiales, a un proceso racional y justo y a la igualdad ante la ley, al haber sido expulsados del establecimiento en cuestión, sin que la autoridad haya llevado a cabo previamente algún tipo de investigación.

Por su parte, y a diferencia del caso anterior, esta vez la Corte acogió el recurso para lo cual tuvo a la vista los siguientes argumentos.

En primer término, de forma bastante acertada, tomó en cuenta que de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niños, el Estado había asumido el deber de adoptar todas las medidas necesarias para velar porque la disciplina escolar se administrara de un modo que fuera compatible con la dignidad del educando⁶⁸¹.

Acto seguido, recordó que la ley sobre procedimientos administrativos, resultaba aplicable a las municipalidades, y que por tanto, los actos que estas llevaran a cabo, debían regirse por los principios de contradictoriedad, impugnabilidad, transparencia y

APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 1595-2008, considerando 7°. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 1296-2006, de 26 de diciembre de 2006, considerando 8°. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 2012-2006, de 13 de febrero de 2007, considerando 8°. CORTE DE APELACIONES DE ARICA. Rol N° 492-2011, de 9 de enero de 2012, considerando 5°. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 1497-2004, 1 de abril de 2005, considerando 4°.

⁶⁸⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 5589-2006, 19 de enero de 2007.

⁶⁸¹ *Ibidem*. Considerando 6° A.

publicidad⁶⁸². A continuación, introdujo dos consideraciones muy relevantes. La primera, consistió en señalar que entre las funciones del director, estaban las de administrar, supervisar y coordinar las distintas actividades del establecimiento, lo que conllevaba el deber de velar por el bienestar de los estudiantes⁶⁸³. La segunda, pasó por resaltar que de acuerdo con la antigua LOCE, los establecimientos de enseñanza estaban obligados a darse un reglamento interno, el cual debía contener las conductas que serían objeto de sanción, el procedimiento al que sería sometido el alumno en caso de infringir dichas normas, y la especificación de las instancias de revisión correspondiente⁶⁸⁴.

En segundo lugar, entendió que el art. 19 n° 3 de la Constitución, se aplicaba a toda clase de procedimientos, aun a los que no tenían carácter jurisdiccional, en especial, si estos conllevaban la aplicación de algún tipo de sanción. En apoyo de esta idea, consideró que de acuerdo con el art. 25 de la CADH, toda persona tenía derecho a contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales competentes, a fin de buscar amparo contra los actos que violaran sus derechos fundamentales, y que esta norma, resultaba vinculante para los tribunales chilenos, puesto que así lo disponía expresamente el art. 5 de la Carta Fundamental⁶⁸⁵.

Así, con base en estos principios, pasó a decidir el asunto objeto de controversia. Como primera cuestión, reparó en el hecho que el reglamento interno del centro no establecía ningún tipo de procedimiento administrativo para los efectos de poder hacer

⁶⁸² *Ibidem*. Considerando 6° C.

⁶⁸³ *Ibidem*. Considerando 6° E.

⁶⁸⁴ *Ibidem*. Considerando 6° G.

⁶⁸⁵ *Ibidem*. Considerando 15°.

efectiva la responsabilidad de los alumnos, y que tampoco, se detallaban los castigos a los cuales estos se verían expuestos, en el evento de ser encontrados culpables⁶⁸⁶.

Por otro lado, estableció que en atención a que el ejercicio de la potestad disciplinaria constituía un materia que era de resorte exclusivo del director del colegio, la decisión del alcalde, de expulsar a los alumnos, debía ser considerada ilegal, toda vez que este actuó fuera del marco de sus atribuciones. Sin embargo, y esto era importante, la decisión en cuestión, no solo adolecía de ilegalidad de origen, sino que también de ejercicio. Para llegar a esta conclusión, constató que las autoridades no respetaron los principios más básicos que establecían tanto la ley de procedimiento administrativo como la LOCE, puesto que las conductas que se les imputaron a los alumnos no estaban tipificadas como infracción en el reglamento interno del Liceo, estos no fueron oídos ni tuvieron derecho a defensa, se les privó de la posibilidad de impugnar la decisión, y como si esto no fuera suficiente, el alcalde les informó sobre su expulsión de manera oral y a través de los medios de comunicación.

Por último, estimó que la medida también fue arbitraria, toda vez que el alcalde no pudo acreditar la participación de los afectados en los sucesos que dieron origen al recurso, de modo que su decisión, solo tuvo como fundamento, la improvisación, la pasión y el abuso de poder⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ *Ibíd.* Considerando 6° I.

⁶⁸⁷ *Ibíd.* Considerando 9°.

Finalmente, y debido a estas consideraciones, la Corte concluyó que el accionar de la autoridad edilicia, había importado la violación de una serie de garantías fundamentales de las cuales eran titulares los alumnos, tales como la igualdad ante la ley, la protección de la propiedad, y desde luego, el respeto al debido proceso⁶⁸⁸.

Ahora bien, tratándose de establecimientos privados, esta tesis también ha recibido apoyo por parte de los tribunales. A este respecto, podemos traer a colación la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta rol 19-2010. Durante el año 2011, unos alumnos participaron en la toma de su colegio, sin embargo, esta solo duró algunas horas, puesto que las autoridades del establecimiento solicitaron la intervención de Carabineros a fin de poder forzar el desalojo. Ante este hecho, unos apoderados enviaron una carta de reclamo, en la cual mostraron su rechazo frente esta medida, básicamente, debido a que el procedimiento policial terminó con serios incidentes y con algunos alumnos heridos. No obstante, y de manera intempestiva, el centro decidió poner término al contrato de servicios educacionales que había celebrado con los padres que presentaron dicho reclamo. A su vez, los afectados interpusieron un recurso de protección en contra del colegio, fundando su pretensión, en que el establecimiento había infringido una serie de garantías fundamentales de las cuales eran titulares sus hijos, entre ellas, el derecho al debido proceso.

⁶⁸⁸ *Ibíd.* Considerandos 13°, 14° y 15°. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema: CORTE SUPREMA. Rol 852-2007, 28 de mayo de 2007. En el mismo sentido: CORTE SUPREMA. Rol N° 3179-2012, de 14 de agosto de 2012, considerando 4°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 3380-2012, de 3 de abril de 2012, considerando 5°. CORTE SUPREMA. Rol N° 3751-2013, 29 de julio de 2013, considerando 5°.

A este respecto, el Tribunal acogió el recurso, para lo cual, procedió a examinar la legalidad de la medida que adoptó el sostenedor. En este orden de ideas, la Corte expresó de forma muy clara, que de acuerdo con la CDN, el Estado tenía el deber de adoptar las medidas necesarias para que los menores no fueran objeto de discriminaciones o castigos por causa de las opiniones o creencias que expresaran o tuvieran sus padres o tutores legales⁶⁸⁹. Sin embargo, en la especie, los alumnos fueron sancionados justamente por una conducta que ellos no cometieron, lo cual contravenía el reglamento interno del establecimiento, debido a que este prescribía que la cancelación de la matrícula constituía la medida disciplinaria más grave, y que la misma solo se podía aplicar luego de haber investigado los hechos y oído a las partes, cosa que no ocurrió⁶⁹⁰. Además, estimó que esta decisión tampoco se avenía con el ideario del centro, dado que entre sus principios rectores, estaba el de Fraternidad, de acuerdo con el cual, el establecimiento se comprometía a: “Aceptar a las personas, acogiéndolas sinceramente, respetar las ideas de los otros y no condenar a nadie por ellas, tener actitud de diálogo para comprender y no juzgar”⁶⁹¹. Por otro lado, sostuvo que el actuar del centro también vulneró la garantía de igualdad ante la ley, puesto que el sostenedor les impidió a los alumnos afectados poder reintegrarse al establecimiento, a pesar de no haber contravenido ninguna norma del reglamento interno, de manera que en los hechos, no se respetó el procedimiento que se garantizaba al resto de sus compañeros⁶⁹². Por último, consideró que el alegato que formularon los recurridos, en orden a que por

⁶⁸⁹ CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. Rol N° 19-2010, 27 de enero de 2012, considerando 4°.

⁶⁹⁰ *Ibidem*. Considerando 6°.

⁶⁹¹ *Ídem*.

⁶⁹² *Ibidem*. Considerando 7°.

tratarse de un acuerdo entre privados, los padres estaban obligados a respetar la voluntad del establecimiento, no era de recibo, dado que ninguna cláusula contractual se podía interpretar en el sentido de afectar los derechos de los educandos, cuyos intereses no se habían tenido a la vista en ningún momento⁶⁹³.

Ahora bien, no basta con que el sostenedor cumpla con respetar algunas garantías procesales mínimas, también debe evitar imponer sanciones que sean desproporcionadas. En este sentido, nos vamos a referir en primer lugar, a la sentencia de la Corte Suprema rol 894 del año 2003. Un establecimiento de enseñanza decidió no renovar la matrícula de una de sus alumnas para el año lectivo siguiente, sobre la base que esta había incurrido en una serie de actos de indisciplina, siendo los más graves, el haber sido sorprendida masticando goma de mascar dentro de la sala de clases y el haber arrancado algunas páginas de su libreta de comunicaciones. A lo anterior, las autoridades escolares agregaron que los padres de la estudiante no habían mostrado interés por la educación de su hija, y que esto solo ocurrió, cuando tomaron conocimiento de la decisión que había tomado el sostenedor. Por su parte, los padres de la menor decidieron interponer un recurso de protección en contra del establecimiento, puesto que en su parecer, las autoridades actuaron de manera arbitraria, dado que la sanción que le aplicaron a la alumna, no guardaba relación con la gravedad de la falta, lo que importaba desconocer los derechos de su hija a la igualdad ante la ley y al debido

⁶⁹³ *Ibíd.* Considerando 8°. En el mismo sentido: CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 805-2011, considerando 13°. CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT. Rol N° 343-2011, de 31 de enero de 2012, considerando 6°. CORTE SUPREMA. Rol N° 2328-2013, de 22 de mayo de 2013, considerando 5°. CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. Rol N° 10-2008, de 25 de noviembre de 2008, considerando 4°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 3620-2008, considerandos 18°, 20° y 21°. CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA. Rol N° 592-2012, de 10 de agosto de 2012, considerando 9°.

proceso, entre otros. Sin embargo, la Corte rechazó la acción. En efecto, los jueces estimaron que la actuación del colegio se ajustó a derecho, en atención a que el sostenedor se limitó a aplicar una de las tantas sanciones que estaban contempladas en el reglamento del centro, y al hecho que por tratarse de un acuerdo entre privados, cualquiera de las partes podía decidir poner término al contrato aun cuando no se verificara ninguna causal. En el fondo, y tal como hemos visto en el capítulo anterior, el Tribunal entendió que la libertad de enseñanza equivalía simplemente a libertad para contratar, de manera que lo único que podía hacer, era verificar si la actuación del sostenedor se había ajustado a lo que las partes habían estipulado en la convención⁶⁹⁴. Por esta razón, el Tribunal no procedió a examinar la razonabilidad o proporcionalidad de la medida en cuestión, limitándose solo a hacer referencia a su falta de ilegalidad y arbitrariedad⁶⁹⁵. En este sentido, nos parecer oportuno citar a la propia Corte:

“la libertad de un ciudadano de escoger determinado establecimiento de enseñanza para sus hijos, no significa que dicho establecimiento está en la obligación de recibirlos ni tampoco, mantenerlo en él, a menos que se pacte lo contrario. (...) La celebración de todo tipo de contratos se inscribe en el concepto de

⁶⁹⁴ *Supra*, Capítulo 5, 2.

⁶⁹⁵ Concordamos con Vargas, Peña y Correa cuando señalan “Como se ha dicho en el Capítulo II, no existe propiamente una jurisdicción constitucional en Chile, en el sentido que su práctica produzca, en beneficio común, los bienes públicos que es posible esperar de la resolución de casos típicamente constitucionales. Ni la inaplicabilidad ni el llamado recurso de protección han colaborado, de modo relevante, a dar vigencia al texto constitucional, a limitar efectivamente el ejercicio del poder político por aplicación de los derechos garantidos en la Constitución o a desarrollar su significado y darles vigencia social. Decimos que estos mecanismos no han colaborado a desarrollar un significado del texto constitucional que ayude a darle vigencia efectiva y a socializar su conocimiento, ya que a través de estas vías, no se ha producido una jurisprudencia constitucional coherente y sostenida”. VARGAS, Juan Enrique, PEÑA, Carlos, CORREA, Jorge. *El Rol del Estado y del Mercado en la Justicia. Cuadernos de análisis jurídico*. 42: 2001. p 140.

autonomía de la voluntad que poseen todos los ciudadanos -en el presente caso, tanto de la recurrente como de la recurrida-, de tal suerte que, aún sin la concurrencia de alguna causal, podría cualquier parte poner término al convenio celebrado. Así, puede el apoderado hacer abandono del establecimiento incluso sin dar aviso ninguno a sus autoridades, trasladando a su pupilo a otro” (el destacado es nuestro)⁶⁹⁶.

Un criterio distinto lo podemos encontrar en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt rol 156-2010. Una menor fue expulsada del colegio al cual asistía, puesto que estando en calidad de alumna condicional, llegó atrasada a la clase de educación física. Ahora bien, la estudiante se encontraba en esta situación, debido a que con anterioridad a los hechos que dieron origen a la cancelación de la matrícula, fue sorprendida consumiendo algunas pastillas de clonazepam durante la hora de recreo. Por su parte, los padres de la menor presentaron un recurso de protección en contra de las autoridades del centro, solicitando al Tribunal que declarara la arbitrariedad de la medida, y que procediera a ordenar la reincorporación de su hija al establecimiento.

⁶⁹⁶ *Ibíd.* Considerando 12°. En el mismo sentido: CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION. Rol N° 539-2009, de 14 de enero de 2010. CORTE SUPREMA. Rol N° 37-2007, de 30 de enero de 2007, considerando 5°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 6828-2006, de 19 de enero de 2006, considerando 6°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 6787-2006, 14 de marzo de 2007, considerandos 8°, 9° y 10°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 18.886-2011, de 30 de diciembre de 2011, considerando 9°. CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO. Rol N° 839-2011, de 9 de enero de 2012, considerando 3°. CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT. Rol N° 340-2011, de 28 de enero de 2011, considerando 4°. CORTE SUPREMA. Rol N° 1772-2012, de 27 de febrero de 2012, considerando 2°. CORTE SUPREMA. Rol N° 4810-2013, de 19 de octubre de 2013, considerando 4°. CORTE SUPREMA. Rol N° 4857-2007, de 31 de octubre de 2007, considerandos 4°, 5° y 6°. CORTE SUPREMA. Rol N° 4877-2008, de 4 de diciembre de 2008, considerandos 1° y 2°. CORTE SUPREMA. Rol N° 7353-2008, de 15 de enero de 2009, considerandos 1° y 2°.

Frente a este hecho, y a diferencia del caso anterior, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt acogió la acción.

En este sentido, los jueces no desconocieron que la menor infringió de forma grave el reglamento interno del centro al consumir sustancias que estaban prohibidas. Sin embargo, el sentenciador tomó nota del hecho que en lugar de expulsar a la alumna, que era la sanción que para este tipo de conductas establecía el manual de convivencia, las autoridades optaron por darle una oportunidad, y condicionar su permanencia al hecho de no volver a cometer actos de indisciplina. No obstante, y a pesar de la circunstancia que la alumna incumplió dicho compromiso, la Corte consideró que la medida que tomó el colegio fue desproporcionada y carente de todo fundamento, puesto que llegar tarde a una clase, aun cuando la estudiante se encontrara en calidad de alumna condicional, no constituía una conducta lo suficientemente grave como para justificar la aplicación de una medida tan perjudicial para sus intereses. En concreto, el Tribunal declaró que:

“Que, si bien debemos estar de acuerdo en que todo establecimiento tiene derecho a establecer determinadas reglas a que deberán sujetarse los alumnos para la adecuada enseñanza, *en el ejercicio de ellas debe observar que se está en presencia de un bien preciado cual es la educación, y que existiendo siempre la posibilidad de que tales normas internas se*

quebranten, su sanción habrá de ser proporcionada a las faltas cometidas” (el destacado es nuestro)⁶⁹⁷.

Por otro lado, este fallo fue confirmado por la Corte Suprema, la cual agregó dos consideraciones que vale la pena destacar⁶⁹⁸. En primer lugar, estimó que el establecimiento había asumido el deber de educar a la menor, lo que suponía no solo la obligación de entregar los contenidos curriculares mínimos, sino que también, el compromiso de preocuparse por la formación del carácter de la educanda. A este respecto sostuvo: “Que las conductas descritas en el motivo anterior en que incurrió la alumna con posterioridad a su condicionalidad, si bien son reprochables, *debe entenderse como manifestación de su proceso de formación y desarrollo aún no cimentado, del cual la educadora recurrida ya mencionada no puede desentenderse*” (el destacado es nuestro)⁶⁹⁹. En segundo lugar, consideró que la medida que tomó el sostenedor fue desproporcionada, toda vez que le impidió a la alumna poder continuar con el normal desarrollo de su proceso formativo, debido a que era prácticamente imposible poder encontrar, a mitad de año, matrícula en otro colegio, lo cual sin duda violaba su derecho a la igualdad ante la ley, el cual estaba garantizado por el art. 19 n° 2 de la Constitución⁷⁰⁰.

Finalmente, esta tesis también ha sido afirmada respecto de los centros privados. En este sentido, nos vamos a detener en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica

⁶⁹⁷ CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT. Rol N° 156-2010, 20 de julio de 2010, considerando 4°.

⁶⁹⁸ CORTE SUPREMA. Rol N° 5482-2010, 31 de agosto de 2010.

⁶⁹⁹ *Ibíd.* Considerando 5°.

⁷⁰⁰ *Ibíd.* Considerando 6°.

rol 217-2011. En efecto, una alumna del Colegio Alemán convocó a sus compañeros a una reunión informativa, con el objeto de discutir acerca de las movilizaciones estudiantiles que se estaban desarrollando en el país. Sin embargo, las autoridades del colegio consideraron que este hecho iba en contra del reglamento del centro, puesto que por tratarse de un recinto privado, los estudiantes previamente debían pedir permiso a fin de poder utilizar algunas de sus instalaciones. Ahora bien, como esto no ocurrió, el sostenedor tomó la decisión de cancelar la matrícula de la menor. Ante esta situación, sus padres presentaron un recurso de protección en contra del establecimiento, ya que en su parecer, las autoridades escolares desconocieron una serie de garantías fundamentales de las cuales era titular su hija, tales como el derecho de reunión, el derecho a poder emitir opinión, y el derecho al debido proceso.

Por su parte, el Tribunal estimó que el castigo en cuestión fue desproporcionado, toda vez que las autoridades no consideraron que se trataba de una estudiante que estaba por egresar de la educación escolar y que la asamblea a la cual convocó, tenía por objeto abordar un problema que afectaba a todo el país⁷⁰¹. Para los jueces, esta decisión afectó el derecho de la alumna a no ser juzgada por comisiones especiales, el cual está consagrado en el art. 19 n° 3 de la Constitución, de tal manera que ordenó dejar sin efecto la medida que adoptó el sostenedor⁷⁰². A su vez, la Corte Suprema aceptó este criterio:

⁷⁰¹ CORTE DE APELACIONES DE ARICA. Rol N° 217-2011, 19 de julio de 2011, considerando 9°.

⁷⁰² “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. CONSTITUCION POLITCIA DE CHILE. Art. 19 N° 3.

“queda de manifiesto que la motivación del acto de la recurrida es arbitraria. *En efecto, no es razonable expulsar de una comunidad a una persona en razón de que ésta emita ideas críticas sobre la labor del órgano estudiantil que representa a los alumnos del colegio y que promueva acciones estudiantiles entre sus compañeros.* Que el comportamiento de la recurrida contraría la libertad de expresión asegurada en el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, porque transgrede el ejercicio del derecho a difundir informaciones e ideas de toda índole, sin que se aprecie que la alumna haya abusado de dicho ejercicio. *Además, transgrede el ordenamiento jurídico internacional de carácter particular de los niños, niñas y adolescentes vigente en el país, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño en sus artículos 12, 13, 14, 15 y 17, que contempla las libertades de opinión, expresión, asociación, conciencia y religión”* (el destacado es nuestro)⁷⁰³.

⁷⁰³ CORTE SUPREMA. Rol N° 7016-2011, 5 de octubre de 2011, considerandos 3° y 4°. En el mismo sentido: CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT. Rol N° 326-2011, de 23 de enero de 2012, considerando 3°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 5717-2006, 12 de diciembre de 2006, considerando 10°. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Rol N° 322-2011, de 27 de diciembre de 2011, considerando 8°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 6279-2005, de 30 de diciembre de 2005, considerando 5°. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Rol N° 429-2005, de 15 de mayo de 2008, considerando 7°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 18.900-2011, de 29 de diciembre de 2011, considerandos 5° y 7°. CORTE SUPREMA. Rol N° 1782-2012, de 20 de marzo de 2012, considerandos 10° y 11°. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 320-2010, de 4 de mayo de 2010, considerando 7°. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Rol N° 63-2011, de 31 de agosto de 2011, considerando 4°. CORTE SUPREMA. Rol N° 11.626-2011, de 26 de julio de 2012, considerando 1°. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Rol N° 187-2011, de 30 de septiembre de 2011, considerando 11°. En relación a este tema, Matte comenta: “A pesar que el reconocimiento que hacen nuestros Tribunales al derecho de los estudiantes a manifestarse y emitir sus opiniones significa un gran avance, ello implica una fuerte limitación a la libertad de enseñanza que puede interferir con las funciones educativas que desarrollan los colegios y universidades. Al extremarse el derecho de libertad de expresión que gozan los estudiantes, se puede llegar a impedir a los establecimientos educacionales su normal funcionamiento y coartar el derecho que tienen a imponer una disciplina acorde a sus finalidades educativas”. MATTE IZQUIERDO, Arturo. Movilizaciones estudiantiles y el derecho de los estudiantes a la libertad de expresión como límite a libertad de enseñanza. *Revista Chilena de Derecho*. 38 (1): 2011. p. 183.

Como vemos, una parte importante de la jurisprudencia razona en base a la idea que los jueces no pueden evaluar la constitucionalidad de las sanciones que aplican los establecimientos privados, toda vez que estas medidas se enmarcan dentro del ejercicio de la libertad de enseñanza que les reconoce la Constitución⁷⁰⁴. Sin embargo, esta tesis olvida, tal como nos recuerda la Corte IDH, que el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda lesión que se verifique respecto de algún derecho fundamental, sea que esta tenga su origen en actos de la administración, o bien, en actos de sujetos o grupos particulares⁷⁰⁵. A este respecto, el CDESC es muy claro: “El derecho a la educación, como todos los derechos humanos, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir (...) ***La obligación de proteger impone a los Estados Partes adoptar medidas que eviten que el derecho a la educación sea obstaculizado por terceros***” (el destacado es nuestro)⁷⁰⁶.

Esta obligación de protección, conlleva dos consecuencias importantes. En primer lugar, si bien el establecimiento tiene cierta autonomía para poder dictar sus propias normas de convivencia e imponer sanciones disciplinarias, esta libertad no es absoluta, dado que su ejercicio, tal como destaca la Corte colombiana, se debe enmarcar dentro de

⁷⁰⁴ LOVERA PARMO, Domingo. Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía. *Justicia y Derechos del Niño*. 11:2009. p. 46.

⁷⁰⁵ En este sentido, la Corte IDH ha sostenido lo siguiente: “el deber de investigar es un deber estatal imperativo que deriva del derecho internacional y no puede verse atenuado por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole³¹. Como ya ha señalado este Tribunal, en casos de vulneraciones graves a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de evitar la repetición de las mismas sólo se verá satisfecha si se evita su impunidad y se cumple el derecho de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. Por ende, la obligación de investigar constituye un medio para garantizar tales derechos, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Vargas Areco contra Paraguay. 26 de septiembre de 2006. párr. 81. MELISH. Tara. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: manual para la presentación de casos. *Op. Cit.* p. 177.

⁷⁰⁶ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 46 y 47.

los límites que establece la Constitución, puesto que si la ley debe guardar conformidad con el código supremo, con mayor razón lo deben hacer las normas de inferior jerarquía, tales como los reglamentos internos⁷⁰⁷. En este sentido, parte de la jurisprudencia a la que hemos hecho referencia, olvida que el ejercicio de la potestad disciplinaria tiene como límite el respeto a los derechos y a la dignidad del educando, y que la sola existencia de un determinado proyecto educativo, no es razón suficiente para eximir al sostenedor del deber de no violar sus garantías fundamentales⁷⁰⁸. En segundo lugar, este mandato supone que el juzgador debe utilizar las normas y principios sobre derechos humanos como parámetro para precisar el sentido y alcance de las sanciones que establecen los centros de enseñanza, ya que de lo contrario, es decir, al negar la posibilidad de cuestionar la idoneidad de este tipo de normas, la judicatura no estaría sino debilitando el principio de supremacía constitucional⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ UNICEF-COSTA RICA. El Derecho a la Educación y a los Reglamentos. San José de Costa Rica, UNICEF, 1990. p. 22. En este sentido, Casas y Correa sostienen que: “Uno de los problemas que se observa en la aplicación de medidas disciplinarias extremas es que no todas las razones se explicitan en el reglamento interno. De ello se desprende que las decisiones que se adopten sean abusivas por su alta discrecionalidad. En ocasiones la expulsión es una total sorpresa para la familia o el apoderado, pues no hubo un camino previo que tanto la escuela como la familia hubiesen recorrido a fin de evitar la aplicación de la medida. Los padres se quejan de que los establecimientos no cumplen con su propia normativa interna, sorteando todos los pasos exigidos en el reglamento antes de llegar a la expulsión o la cancelación de la matrícula”. CASAS BECERRA, Lidia, CORREA SUTIL, Jorge. Conductas discriminatorias, abusivas e infundadas en contra de estudiantes en la selección y marginación en los establecimientos de educación básica y media. *Op. Cit.* p. 217.

⁷⁰⁸ CASAS, Lidia et al. La convivencia escolar, componente indispensable del derecho a la educación. Serie reflexiones Infancia y adolescencia. 11: 2008. p.23. En este sentido, nos apartamos de la tesis que sustentan García y Verdugo, para quienes, un razonamiento de este tipo, sería una muestra de activismo judicial. GARCIA, José Francisco, VERDUGO. Activismo judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces? Sergio. Santiago de Chile, Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013. p. 78.

⁷⁰⁹ JORDÁN, Tomás. Derechos educacionales en Chile. En: AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (Ed.). Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno. *Op. Cit.* p. 462. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. *Op. Cit.* p. 473. Autores como Matte, se muestran escépticos en cuanto a los efectos que pueden tener este tipo fallos: “Por su parte, muchos de los casos analizados en el presente trabajo han tenido una gran connotación pública, como consecuencia del debate político que se dio en torno a estos casos y en virtud del contexto de movilizaciones estudiantiles en que estos se dieron. Lo anterior implica que muchas veces las decisiones de los jueces tuvieron consecuencias políticas no deseadas, que probablemente significaron menores espacios de libertad y objetividad por parte de los Tribunales al momento de fallar estos casos. Es un punto que hay que tenerlo en consideración, porque como se señaló al comienzo de este trabajo, estos casos se dieron en el contexto de una de las mayores movilizaciones estudiantiles de los últimos tiempos”. MATTE IZQUIERDO, Arturo. Recursos de protección

En este orden de ideas, creemos que el juez no es simplemente un árbitro encargado de dirimir disputas entre partes, su función va más allá, pues al ser un funcionario público, pagado con fondos públicos, y revestido de potestades públicas, se espera de él que sea capaz de dotar de sentido a las normas sobre derechos fundamentales y a los valores constitucionales, lo cual se fundamenta además, en el propio art. 6 de la Constitución, cuando señala: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”⁷¹⁰. Esto sugiere que la esfera propia de los jueces reside en la revisión de decisiones, acciones y omisiones a partir de un conjunto de criterios jurídicos, fundamentalmente relativos a la interpretación de los derechos humanos⁷¹¹. Dentro de estos límites, el juez no actúa como legislador, ni invade las potestades propias de los encargados de determinar las políticas públicas o la libertad de los particulares para celebrar contratos o convenciones, pues simplemente cumple con el mandato que lo obliga a pronunciarse sobre si en un caso concreto los derechos fundamentales del demandante han sido respetados o no. Lo importante radica en comprender que si bien los sistemas democráticos se apoyan en último término en el consentimiento del pueblo, no se sigue de esta premisa que cada institución requiera de ese consentimiento, pues la legitimidad viene dada por el respeto a las competencias que

y movilizaciones estudiantiles. Anuario de doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, Libertad y Desarrollo 2012. p. 398.

⁷¹⁰ FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review. 93 (1): 1979. p.31.

⁷¹¹ LANGFORD, Malcom. La exigibilidad de los derechos sociales. De la práctica a la teoría. En: LANGFORD, Malcom (ed.) Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C., Siglo del Hombre Editores, 2013, p. 85.

le han sido atribuidas⁷¹². De esta guisa, los jueces dentro del ámbito de sus atribuciones, deben proceder de tal forma que exista coherencia entre el sentido y alcance de las disposiciones de derecho interno, tengan origen público o privado, y las obligaciones que asumen los Estados en virtud de sus compromisos internacionales⁷¹³.

3.- El derecho a recibir una educación objetiva, crítica y pluralista

El año 2015, la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI) decidió iniciar una campaña que tenía por objeto promocionar el respeto hacia la diversidad sexual, para lo cual distribuyó un texto escolar denominado “Nicolás tiene dos papás”, en el que básicamente se mostraba la realidad que vivía un niño que era criado al interior de una familia homoparental. Ahora bien, el padre de una menor, interpuso un recurso de protección en contra de la JUNJI, alegando que esta medida importaba violar la libertad de conciencia de su hija, al imponerle una determinada concepción moral acerca del

⁷¹² FISS, Owen. *The Forms of Justice. Op. Cit.* p. 39.

⁷¹³ Al recibir reclamos de aquellos que se encuentran marginados de los beneficios sociales o en una especial posición de debilidad, los tribunales constituyen focos aptos para la deliberación pública, pues dirigen la atención hacia problemas que pueden estar siendo ignorados por el poder político o por la ciudadanía. SUNSTEIN, Cass. *The Second Bill of Rights*. New York, Basic Books, 2004. p. 228. Por otro lado, Fuller ha llamado la atención sobre un rasgo de ciertos procesos de adjudicación, los cuales se caracterizarían por ser policéntricos. Con esta expresión quiere significar, que se trata de circunstancias en las cuales la decisión del juez podría tener un conjunto de ramificaciones y efectos no deseados o no considerados inicialmente, lo que aconsejaría que estos no se ocuparan de este tipo de situaciones. Lo anterior afectaría en principio a los derechos sociales, pues en el curso de un caso individual, el juez podría tener que enfrentarse a problemas que tienen más bien un origen estructural cuya resolución traería aparejada consecuencias inciertas, y que no estaría capacitado para resolver. FULLER. Lon. *The Forms and Limits of Adjudication*. *Harvard Law Review*, 92 (2): 1978. p. 395. Sin embargo, es necesario considerar que lo anterior no puede ser nunca un argumento que por sí mismo deje al sujeto a merced de un diseño institucional lesivo de sus derechos. En estos casos, junto con considerar o recomendar que lo ideal sería una reforma que aborde el problema en su integridad, el juez deberá tutelar haciendo uso de los instrumentos jurídicos que correspondan, el interés supremo de la persona humana. Un mayor desarrollo de esta idea en: CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*. *Harvard Law Review*, 89 (7):1976. p. 1294. FISS, Owen. *The Forms of Justice*. *Harvard Law Review*, 93 (1): 1979. p. 31. Se han postulado algunos criterios que permitirán al juez enfrentar o ponderar de mejor forma aquellas consecuencias que se derivarían de sus fallos. Entre ellos: que la persona se encuentre en una situación de debilidad manifiesta, que no pueda resolver el problema por sí misma, que el Estado tenga la capacidad de hacerlo, la inversión de la carga de la prueba en favor del demandante, el grado de precisión del deber estatal, etc.. LANGFORD, Malcom. *La exigibilidad de los derechos sociales. De la práctica a la teoría. Op. Cit.* p. 91.

mundo, así como, el derecho de los padres a poder orientar la educación de su hija de acuerdo con sus propias convicciones, garantías consagradas en los arts. 19 N° 6 y 19 N°10 de la Constitución respectivamente.

Frente a este alegato, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, sostuvo con bastante acierto, que la distribución de este material, en nada afectaba los derechos de los recurrentes⁷¹⁴. Para llegar a esta conclusión, tomó en cuenta en primer lugar que, tal como había sostenido el TEDH, si bien los padres tenían el derecho a oponerse a que sus hijos fueran adoctrinados en una determinada materia, el Estado también estaba facultado para introducir algunos contenidos que tocaran temas particularmente complejos, tales como los relativos a la sexualidad, siempre y cuando, estos se impartieran de forma objetiva, crítica y pluralista.

En segundo lugar, recalcó que la JUNJI solo estaba encargada de patrocinar el libro, y que era el Movimiento de Liberalización Homosexual (MOVILH), el que había asumido el deber de distribuirlo y confeccionarlo. Finalmente, recordó que ningún establecimiento se encontraba obligado a recibir este material, y que cada unidad pedagógica podía decir libremente si lo aceptaba o no. A este respecto, el Tribunal señaló que:

“De la propia ley orgánica de la JUNJI y de los fundamentos de la resolución que concedió el patrocinio del libro se desprende sin duda *que tal patrocinio no constituye una imposición obligatoria de asignaturas de naturaleza*

⁷¹⁴ CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO. Rol N° 2838 de 25 de marzo de 2015.

moral que usurpe la patria potestad de los padres y se muestra respetuosa de la libertad de conciencia, también garantizada constitucionalmente (...)

La JUNJI no promueve el libro ni impone la aceptación de sus contenidos, como lo sostienen los recurrentes, ni condiciona subrepticamente a los infantes para aceptar un planteamiento sociopolítico, ni se introduce en su desarrollo psicosocial. Con su patrocinio la JUNJI no propone ningún modelo especial de familia. *En este sentido, podría existir arbitrariedad de su parte si se demostrara que la JUNJI ha rechazado el patrocinio de otras publicaciones con proposiciones alternativas de organización familiar. Pero nada de esto se ha sostenido ni demostrado*” (el destacado es nuestro)⁷¹⁵.

En nuestra opinión, esta sentencia va en la dirección correcta. En efecto, creemos que el alumno tiene derecho a recibir una enseñanza objetiva y crítica en materia de diversidad sexual, y que el Estado tiene la facultad para poder introducir estas problemáticas dentro del currículo escolar. A este respecto, el derecho a la educación, y en particular el derecho a recibir una educación de calidad, supone que el estudiante tiene la expectativa de que la formación que reciba le permita efectivamente poder desarrollar su capacidad para tomar decisiones informadas acerca del mundo que lo rodea, en un marco de respeto hacia los derechos y libertades de las otras personas. Para ello, el Estado no solo no debe impedir que los alumnos puedan acceder a una enseñanza

⁷¹⁵ *Ibíd.* Considerando 5°. En este sentido, se puede consultar: CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 4623-2006, de 10 de noviembre de 2006, considerando 7°.

de este tipo, sino que también, tal como ha precisado el TEDH tiene la obligación de remover los obstáculos que les impidan a los estudiantes, poder disfrutar de una educación de estas características⁷¹⁶. El fundamento de este deber es doble. En efecto, nuestra propia Carta Fundamental establece en su art. 19 N° 10 que la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona durante las distintas etapas de su vida. A su vez, el alcance de esta norma se debe entender a luz de lo que dispone el PIDESC, en el sentido que los Estados tienen la obligación de reconocer: “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12), el derecho a la educación (art. 13) y el deber de proscribir todo tipo de discriminación en el goce de los derechos sociales (art. 26). Por otro lado, y tal como expresa Muñoz, la falta de acceso a una educación de este tipo, constituye una barrera: “para el cumplimiento de la obligación estatal de garantizar los derechos a la vida, a la salud, a la no discriminación, a la educación y a la información”⁷¹⁷. A este respecto, el CDN ha insistido en diversas ocasiones que la educación sexual permite abordar los problemas relativos al embarazo adolescente y al VIH, y que constituye un instrumento que favorece el adecuado ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, enfatizando por tanto que el Estado tiene el deber de no obstaculizar el acceso a esta información⁷¹⁸.

⁷¹⁶ NACIONES UNIDAS-MUÑOZ, Vernor. El derecho a la educación sexual. Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, Sr. V. Muñoz Villalobos. 65° período de sesiones. E/CN.4/2010/45. 23 de julio de 2010. párr. 6. GUTMANN, Amy. *Democratic Education*. Princeton, Princeton University Press, 1998, p. 56. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual sobre derechos humanos en Chile, 2015. Santiago de Chile, Ediciones UDP, 2015. pp. 274 y ss.

⁷¹⁷ NACIONES UNIDAS-MUÑOZ, Vernor. El derecho a la educación sexual. *Op. Cit.* párr. 24.

⁷¹⁸ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 3. : El VIH/SIDA y los derechos del niño. 32° período de sesiones. CRC/GC/2003/3 (2003). 17 de marzo de 2003. párr. 18. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. 33° período de sesiones. CRC/GC/2003/4 (2003). 21 de julio de 2003. párr. 26.

Finalmente, y tal como hemos visto en capítulos anteriores, creemos que la Corte razona en base a la idea que los derechos educativos paternos tienen un carácter instrumental, esto es, que no tienen por objeto satisfacer los intereses subjetivos de los padres, sino que asegurar que sus hijos no sean sometidos a ningún tipo de adoctrinamiento, provenga este del Estado o de otros poderes privados⁷¹⁹. En este sentido, entendemos que la Constitución no ampara la posibilidad relativa a que los progenitores se puedan oponer a cualquier tipo de educación que reciban sus hijos, salvo que, tal como afirma el Tribunal previa cita de la jurisprudencia del TEDH, que esta no sea objetiva, crítica y pluralista.

4.- El derecho a disfrutar de los beneficios de la educación que se reciba

Sin duda, una de las principales aspiraciones de los estudiantes, en especial en el ámbito de la educación superior, reside en obtener sus respectivos títulos o certificados académicos, los cuales resultan esenciales para poder ingresar al mundo laboral. En este sentido, nos vamos a detener en la sentencia Rol N° 3435 de 2011 de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt. El problema se produjo, toda vez que La Universidad San Sebastián se negó a entregar a una alumna el título de médico veterinario, debido a que esta mantenía deudas pendientes con dicha casa de estudios. Por su parte, la estudiante presentó un recurso de protección en contra de esta institución, argumentando que esta medida le impedía en la práctica poder postular a trabajos en empresas públicas o privadas, comprometiendo con ello, sus posibilidades de desarrollo futuro.

⁷¹⁹ *Supra* Capítulo II, 5, 5.1.

Ahora bien, la Corte entendió que la medida en cuestión, constituía una forma de apremio ilegítimo, toda vez que, como todo acreedor, la Universidad contaba con otros medios para poder obtener el pago de su crédito. En este sentido señaló que:

“existiendo un contrato de prestación de servicios educacionales del cual emanan derechos y obligaciones para ambas partes, la forma legal de solicitar el cumplimiento de aquellas que se estiman incumplidas es a través de las acciones jurisdiccionales correspondientes, resultando ilegítimo utilizar cualquier medio de presión para obtener dicho pago. Posterior a la última repactación la alumna obtuvo la calificación favorable de su tesis en el mes de julio de 2010 y luego aprobó su examen de grado, sin que en dichas oportunidades se haya reparado en su condición de morosidad la que sin embargo, es actual impedimento para la entrega del certificado de título”⁷²⁰.

Sin embargo, en otras ocasiones, los tribunales han entendido que acuerdo con la ley del contrato, los estudiantes están obligados a respetar las disposiciones que se establecen en los reglamentos internos de cada institución. Así por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Temuco ha argumentado que:

⁷²⁰ CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTE. Rol N° 69-2011, de 19 de mayo de 2011, considerando 5°. En el mismo sentido: CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, Rol N° 1130-2005, de 12 de enero de 2006, considerando 4°. CORTE DE APELACIONES DE CHILLAN. Rol N° 258-2008, de 23 de febrero de 2009, considerando 6°. CORTE SUPREMA. Rol N° 3019-2013, de 27 de junio de 2013, considerando 5°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 3278-2009, de 26 de mayo de 2009, considerando 4°.

“de acuerdo con lo antes señalado, la Universidad recurrida estaba facultada por el Reglamento Académico mencionado en el fundamento precedente, como también por el contrato celebrado entre las partes, del que forma parte el referido Reglamento, para no autorizar a las recurrentes a dar sus exámenes de grado, por cuanto ésta no ha cancelado el arancel correspondiente, encontrándose, por lo tanto, en situación morosa frente a la Universidad Central de Chile, no reuniendo el requisito requerido en el artículo 44 letra b) del ya citado Reglamento”⁷²¹.

No obstante, nosotros no compartimos este criterio, puesto que de acuerdo con lo que hemos señalado en este mismo capítulo, los tribunales tienen la facultad para revisar y evaluar la constitucionalidad y proporcionalidad de las sanciones que aplican los establecimientos de enseñanza, no siendo suficiente, con que estos hayan actuado de acuerdo con su propia normativa interna⁷²². A este respecto, el CDESC es muy claro: “Los Estados Partes han de adoptar las medidas necesarias para que en ninguna institución de enseñanza, pública o privada, en el ámbito de su jurisdicción, se apliquen formas de disciplina incompatibles con el Pacto”⁷²³.

⁷²¹ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 442-2011, de 4 de mayo de 2012, considerando 5°. En mismo sentido: CORTE DE APELACIONES DE CHILLAN. Rol N° 215-2009, de 4 de mayo de 2009, considerando 11°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 6107-2005, de 30 de noviembre de 2005, considerando 10°.

⁷²² *Supra*, Capítulo VI, 1. En contra de esta tesis, se pronuncia Correa: CORREA, Rodrigo. Derechos Constitucionales. Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez. 1: 2004. p. 585.

⁷²³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13 *Op. Cit.* párr. 41. En la misma línea, la CDN dispone en su art. 28: “Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención”.

5.- La protección del derecho a que la enseñanza se adapte a las necesidades

del alumno

Sin duda, esta dimensión de la enseñanza es la que menos atención ha recibido por parte de los tribunales y de la doctrina, puesto que como hemos visto, la discusión se ha centrado básicamente en los problemas relativos al acceso, a la gratuidad o al ejercicio de la potestad disciplinaria. A pesar de lo anterior, existen algunos fallos que han abordado esta faceta del proceso educativo, si bien de un modo indirecto, estableciendo algunos criterios relevantes en relación a la protección del derecho a la educación de los menores con necesidades especiales.

Así las cosas, nos vamos a referir en primer término, a un interesante fallo de la Corte de Apelaciones de Talca del año 2006⁷²⁴. Los padres de una menor, la cual sufría de una disminución de su capacidad auditiva, presentaron un recurso de protección en contra del Colegio de la Salle, puesto que las autoridades del establecimiento decidieron no renovar la matrícula de su hija para el año lectivo siguiente, bajo el argumento que el centro no tenía el personal especializado para poder satisfacer los requerimientos a los que daba lugar la condición de la alumna.

Ahora bien, con gran acierto, el Tribunal recordó que el principio de autonomía de la voluntad podía ser limitado por razones de interés público, y que los contratos de

⁷²⁴ CORTE DE APELACIONES DE TALCA. Rol N° 1356-2006, 25 de octubre de 2006.

prestación de servicios educacionales, no se encontraban ajenos a esta tendencia⁷²⁵. Por su claridad, creemos oportuno citar el razonamiento de la Corte:

“en el caso de la educación de alumnos discapacitados, la justificación a la limitación del principio jurídico de derecho privado en referencia, no precisa de mayor lucubración, atendidos los valores y principios que se hallan comprometidos, *como lo es la responsabilidad del Estado a través de sus diversos órganos, así como la sociedad en general, de contribuir, cada cual en el ámbito de su competencia y con los medios a su alcance, a la integración de los niños, niñas y adolescentes que enfrentan alguna discapacidad, a los distintos aspectos de la vida nacional, comenzando por uno primario, como es la educación*” (el destacado es nuestro)⁷²⁶.

Ahora bien, en el caso de las personas con discapacidad, estas restricciones se traducían en el deber que la ley le imponía a los establecimientos de enseñanza de llevar a cabo las adecuaciones curriculares o de infraestructura necesarias, a fin de facilitar a los alumnos que presentaran alguna discapacidad el poder acceder a la formación a la que tenían derecho⁷²⁷.

Por otro lado, el Tribunal señaló que la educación especial constituía una alternativa excepcional, y que esta solo se justificaba, cuando el grado de discapacidad que presentara el alumno hiciera imposible que este pudiera desarrollar su proceso

⁷²⁵ Ibídem. Considerando 2°.

⁷²⁶ Ídem.

⁷²⁷ Ibídem. Considerando 3°.

educativo en un curso ordinario⁷²⁸. En este supuesto, la Corte recalcó que solo cuando el MINEDUC lo declarara indispensable, el estudiante podía ser incorporado a una escuela especial⁷²⁹. A este respecto, los jueces señalaron que:

“En el evento que la entidad de la discapacidad de que se trate lo requiera, por imposibilidad de integración de un alumno a los cursos ordinarios, los dichos establecimientos educacionales deben impartir la enseñanza especial en clases de igual naturaleza en el mismo establecimiento educacional; y *sólo de modo excepcional, cuando sea declarado indispensable por los equipos del Ministerio de Educación, debe hacerse la incorporación a la educación en escuelas especiales, por el lapso necesario*” (el destacado es nuestro)⁷³⁰.

Finalmente, sobre la base de estas consideraciones, y en especial, en razón del hecho que el establecimiento no tenía competencia para decidir si la alumna debía ingresar a una escuela especial, puesto que esta facultad recaía sobre el MINEDUC - órgano que en la especie no fue consultado- el Tribunal decidió conceder el recurso y ordenar a las autoridades escolares que en el futuro se abstuvieran de tomar cualquier medida que directa o indirectamente le impidiera a la menor poder renovar su matrícula en dicho centro⁷³¹.

⁷²⁸ Ídem.

⁷²⁹ Ídem.

⁷³⁰ Ibídem. Considerando 4°.

⁷³¹ Ibídem. Considerando 6°.

Otra sentencia relevante, es la que corresponde a la causa rol 15.875 del año 2011 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago. Un alumno que padecía Trastorno General de Desarrollo (TGD), no pudo continuar con su formación en el colegio San Francisco Javier de Huechuraba, puesto que de acuerdo con la rectora del establecimiento, dicha patología le impedía alcanzar el grado de autonomía necesario para ser promovido a primero básico y poder estar en la misma sala de clases que el resto de sus compañeros. Por otra parte, los padres del menor presentaron un recurso de protección en contra del centro, alegando para ello, que las autoridades escolares violaron el derecho de su hijo a la igualdad ante la ley, a la libre elección del establecimiento y a la propiedad sobre su matrícula.

Ahora bien, a diferencia del caso anterior, la Corte rechazó la acción, para lo cual tuvo a la vista tres argumentos. En primer lugar, sostuvo que el establecimiento de enseñanza estaba facultado para no aceptar a alumnos que no cumplieran con las exigencias académicas o de disciplina que estableciera el sostenedor, de manera que lo único que podía hacer el Tribunal, era examinar si esa facultad se había ejercido de un modo razonable o no⁷³². En segundo lugar, los jueces estimaron que las razones que dieron las autoridades para justificar su accionar, a saber, que el menor no controlaba esfínteres, que no se desenvolvía con seguridad y que presentaba conductas ansiosas, eran lo suficientemente expresivas como evitar considerarlas arbitrarias⁷³³. Finalmente, sobre la base del principio del interés superior del niño, el Tribunal consideró que lo

⁷³² CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 15.875-2011, 4 de enero de 2012, considerando 6°.

⁷³³ *Ibidem*. Considerando 7°.

mejor para el menor era dejar de asistir al establecimiento en cuestión, fundamentalmente, debido a que nunca se pudo insertar adecuadamente, y a que su permanencia en el centro, podría repercutir de forma negativa en su desarrollo⁷³⁴.

Sin embargo, la Corte Suprema revocó esta sentencia. En efecto, el máximo tribunal tomó nota del hecho que de acuerdo con los informes que algunos profesionales allegaron al proceso, el menor había experimentado algunos avances significativos durante el tiempo en el cual fue alumno del centro, de manera que estos recomendaban que se mantuviera en el colegio, en particular, en el nivel pre escolar común, y que junto con ello, siguiera recibiendo apoyo especializado por parte de las autoridades del establecimiento⁷³⁵. Por esta razón, estimó que la Corte de Apelaciones tendría que haber considerado que la medida menos gravosa para el interés del educando, era la de permanecer en el colegio en el mismo curso al cual había ingresado, y no, haber simplemente estimado que lo más razonable era que este debía irse del establecimiento. En este sentido expresó:

“Que un análisis previo y racional de la decisión adoptada tendría que haber contemplado la posibilidad de que el menor repitiera el curso, habida consideración del conocimiento que el Colegio tenía del diagnóstico de trastorno generalizado del desarrollo que sufre. Así entonces, la decisión adoptada por la Rectoría en conjunto con el Consejo de Profesores y equipo

⁷³⁴ *Ibíd.* Considerando 8°. En el mismo sentido: CORTE DE APELACIONES DE TALCA. Rol N° 1771-2009, de 28 de diciembre de 2009, considerando 5°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 7012-2006, de 15 de marzo de 2007, considerandos 4° y 5°.

⁷³⁵ CORTE SUPREMA. Rol N° 936-12, 20 de marzo de 2012. Considerando 8°.

de Ciclo en cuanto a que por diversas consideraciones el menor no podía ser promovido a primero básico y la consecuente cancelación de matrícula deriva la conducta en arbitraria, ello por la omisión, como ya se expresó, de la evaluación de la permanencia del menor en el régimen de condicionalidad en que había ingresado y permanecido en el Colegio para el efecto de repetir kínder y brindarle la oportunidad nuevamente de cursar dicho nivel”⁷³⁶.

Finalmente, para terminar este apartado, nos vamos referir a una importante sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco del año 2011⁷³⁷. Durante ocho años, la escuela Hospitalaria CONILE, prestó servicios educacionales domiciliarios a un menor que padecía una serie de enfermedades y trastornos neurológicos, los cuales lamentablemente le impedían asistir al colegio. Sin embargo, de forma intempestiva, la directora le comunicó a la apoderada que no contaba con los recursos económicos para poder seguir atendiendo a su hijo, puesto que el Estado aun no dictaba el reglamento que le permitía al establecimiento impetrar la subvención escolar diferencial. Frente a este hecho, la madre del alumno presentó un recurso de protección en contra de CONILE y de la SEREMI de Educación, para lo cual alegó que esta medida había importado desconocer el derecho de su hijo a la igualdad ante a la ley y a la no discriminación.

Ahora bien, como primera cuestión, la Corte tuvo presente que el año 2008, el Estado procedió a ratificar la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento que imponía a la administración el deber de asegurar y

⁷³⁶ *Ibíd.* Considerando 8°.

⁷³⁷ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 408-2011, 23 de abril de 2012.

promover los derechos humanos de las personas con necesidades especiales. Por otro lado, reparó en que el art. 24 de la citada Convención, establecía el deber del Estado de reconocer el derecho a la educación de las personas con discapacidad, y que para ello, los poderes públicos debían garantizar que la enseñanza fuera inclusiva, y que ningún niño quedara excluido del sistema regular de educación debido a su condición. En segundo lugar, recordó que la ley 20.422 sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de persona con discapacidad, establecía que en el caso de los alumnos que por su estado de salud no podían asistir a la escuela, el MINEDUC debía asegurar la continuación de sus estudios en el lugar que por prescripción médica debían permanecer. En tercer lugar, y de acuerdo con los magistrados, la aplicación de esta garantía no estaba condicionada a la dictación de ningún reglamento, de modo que en la práctica, se trataba de un derecho plenamente exigible. A favor de esta interpretación, el Tribunal sostuvo que:

“De esta manera, la norma transcrita es muy clara, pues su aplicación o interpretación no está supeditada a Reglamento alguno de la ley, es decir la Ley N° 20.422 no ordena la dictación de ningún Reglamento en materia de educación, y la referencia a las normas que establezca el Ministerio, que es la última frase del artículo citado, se refiere solo al modo en que se homologa esta forma de impartir clases a efectos de continuar estudios y la certificación de estos. A mayor abundamiento, el artículo 5° transitorio establece que la no dictación de los Reglamentos de la Ley, no obsta a exigir

el cumplimiento de los derechos, garantías y obligaciones consagrados por la mencionada ley”⁷³⁸.

Finalmente, el Tribunal acogió el recurso, puesto que estimó que el MINEDUC no aseguró adecuadamente el derecho a la educación del menor, lo cual importó un trato discriminatorio, y en abierta contradicción tanto con lo dispuesto en la ley como en el derecho internacional. Por su claridad, nos parece conveniente citar a la propia Corte:

“Que, al tenor de lo consignado en el fundamento quinto de esta sentencia, se desprende que, en la especie, *se ha vulnerado el principio a la no discriminación y el derecho a la Educación, en relación al primero por cuanto el adolescente respecto del cual se recurrió, encontrándose en los casos que contempla la Ley N° 20.422 y estando capacitado para estudiar, en iguales condiciones que adolescentes sanos, no ha recibido del Estado la educación que necesita, por la falta de dictación de un Reglamento, lo que es absoluta responsabilidad del Ministerio de Educación, entidad que debía dar cumplimiento tanto a lo dispuesto por la Ley N° 20.422, como en la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, ratificada por nuestro país*, de manera que, forzoso es concluir que a su respecto debe acogerse el recurso intentado, por cuanto es la propia ley la que señala expresamente que es el propio Ministerio de Educación quien

⁷³⁸ Ibídem. Considerando 5°.

debe asegurar la atención escolar en el lugar que, por prescripción médica, deba permanecer el adolescente” (el destacado es nuestro)⁷³⁹.

Como vemos, resulta bastante claro que las normas sobre derechos humanos, sean de origen convencional o constitucional, imponen a los Estados una serie de obligaciones positivas, siendo una de las más relevantes, la de regular el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. En el campo de la enseñanza, y en particular, en el ámbito de la educación de las personas con necesidades especiales, este deber conlleva la obligación de adecuar o adaptar el sistema educativo en función de los requerimientos de los alumnos, para así garantizar que estos individuos puedan desarrollar sus capacidades hasta el máximo de sus posibilidades. Sin duda, este deber se justifica, tal como ha destacado recientemente la Corte IDH, en el hecho que las personas con discapacidad se enfrentan a más dificultades que el resto de la población para poder acceder a la educación regular, toda vez que estos sujetos están expuestos a patrones de exclusión o de discriminación estructural o interseccional que son muy difíciles de romper⁷⁴⁰.

⁷³⁹ *Ibíd.* Considerando 7°. En el mismo sentido: CORTE SUPREMA. Rol N° 1030-2012, de 9 de marzo de 2012, considerandos 6° y 7°. CORTE SUPREMA. Rol N° 1190-2008, de 26 de mayo de 2008, considerandos 5°, 6° y 7°. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 21.770-2011, de 13 de enero de 2012, considerandos 4° y 5°.

⁷⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia González Lluy y otros contra Ecuador. *Op. Cit.* párr. 290. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile, 2008. El derecho a la educación de las personas con discapacidad. pp. 288 y ss. En este sentido, vale la observación que efectúa Nash con relación a la jurisprudencia latinoamericana en materia de protección de derechos sociales: “Por último, queda claro de la reseña efectuada que aún en sistemas normativos pensados dentro de una visión restrictiva de los derechos humanos (de orden liberal decimonónica), el aporte jurisprudencial está dando pasos que permiten una relectura de los textos constitucionales, y así plantear su reconfiguración en aras de dotar a los derechos humanos de efectividad en el ámbito constitucional”. NASH, Claudio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales. *Estudios Constitucionales*. 9 (1):2011. p. 110.

6.- Conclusiones

1.- En primer término, en la jurisprudencia comparada, la educación se concibe de un modo amplio, toda vez que abarca los problemas relativos al acceso, al ejercicio de la potestad disciplinaria, al ambiente escolar, al derecho a recibir una enseñanza objetiva y pluralista y a la posibilidad de sacar provecho de la educación que se elija. Este enfoque es muy útil, debido a que permite extender las obligaciones del Estado a todo el conjunto del proceso de aprendizaje, mejorando así los estándares de protección respecto de los alumnos. Sin embargo, creemos que los tribunales nacionales entienden esta garantía de un modo mucho más restringido, esto es, fundamentalmente como un derecho de acceso, y no tanto, como un derecho a recibir una educación que además sea aceptable y adaptable, lo cual supone perder de vista la verdadera naturaleza y complejidad de los problemas que enfrentan los estudiantes.

2.- En segundo lugar, debemos destacar que en ciertas materias, tales como las relativas al ejercicio de la potestad disciplinaria, la jurisprudencia chilena, a diferencia de lo que ocurre en la práctica comparada, solo se limita a analizar la legalidad o la arbitrariedad de las medidas que impugnan las víctimas, no especificando con suficiente claridad, el contenido de los derechos constitucionales que resultan atingentes para la resolución de este tipo de controversias.

3.- En tercer lugar, en la jurisprudencia comparada, los tribunales otorgan un gran valor tanto a los tratados sobre derechos humanos como también a las observaciones generales del CDESC y del CDN, hecho que les permite poder establecer y definir con

bastante precisión el contenido y el alcance de las obligaciones que tiene la administración en relación a la protección del derecho a la educación. Por el contrario, nuestros jueces suelen fundar sus resoluciones en normas de derecho interno, siendo pocos los casos en los que hacen referencia al derecho internacional. En nuestra opinión, este hecho impide garantizar adecuadamente los intereses del educando, puesto que una de las ventajas más relevantes que presenta el derecho de los tratados, en especial en el caso de la educación, reside en que brinda una protección más avanzada de la que establece el ordenamiento nacional.

4.- Por otro lado, y esto nos parece un avance que va en la dirección correcta, algunos tribunales han señalado que la garantía del debido proceso tiene cabida en el ámbito de la enseñanza, de manera que el sostenedor no puede aplicar sanciones que no estén contempladas en el reglamento interno del colegio. Así mismo, han recalcado que la educación no se agota en la transmisión de conocimientos, toda vez que los maestros, dada la naturaleza de su función, también tienen el deber de formar el carácter del alumno. Finalmente, algunos tribunales han señalado que las autoridades escolares no puedan aplicar sanciones que sean desproporcionadas o que solo tengan una finalidad punitiva. No obstante, debemos destacar que estos criterios no han dado lugar a una jurisprudencia constante y uniforme, existiendo fallos en sentido contrario.

5.- Finalmente, en el caso del derecho a la educación de las personas con necesidades especiales, los tribunales han afirmado que la decisión relativa a que el alumno asista a un establecimiento especial, no es de cargo del sostenedor, sino que del

MINEDUC. En este mismo orden de ideas, con base en el derecho internacional, los jueces también han puntualizado que el Estado tiene el deber de garantizar que la enseñanza sea inclusiva, lo cual conlleva la obligación de asegurar que ningún alumno quede fuera del sistema regular de educación debido a su condición.

SECCION IV

EL PRINCIPIO DE PROTECCION DEL ALUMNO EN EL CONTEXTO DE LA RELACION EDUCACIONAL

CAPITULO VII

CONFIGURACION DEL PRINCIPIO DE PROTECCION DEL ALUMNO EN EL CONTEXTO DE LA RELACION EDUCACIONAL Y DIRECTRICES PARA SU APLICACION

1.- Objetivos

Este capítulo busca demostrar la existencia del principio de protección del alumno, definir su estructura y sus funciones más relevantes, y establecer las directrices generales que debe seguir el intérprete para su correcta aplicación.

2.- Introducción

Como hemos visto, tanto en el derecho internacional como en la jurisprudencia comparada, se parte de la base que en el ámbito de la educación, confluyen una serie de garantías fundamentales, las cuales incluyen tanto derechos de libertad, como es el caso de la libertad de enseñanza o de la libertad de elección, como también, derechos típicamente prestacionales, siendo el ejemplo más claro, el derecho a la educación. En el mismo sentido, también hemos comprobado que estas garantías no operan de manera

aislada, por el contrario, estas dan lugar a un complejo entramado normativo, en el que cada una de sus partes, está dirigida hacia la promoción y protección de los derechos de los educandos. En esta línea, también hemos evidenciado que en caso de existir conflictos, los tribunales suelen dar prioridad a la satisfacción de los intereses de los estudiantes, en tanto su protección, constituye el fin último en torno al cual se articula la normativa referida al derecho a la educación.

Por otro lado, tratándose de los tribunales nacionales, hemos comprobado la existencia de dos grandes líneas jurisprudenciales⁷⁴¹. En la primera, los jueces han razonado en torno a la idea que la libertad de enseñanza, equivale simplemente a libertad para contratar, de manera que los sostenedores tienen un amplio margen de discrecionalidad para poder establecer los requisitos de admisión, aplicar castigos, o expulsar estudiantes. En la segunda, algunos tribunales han afirmado que la libertad de enseñanza tiene por objeto asegurar precisamente el derecho a la educación, de manera que a este respecto, solo pueden obtener protección, aquellas medidas que no amanecen o impidan que los alumnos tengan la posibilidad de poder desarrollar efectivamente su proceso formativo.

Ahora bien, en nuestra opinión, existen buenas razones para afirmar que la primera línea jurisprudencial debe ser rechazada, y que por tanto, solo la segunda alternativa tiene cabida dentro de nuestra legislación. Para ello, seguiremos el siguiente esquema. En primer término, procederemos a configurar el principio de protección del

⁷⁴¹ *Supra*, Capítulo 5, Capítulo 6.

alumno en el contexto de la relación educacional, centrándonos en los argumentos que en nuestra opinión permiten acreditar su existencia. En segundo lugar, nos referiremos a la estructura normativa que presenta este estándar, detallando sus funciones y sus principales características. Finalmente, daremos cuenta de la forma en cómo se debe aplicar este principio, procurando ilustrar nuestra propuesta con algunos casos prácticos.

3.-Delimitación conceptual del principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional

En el campo de la educación, es posible encontrar un vasto conjunto de instituciones de derecho fundamental, a saber: derechos subjetivos, libertades fundamentales, mandatos dirigidos a los poderes públicos, normas de organización y procedimiento, entre otras⁷⁴². Ahora bien, si nos preguntamos sobre qué tienen en común el derecho del alumno a la educación, la libertad del sostenedor para crear centros de enseñanza, y la facultad de los padres para elegir la escuela de sus hijos, y que autoriza por tanto a tratar a estas garantías como parte de un todo, responderíamos señalando que entre estos tres elementos media una especial relación jurídica. En efecto, esta relación, que en adelante, y siguiendo a Díaz Revorio, llamaremos relación educacional, permite reconducir a una unidad, aspectos que de otra forma se encontrarían inconexos, es decir, si podemos hablar de la existencia de un derecho educacional que funciona como un sistema normativo, es bajo el supuesto de que sus distintos elementos constituyen una

⁷⁴² LAPORTA, Francisco J. Los derechos sociales y su protección jurídica: Introducción al problema. En: BETEGON CARRILLO, Jerónimo, et. al. Constitución y derechos fundamentales. Madrid, Presidencia del Gobierno, 2004. p. 300.

parte integrante de esta relación⁷⁴³. En este sentido, la relación educacional consiste en el conjunto de procesos formativos y pedagógicos, en los cuales intervienen diversos actores, y cuya finalidad reside en la adquisición por parte del alumno, de los conocimientos, competencias o actitudes, que el ordenamiento jurídico prescribe como condición necesaria para el desarrollo pleno de su personalidad. Desde esta perspectiva, cada elemento de la relación educativa, se encuentra directa o indirectamente vinculado al logro del fin descrito, de tal forma que este fin, se proyecta como un límite sobre cada uno de sus elementos.

Por otro lado, esta relación da lugar a lo que el legislador denomina una “comunidad educativa”, la cual de acuerdo con el art. 9 de la LGE, constituye:

“una agrupación de personas que inspiradas en un propósito común integran una institución educativa. Ese objetivo común es contribuir a la formación y el logro de aprendizajes de todos los alumnos que son miembros de ésta, propendiendo a asegurar su pleno desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico. El propósito compartido de la comunidad se expresa en la adhesión al proyecto educativo del establecimiento y a sus reglas de convivencia establecidas en el reglamento interno. (...) La comunidad educativa está

⁷⁴³ DIAZ REVORIO, Francisco Javier. Los derechos fundamentales en el ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha. Toledo, Cortes de Castilla-La Mancha, 2002. p. 33. DOMÍNGUEZ-BERRUETA de JUAN, Miguel Ángel, SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. Derecho y Educación: régimen jurídico de la educación. *Op. Cit.* p. 21. COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. *Op. Cit.* p. 117. ALAEZ CORRAL, Benito. El ideario educativo constitucional como límites a las libertades educativas. *Op. Cit.* p. 96. ZARATE, Miguel. ROMERO, Alfredo. Introducción Al Derecho Educacional Chileno. *Op. Cit.* p. 46.

integrada por alumnos, alumnas, padres, madres y apoderados, profesionales de la educación, asistentes de la educación, equipos docentes directivos y sostenedores educacionales” (el destacado es nuestro).

Esta noción es importante, puesto que la expresión “comunidad”, se refiere en general, a aquel conjunto de personas que se reúnen para poder alcanzar un objetivo que es compartido, y que, de manera separada, no podrían conseguir. En el caso de la educación, este objetivo consiste en garantizar la formación del educando. Así, la idea de comunidad, implica que los distintos derechos que se establecen en este ámbito, se deben ejercer manera complementaria y armónica, en tanto cada uno de ellos resultan esenciales para que el alumno pueda desarrollar efectivamente su proceso formativo⁷⁴⁴. En otras palabras, la relación jurídica que se establece entre el sostenedor, las familias y los educandos, no tiene lugar entre sujetos aislados, es decir, entre partes que contratan simplemente para buscar su propio beneficio, sino que por el contrario, se trata de una relación que vincula a sujetos que tienen un propósito común, y que por ello, deben trabajar de manera conjunta para poder alcanzarlo.

En este sentido, vamos a postular que en el ámbito de la educación, existe un principio, llamado principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional, el cual establece que los poderes públicos deben dar prioridad a la protección de los derechos del alumno en el evento que entren en conflicto con las

⁷⁴⁴ CASTILLO CORDOVA, Luis. Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario. *Op. Cit.* p. 183.

garantías que el ordenamiento jurídico reconoce al resto de los sujetos que integran la comunidad educativa.

A continuación, vamos a ofrecer cuatro tipos de argumentos que permiten, a nuestro juicio, justificar la existencia de este principio.

3.1.-Argumento evolutivo

Este argumento parte de la base que el derecho chileno en materia de educación, ha sufrido a lo largo de los años una serie de transformaciones de gran relevancia, las cuales en general, han tenido por objeto mejorar la situación de los estudiantes⁷⁴⁵.

⁷⁴⁵ PICAZO VERDEJO, María Inés. Las políticas escolares de la concertación durante la transición democrática. *Op. Cit.* pp. 283 y ss. Como indica Cox: “Por razones propias entonces a la historia política del país y el contexto de transición a la democracia, como por razones más universales relacionadas con el proceso de modernización y el papel estratégico en este del conocimiento y sus requerimientos en términos de recursos humanos, al inicio de la década existe un sentido que es a la vez político y cultural, y ampliamente compartido, de la urgencia de efectuar un esfuerzo integral de mejoramiento del sistema educacional del país. El clima de acuerdos imperantes al inicio de la transición sobre el proyecto de país y el papel de la educación en su logro, posibilitan por primera vez en dos décadas una relación del sistema político con la educación en términos nacionales”. COX, Cristian. La reforma de la educación chilena: contexto, contenidos, implementación”. *Colección de Estudios CIEPLAN*. 45: 1997. p. 6. A este respecto, seguimos a Canosa cuando señala, a propósito de la interpretación evolutiva en materia de derechos fundamentales: “Cuando el intérprete se enfrenta al caso concreto y da un sentido nuevo, adaptado y evolutivo, a una disposición sirve a su eficacia normativa de acuerdo con la finalidad del precepto. En esta tarea, el intérprete debe incorporar a su razonamiento los datos extranormativos de naturaleza social que han determinado el cambio en la realidad, ya que este cambio, es el que demanda, en paralelo, una transformación de la interpretación para evitar el divorcio entre norma y realidad”. CANOSA USERA, Raúl., Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales”. *En*: FERRER MC GREGOR, E., SILVERO SALGUEIRA, J. (coord.), La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios Homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Asunción, Corte Suprema de Justicia, 2012. p. 60. En este mismo sentido, compartimos la opinión de Bassa cuando comenta: “Por ello, la interpretación de la Carta chilena debe ser lo suficientemente flexible para no perder su vigencia normativa, incorporando las transformaciones que ha experimentado la realidad que regula. Es esta realidad la que genera que el poder constituyente derivado adquiera una especial importancia en la interpretación de la Constitución, tanto por la función que cumple el legislador en el Estado de Derecho actual (primer intérprete de la Carta y sujeto de la garantía de la reserva de ley y del principio de legalidad), como por el papel del Tribunal Constitucional en la interpretación de la Constitución y en la garantía del sistema democrático. Así, el actual contexto democrático de la sociedad chilena ha debilitado el deber de sujeción a las decisiones normativas del pasado, haciendo evidente que la Constitución vive y se interpreta a través de los criterios legitimados en el presente”. BASSA, Jaime. Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle. *Revista de Derechos Fundamentales, Universidad de Viña del Mar*. 5: 2011. p. 39.

En primer lugar, debemos recordar que durante la década de los 80, la dictadura introdujo dos modificaciones importantes en este ámbito, a saber, traspasó la administración de los establecimientos de enseñanza que pertenecían al sector público a las municipalidades, e incorporó un sistema de financiamiento a la educación privada, a través de un esquema de subvenciones, por medio del cual, los centros que cumplieran con ciertos requisitos, tenían derecho a recibir una determinada cantidad de dinero por cada alumno que asistiera a clases. En el fondo, este mecanismo tenía por objeto fomentar la competencia entre las escuelas para atraer y retener estudiantes, favorecer la libertad de elección de los padres, y mejorar la calidad de la educación que entregarán estas instituciones⁷⁴⁶.

Así las cosas, para concretar estas transformaciones, las autoridades de la época decidieron dictar una serie de leyes, siendo las relevantes para el objeto de nuestra investigación, la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE) y el DL N° 3.476 sobre subvenciones. En el caso de la primera normativa, su texto original daba cuenta de la concepción privatista y liberal que tenía el legislador en relación a la educación, toda vez que los derechos de los estudiantes aparecían subordinados o desplazados en comparación con la protección que la ley le daba a la libertad de enseñanza⁷⁴⁷. En este sentido, no es casualidad que la LOCE estableciera expresamente en su art. 3° que el

⁷⁴⁶ ZARATE, Miguel. ROMERO, Alfredo. Introducción Al Derecho Educacional Chileno. *Op. Cit.* p. 189.

⁷⁴⁷ En este sentido, Santa Cruz indica que la LOCE constituye: “un entramado legal que introduce con mucha fuerza una serie de mecanismos de mercado, tales como: libre elección de escuelas, distribución de los recursos públicos subvencionando a la demanda (voucher) y no diferenciando entre municipales y particular subvencionados, descentralización de los establecimientos (municipalización), y autorización a los establecimientos para seleccionar a sus alumnos, pese a que esos establecimientos estén financiados por el Estado. Este proceso no es exclusivo de nuestro país, pero, sin duda, en Chile se exhibe un grado de liberalización del sistema escolar como en pocos lugares del mundo” SANTA CRUZ GRAU, Eduardo. Sobre la LOCE y el escenario actual. *Docencia*, 29 (XI): 2006. p. 120.

Estado tenía el deber de asegurar de manera especial la libertad de enseñanza, pero que no afirmara que existía una obligación similar en el caso del derecho a la educación. En el mismo sentido, la ley en comento, solo exigía que los particulares cumplieran con unos pocos requisitos para poder abrir y organizar establecimientos educacionales, los cuales consistían básicamente en el deber de ceñirse a los planes y programas de estudio oficiales, poseer el personal docente, administrativo y auxiliar suficientes, funcionar en un local que cumpliera con las normas generales en materia de higiene y espacio y disponer de mobiliario y material didáctico adecuados. Por otro lado, esta ley disponía que la libertad de enseñanza tan solo tenía como límites la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. En este sentido, no prohibía de manera clara la existencia de procesos de selección discriminatorios, ni tampoco, la aplicación de sanciones arbitrarias o desproporcionadas, lo cual dejaba al alumno, expuesto a lo que decidiera unilateralmente el sostenedor. Finalmente, resulta interesante constatar que la LOCE, si bien prohibía expresamente que las universidades se constituyeran como corporaciones que tuvieran como objetivo perseguir fines de lucro, no contemplara una prohibición similar, en relación a los establecimientos de enseñanza básica y media, permitiendo con ello, los sostenedores no invirtieran sus ganancias, en el desarrollo de su propia comunidad educativa.

Ahora bien, luego de la entrada en vigencia de este cuerpo normativo, el legislador democrático introdujo una serie de modificaciones, las cuales buscaron precisamente, garantizar el derecho a la educación del que eran titulares los alumnos. En este sentido, uno de los primeros de cambios de importancia, estuvo dado por la

implantación en 1997 de la llamada jornada escolar completa (JEC). En general, esta medida tenía por objeto traer mayor equidad al sistema, puesto que de acuerdo con las autoridades, posibilitaría hacerse cargo de la población de más alto riesgo social, igualando las oportunidades de aprender, al aumentar de manera significativa el tiempo que los escolares pasarían dentro de la sala de clases que pertenecieran a los establecimientos subvencionados⁷⁴⁸.

Otra modificación que vale la pena destacar, tuvo lugar el 5 de agosto del año 2000, fecha en la cual el legislador introdujo un nuevo inciso al art. 2 de la LOCE, el cual establecía que ni el embarazo ni la maternidad constituirían impedimentos para que las estudiantes pudieran ingresar y permanecer en los establecimientos de educación de cualquier nivel, fuesen estos públicos o privados⁷⁴⁹. Como hemos visto, este cambio no tuvo su origen en una decisión que tomara la administración de forma espontánea, sino

⁷⁴⁸ ZARATE, Miguel. ROMERO, Alfredo. Introducción Al Derecho Educacional Chileno. *Op. Cit.* p. 267. En este contexto, autores como Cox recuerdan que: “La iniciativa de construcción de consensos en educación más importante de la década de 1990 fue la iniciativa del presidente Eduardo Frei al iniciar su mandato en 1994, de crear un foro de alto nivel y políticamente plural con la misión de hacer un diagnóstico del sistema educacional y proponer medidas para su mejoramiento y modernización sustantiva (...) El Comité Técnico arribó a un documento de consenso: Los desafíos de la educación chilena frente al siglo XXI. Sobre este deliberó luego la referida Comisión Nacional, de 32 miembros y presidida por el Ministro de Educación Sergio Molina. Entre sus miembros figuraban los rectores de las tres principales universidades, senadores y diputados, representantes de la Asociación de Municipios, del gremio de profesores, del empresariado, de los padres, de la educación católica, y organizaciones estudiantiles. La Comisión amplió su deliberación a través de un proceso de consulta en regiones a través de un cuestionario (Comisión Nacional de Modernización 1994; Delannoy 2000). La Comisión aprobó el documento del Comité Técnico¹⁰ y sus cinco recomendaciones principales: • máxima prioridad: una formación general de calidad para todos • una tarea impostergable: reformar y diversificar la educación media • una condición necesaria: fortalecer la profesión docente • un requisito básico: otorgar mayor autonomía y flexibilidad de gestión y más información pública sobre sus resultados para tener escuelas efectivas • un compromiso de la Nación: aumentar la inversión educacional, tanto pública como privada, junto con impulsar la modernización educacional”. COX, Cristián. Construcción política de reformas curriculares: el caso de Chile en los noventa. *Revista de currículum y formación del profesorado*. 10 (1): 2006. p. 8. En este sentido, la ley 19.532 exigió como requisito para poder impetrar la subvención, que un determinado porcentaje de los alumnos que se matricularan en este tipo de centros, pertenecieran a los sectores más vulnerables de la población, también prohibió que los colegios efectuaran cobros a los padres que superan los montos que estableciera el MINEDUC, y exigió a estos últimos, que cumplieran con una serie de condiciones, para poder postular a los fondos que iba a entregar el Estado con el objeto mejorar la infraestructura de los establecimientos.

⁷⁴⁹ CHILE, Ministerio de Educación. 2000. Ley N° 19.688: Modifica la ley n° 18.962, orgánica constitucional de enseñanza, en lo relativo al derecho de las estudiantes que se encuentren embarazadas o que sean madres lactantes de acceder a los establecimientos educacionales, 10 de julio de 2000. Art. Único.

que por el contrario, esta constituyó una de las medidas de reparación que los poderes públicos se comprometieron a adoptar, como parte del acuerdo amistoso que aprobó la Comisión IDH en el caso Mónica Carabantes Galleguillos con Chile del año 2002⁷⁵⁰.

Otro hito importante lo constituyó la dictación de la ley N° 19.979 del año 2004, la cual vino a reformar diversos cuerpos legales, entre ellos, la ley de subvenciones y la LOCE. En este sentido, y por vía de ejemplo, podemos señalar que el legislador estableció que los centros que recibieran subvenciones, debían contar con un reglamento interno, el cual debía regir las relaciones entre los alumnos, los apoderados y el establecimiento, disponiendo en este sentido, que estos instrumentos debían especificar con claridad las conductas que se sancionarían, el procedimiento aplicable, y las instancias de revisión correspondiente⁷⁵¹. En el mismo sentido, también introdujo la prohibición de cancelar la matrícula o suspender alumnos por causales que se derivaran de su condición socioeconómica, e imponer sanciones que contravinieran las normas legales vigentes⁷⁵². Finalmente, en materia de acceso, igualmente estableció que los procesos de selección de alumnos debían ser objetivos, transparentes y respetuosos de la dignidad del estudiante y de sus familias, y que al mismo tiempo, estos debían guardar conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales⁷⁵³.

⁷⁵⁰ COMISION INTERMAERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 33/02 Solución Amistosa, petición 12.046 Mónica Carabantes Galleguillos, Chile 12 de marzo de 2002 [en línea] <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Chile12046.htm> [consulta: 12 junio 2012].

⁷⁵¹ CHILE. Ministerio de Educación. 2004. Ley N° 19.979: Modifica el régimen de jornada escolar completa diurna y otros cuerpos legales, 6 de noviembre de 2004. Art. 2 n° 2 letra b.

⁷⁵² Ídem.

⁷⁵³ Ibídem. Art. 10 n° 2.

Sin duda, la entrada en vigencia de la Ley General de Educación, el 12 de septiembre del año 2009, constituyó otro cambio que vale la pena destacar. En primer término, debemos recordar que esta ley constituyó la respuesta que dio el legislador a las movilizaciones estudiantiles que ocurrieron durante el año 2006, cuyo propósito común, estuvo dado por el mejoramiento de la calidad de la educación y por la derogación de la LOCE, demandas que, como sabemos, permitieron abrir un debate que hasta ese momento había estado largamente postergado en nuestro país. En esta línea, la LGE estableció que el sistema educacional chileno estaba inspirado en una serie de principios, tales como el de calidad, equidad, autonomía, diversidad, responsabilidad y participación⁷⁵⁴. Igualmente, reconoció que los alumnos tenían algunos derechos básicos, los cuales incluían, entre otros, el derecho a recibir una educación integral, el derecho a recibir una atención adecuada y oportuna en caso que tuvieran necesidades

⁷⁵⁴ CHILE. Ministerio de Educación. 2009. Ley N° 20.370: Ley general de educación, 12 de septiembre de 2009. Art. 3°: “El sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Se inspira, además, en los siguientes principios: a) Universalidad y educación permanente. La educación debe estar al alcance de todas las personas a lo largo de toda la vida. b) Calidad de la educación. La educación debe propender a asegurar que todos los alumnos y alumnas, independientemente de sus condiciones y circunstancias, alcancen los objetivos generales y los estándares de aprendizaje que se definan en la forma que establezca la ley. c) Equidad del sistema educativo. El sistema propenderá a asegurar que todos los estudiantes tengan las mismas oportunidades de recibir una educación de calidad, con especial atención en aquellas personas o grupos que requieran apoyo especial. d) Autonomía. El sistema se basa en el respeto y fomento de la autonomía de los establecimientos educativos. Consiste en la definición y desarrollo de sus proyectos educativos, en el marco de las leyes que los rijan. e) Diversidad. El sistema debe promover y respetar la diversidad de procesos y proyectos educativos institucionales, así como la diversidad cultural, religiosa y social de las poblaciones que son atendidas por él. f) Responsabilidad. Todos los actores del proceso educativo deben cumplir sus deberes y rendir cuenta pública cuando corresponda. g) Participación. Los miembros de la comunidad educativa tienen derecho a ser informados y a participar en el proceso educativo en conformidad a la normativa vigente. h) Flexibilidad. El sistema debe permitir la adecuación del proceso a la diversidad de realidades y proyectos educativos institucionales. i) Transparencia. La información desagregada del conjunto del sistema educativo, incluyendo los ingresos y gastos y los resultados académicos debe estar a disposición de los ciudadanos, a nivel de establecimiento, comuna, provincia, región y país. j) Integración. El sistema propiciará la incorporación de alumnos de diversas condiciones sociales, étnicas, religiosas, económicas y culturales. k) Sustentabilidad. El sistema fomentará el respeto al medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, como expresión concreta de la solidaridad con las futuras generaciones. l) Interculturalidad. El sistema debe reconocer y valorar al individuo en su especificidad cultural y de origen, considerando su lengua, cosmovisión e historia”.

educativas especiales, y el derecho a no ser discriminados arbitrariamente⁷⁵⁵. Por último, reiteró que los procesos de selección debían ser objetivos y transparentes, que el educando tenía derecho a repetir por una vez de curso en el mismo establecimiento, y que su rendimiento escolar, fuese este actual o futuro, no podría ser tomado en cuenta como razón para decidir no renovar su matrícula, al menos hasta el sexto año de educación general básica⁷⁵⁶.

Otra innovación importante que trajo esta ley, fue la creación del Consejo Nacional de Educación (CNED). En efecto, este organismo se introdujo con la finalidad de garantizar y promover la calidad de la educación, siendo su principal función, la de aprobar o formular las bases curriculares y los distintos programas que elabore el MIDEUC en relación a los niveles de enseñanza básica, media y para adultos⁷⁵⁷. En esta misma línea, en agosto del año 2011, el legislador dictó la ley 20.529, la cual creó el sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media⁷⁵⁸.

⁷⁵⁵ *Ibíd.* Art. 10 a).

⁷⁵⁶ *Ibíd.* Art. 11. No podemos dejar de destacar que el legislador estableció que la administración tenía en este ámbito una serie de obligaciones, siendo las más relevantes, la de resguardar los derechos de los padres y de los alumnos -cualquiera que fuese la dependencia del establecimiento que estos eligiera-, garantizar la calidad de la enseñanza, y asegurar la igualdad de oportunidades y la inclusión educativa. CHILE. Ministerio de Educación. 2009. Ley N° 20.370: Ley general de educación. 12 de septiembre de 2009. Art. 4°.

⁷⁵⁷ *Ibíd.* Art. 53.

⁷⁵⁸ Para estos fines, la ley creó dos nuevos organismos, la Agencia de Calidad, y la Superintendencia de Educación. La primera, estaría encargada de evaluar y orientar el sistema educativo para que este propendiera al mejoramiento de su calidad. Para ello, la Agencia debería implementar un sistema de medición del grado de cumplimiento de los estándares de aprendizaje de los alumnos, el cual, de acuerdo con la ley, sería obligatorio para todos los establecimientos reconocidos por el Estado. En cuanto a la Superintendencia, el legislador estableció que esta tendría la obligación de fiscalizar que los sostenedores de establecimientos educacionales se ajustaran a la normativa vigente y a la legalidad en el uso de los recursos que recibieran por parte del Estado. CHILE. Ministerio de Educación. 2011. Ley N° 20.529: Sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización, 27 de agosto de 2011. Art. 9 f).

Sin embargo, estas reformas no pusieron fin al movimiento estudiantil. En efecto, tiempo después, los estudiantes se movilizaron nuevamente, esta vez, para exigir que el Estado pusiera fin a la selección escolar, al lucro en la enseñanza básica y media, y al sistema de financiamiento compartido. Frente a esta demanda, y como ya lo hemos comentado, el gobierno de la época decidió enviar un proyecto de reforma al Congreso, el cual, luego de cumplir con todos los tramites constitucionales, dio lugar a la aprobación de la llamada ley de inclusión escolar, norma que entró en vigencia el 8 de junio del año 2015⁷⁵⁹. Ahora bien, entre otras innovaciones, esta ley prohibió que los establecimientos que recibieran fondos públicos pudieran implementar procesos de selección, mecanismo que se reemplazó por un proceso de postulación centralizado que estaría a cargo del MINEDUC⁷⁶⁰; en el mismo sentido, también eliminó el sistema de financiamiento compartido, obligándose el Estado a aumentar gradualmente el monto de la subvención que recibieran los colegios subvencionados⁷⁶¹; y estableció que los sostenedores que recibieran aportes regulares del Estado debían organizarse como personas jurídicas sin fines de lucro, estando además obligados a destinar de manera íntegra y exclusiva estos recursos a fines educativos⁷⁶².

⁷⁵⁹ *Supra*, Capítulo 6, 1.

⁷⁶⁰ CHILE. Ministerio de Educación. 2015. Ley N° 20.845: De inclusión escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, 8 de junio de 2015. Art 2.

⁷⁶¹ *Ibidem*. Art. 1.

⁷⁶² *Ibidem*. Art. 17. En relación a este punto, algunos autores como Beyer, argumentaron que más que eliminar el lucro, lo que se requería era entregar más recursos a aquellos colegios que presentaran menores estándares de desempeño, sin importar su organización o forma jurídica: “En Chile se necesitan escuelas efectivas, es decir establecimientos que, con los recursos disponibles, puedan lograr altos desempeños. La evidencia nos muestra que no son tantos esos planteles y que dentro de estos hay varios que son particulares subvencionados con fines de lucro. Esto es cierto para distintos niveles de vulnerabilidad. El proyecto de ley que pone fin al lucro, al copago y a la selección postula terminar con ellos independientemente de sus desempeños. Este término significa transformarlos en fundaciones. Puede que ello no signifique que el colegio se cierre, pero es impredecible el efecto de estos cambios

Finalmente, de acuerdo con el texto original del DL N° 3.476, los sostenedores tenían derecho a impetrar una subvención estatal por cada alumno que asistiera efectivamente a clases. Sin embargo, este régimen resultó ser poco equitativo, toda vez que hacía más atractivo para las instituciones de enseñanza, seleccionar a los alumnos que tuvieran un mejor nivel socioeconómico, dado que el costo que representaba su formación, era inferior, al gasto que suponía la educación de los estudiantes más vulnerables⁷⁶³. Ahora bien, para hacer frente a este problema, el legislador introdujo dos subvenciones especiales, a saber, la subvención escolar preferencial (SEP) y la subvención especial diferencial⁷⁶⁴. La primera, buscaba mejorar la educación que recibían los alumnos, cuya situación socioeconómica, no les permitiera poder desarrollar su proceso educativo en condiciones de igualdad⁷⁶⁵. La segunda, apuntaba a garantizar la inclusión de los estudiantes que presentaran necesidades educativas especiales. En este último caso, la ley 20.201 del año 2007, dispuso que los establecimientos de enseñanza

sobre sus resultados educativos”. BEYER, Harald. Sobre el lucro en educación escolar. Centro de Estudios Públicos. 380: 2014. p. 17.

⁷⁶³ DONOSO, Sebastián, DONOSO, Gonzalo. Políticas de gestión de la educación pública escolar en Chile (1990 - 2010): Una evaluación inicial. Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação. 17: 2009. p. 440. ZARATE, Miguel. ROMERO, Alfredo. Introducción Al Derecho Educacional Chileno. *Op. Cit.* p. 338.

⁷⁶⁴ “**Sostenemos que la igualdad de oportunidades y el tratamiento justo de todos los ciudadanos que componen una sociedad democrática deben ser considerados valores esenciales que guíen la generación de políticas públicas, especialmente en educación. Por todo ello, ha llegado el momento de que Chile elimine las inaceptables desigualdades entre quienes hoy se educan en escuelas subvencionadas por el Estado.** No existe ningún sector de la sociedad, en especial las familias, que desconozca la importancia de enviar a sus hijos a la escuela. Se trata, entonces, de asegurar que la asistencia a estos establecimientos educativos cumpla con la finalidad para la cual los padres y madres envían a ellos a sus hijos: que éstos aprendan y desarrollen plenamente sus talentos. La tarea del momento es igualar las oportunidades de aprender de los alumnos y alumnas para los cuales la situación económica y social de sus hogares genera una desventaja. Nuestras escuelas pueden y deben ser capaces de compensar estas desventajas. Ello es un requisito básico para que en nuestra nación ningún ciudadano sea discriminado por su origen social. **Las escuelas de nuestro país deben esmerarse en disminuir el peso de las diferencias en sus resultados educativos que no guardan ninguna relación con el talento de estas niñas y niños. Debemos dar más a los que tienen menos; compensar la desventaja. En este caso, pretender que todos reciban lo mismo cuando sus necesidades son distintas, es discriminar**” (el destacado es nuestro). Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia el proyecto de ley que establece una subvención escolar preferencial para los niños y niñas socio-económicamente vulnerables. Santiago, 18 octubre de 2005. p. 3.

⁷⁶⁵ CHILE. Ministerio de Educación. 2008. Ley N° 20.248: Establece ley de subvención escolar, 1 de febrero de 2008. Arts. 2 y 3.

que se hicieran cargo de la educación de este tipo de alumnos, tendrían derecho a recibir una subvención especial, la cual se podría incrementar, en caso de atender estudiantes que presentaran discapacidad visual, auditiva, disfasia severa, trastorno autista, deficiencia mental severa o con multidéficit⁷⁶⁶.

Como se aprecia, estas modificaciones buscaron, entre otros objetivos, reducir las desigualdades sociales que existían en el ámbito de la enseñanza, mejorar los resultados de aprendizaje que exhibían los alumnos, capacitar al personal docente, asegurar el buen uso de los recursos públicos, aumentar los estándares de calidad del sistema, garantizar la equidad y la inclusión escolar, y remover los obstáculos económicos que le impedían a los alumnos poder desarrollar su proceso formativo en condiciones de igualdad, entre otros⁷⁶⁷. Para ello, el legislador introdujo de forma paulatina una serie de cambios legislativos, los cuales como hemos visto, tuvieron lugar en tres ámbitos distintos, a saber, en relación a los requisitos que debían reunir los sostenedores para optar al reconocimiento oficial y al pago de la subvención, exigiendo por ejemplo, que se constituyeran como personas jurídicas sin fines de lucro; en lo referente a la organización y administración del centro, fundamentalmente, limitando y al final prohibiendo la posibilidad de seleccionar estudiantes y eliminando el sistema de

⁷⁶⁶ CHILE. Ministerio de Educación. 2007. Ley 20.201: Modifica el DFL n° 2, de 1998, de educación, sobre subvenciones a establecimientos educacionales y otros cuerpos legales, 31 de julio 2007. Arts. 2 y 3. En este sentido, el DS N° 170 del año 2009, definió las orientaciones que debían seguir los colegios que contaran con un Plan de Integración Escolar (PIE), entre los cuales estaban la elaboración de procedimientos, instrumentos y pruebas diagnósticas a fin de determinar el grado de ayuda que necesitaba el alumno, la confección de informes anuales que dieran cuenta de los avances que experimentara el educando, la contratación de profesionales especializados de acuerdo con las orientaciones técnicas que definiera el MINEDUC, y la provisión de los medios y recursos materiales que facilitarían la integración y la inclusión de los estudiantes, entre otras. CHILE. Ministerio de Educación. 2010. Decreto Supremo N° 170: Fija normas para determinar los alumnos con necesidades educativas especiales que serán beneficiarios de las subvenciones para educación especial, 21 de abril de 2010. Art. 86.

⁷⁶⁷ COX, Cristián. Políticas de reforma curricular en Chile. *Pensamiento Educativo*. 29: 2001. p.176.

financiamiento compartido; y por último, en lo tocante al ejercicio de la potestad disciplinaria, estableciendo una serie de derechos a favor de los alumnos, tales como el respeto al debido proceso. En nuestra opinión, esto comprueba que el derecho educacional chileno, ha experimentado una clara evolución, en el sentido de pasar de un régimen en el cual el educando ocupaba una posición subordinada o de segundo orden, a uno en el que la protección de sus derechos, constituye el eje del sistema.

3.2.- Interpretación sistemática interna

En general, podemos afirmar que el principio de protección del alumno, constituye una directriz, es decir un estándar distinto de las reglas, en la medida en que nos permite entender el derecho vigente no como un conjunto de normas aisladas, sino como un sistema que está dotado de sentido, o lo que es lo mismo, como un orden normativo que persigue ciertos fines, los cuales a su vez, informan cada una de sus disposiciones⁷⁶⁸. En esta línea, nos vamos a detener en primer término, en los preceptos constitucionales que nos sirven de fundamento para justificar la existencia este principio.

En efecto, como primera cuestión, conviene tener presente que la educación constituye un bien que es particularmente importante, puesto que le permite a los sujetos poder llevar a cabo su plan de vida, en otras palabras, perseguir sus propios objetivos de forma autónoma e independiente⁷⁶⁹. Por tanto, en esta materia el Estado no puede

⁷⁶⁸ ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del derecho. Madrid, Ariel, 2007. p. 44. ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid, Trotta, 2011. p. 118.

⁷⁶⁹ *Supra*, Capítulo 1, 2. En este sentido, el CDESC es bastante claro acerca de la relevancia que tiene la educación: "La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores

simplemente abstenerse de actuar, por el contrario, la administración debe garantizar que cada uno de sus ciudadanos pueda realmente acceder a la enseñanza, y que esta le permita desarrollar sus capacidades de manera efectiva. Como hemos visto, esto implica que los poderes públicos deben desplegar un compartimiento activo, obligándose por tanto, a suministrar las prestaciones fácticas o normativas que sean necesarias a fin de asegurar el logro de dicho objetivo. Sin duda, este deber se funda en el art. 1º de la Carta Fundamental, de acuerdo con el cual, el Estado tiene la obligación de “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”. Ahora bien, esto conlleva, desde nuestro punto de vista, que la administración está facultada para intervenir en la esfera privada, a fin de cautelar que el ejercicio de la libertad que la Constitución le reconoce a todas las personas, no se constituya en un obstáculo que le impida a los titulares del derecho a la educación, poder desarrollar adecuadamente su proceso formativo.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado con bastante claridad, que no solo el Estado se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales, sino que también los particulares, puesto que: “el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la

marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues dispone de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana”. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 1.

necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos”⁷⁷⁰. En apoyo de esta tesis, ha sostenido que este deber: “se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza”⁷⁷¹. Por tanto, y esto nos parece central, los actos o contratos que las partes celebren en la esfera propia del derecho privado, están limitados por los principios, valores y garantías que se establecen en la Carta Fundamental, de modo que los particulares no pueden imponer cláusulas que impidan el libre ejercicio de estos derechos o menoscaben su esencia: “Consiguientemente, estipulaciones de esa índole devendrían en inválidas por ser contrarias a la Constitución, efecto que tendría contemplar estipulaciones que, directamente o no, signifiquen que la contraparte quede, de facto, impedida de ejercer la plenitud de todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados en esa disposición suprema”⁷⁷².

En el ámbito de la educación, estas ideas resultan especialmente aplicables. En efecto, tal como lo hemos señalado, la Constitución dispone en su art. 19 N° 10 que la comunidad tiene la obligación de contribuir al desarrollo y al perfeccionamiento de la educación. A este respecto, contribuir, implica “ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin”, mientras que los conceptos de desarrollo y perfeccionamiento, conllevan la idea de “mejorar algo o hacerlo más perfecto”. De esto se sigue, que la educación se

⁷⁷⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 4972-2007, de 26 de junio de 2008. Considerando 34°.

⁷⁷¹ Ídem.

⁷⁷² Ídem. En este mismo, la Corte también ha señalado que: “la existencia de un contrato no es impedimento para que se respeten y promuevan los derechos de las personas. Sostener lo contrario implicaría –ha dicho– la posibilidad de que invocando la autonomía de la voluntad dichos derechos pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 1572-2009. 30 de noviembre de 2010. Considerado 41°.

“perfecciona”, no abandonando a los alumnos a la ley del contrato, sino que por el contrario, estableciendo con claridad un sistema que les permita alcanzar de mejor forma los fines de la enseñanza. Por tanto, la prestación del servicio educativo se debe sujetar a un conjunto de reglas y principios de orden público, a fin de garantizar a toda la población y en igualdad de condiciones, la universalidad, regularidad, gratuidad, calidad y adaptabilidad de la enseñanza⁷⁷³. Así, los distintos poderes privados, están obligados a contribuir al logro de un objetivo que trasciende sus intereses particulares, el cual está dado por el mejoramiento del sistema de enseñanza, no resultando contrarias al orden constitucional vigente, aquellas restricciones u obligaciones que busquen hacer exigible el cumplimiento de este deber, las cuales, por este motivo, y al menos en principio, gozan de una verdadera presunción de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional ha sostenido esta tesis en los siguientes términos: “Que, además, debe considerarse (...) que la libertad de enseñanza no es un fin en sí misma y que está concebida para dar cauce al derecho a la educación. Dicho derecho exige que el Estado tenga los instrumentos destinados a garantizar su "desarrollo y perfeccionamiento" (artículo 19 N° 10°, de la Constitución)”⁷⁷⁴. En otras palabras, la Constitución reconoce que la libertad de enseñanza tiene una doble faz, esto es, protege un interés subjetivo, pero al mismo

⁷⁷³ En este respecto, consideramos que el principio de subsidiaridad no se debe leer simplemente como un freno para la actuación del Estado, sino que también, como un mandato que obliga a la administración a regular la actividad económica y empresarial. A este respecto, concordamos con Loo cuando señala: “nos hemos limitado a creer que nuestro ordenamiento constitucional consagra el principio y lo hemos leído principalmente –y, diríamos, casi exclusivamente– en su valencia negativa es decir, como principio de limitación de la actuación pública y no como principio modelador de la misma, olvidando, en lo fundamental, que la subsidiariedad debe comportar, también, un incentivo a la presencia del Estado en aquellas cuestiones que, siendo de relevancia pública, parecen desatendidas o insuficientemente satisfechas por la iniciativa de los individuos y los grupos intermedios”. LOO GUTIERREZ Martín. La disciplina constitucional del principio de subsidiaridad en Italia y Chile. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIII: 2009. p. 423. A este respecto, también se puede consultar: AGUILAR, CAVALLO. Gonzalo. Principio de solidaridad y Derecho privado: Comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional. Revista Ius et Praxis. 14 (2): 2008. pp. 602 y ss.

⁷⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2.787 de 1 de abril de 2015, considerando.42.

tiempo, cumple con una importante función objetiva, en la medida que esta garantía sirve de cauce para asegurar la existencia de la educación⁷⁷⁵. Esta consideración impone, en nuestra opinión, un criterio de interpretación finalista, esto es, que esté centrado en la protección de los estudiantes⁷⁷⁶.

Por otro lado, a nivel legislativo, la administración establece un complejo marco regulatorio, el cual busca justamente concretar esta obligación, sometiendo la actividad educativa al cumplimiento de una serie de estándares básicos en materia de protección de derechos humanos.

A este respecto, debemos destacar que la LGE define la educación de un modo bastante amplio, señalando que se trata de una actividad que se debe enmarcar en el respeto y promoción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 2)⁷⁷⁷. Así mismo, prescribe que el sistema educativo chileno está inspirado en algunos principios, los cuales buscan asegurar que la educación esté al alcance de todas las personas, que todos los alumnos, con independencia de su condicional social, puedan

⁷⁷⁵ HABERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. DYKINSON, Madrid, 2003. p. 23.

⁷⁷⁶ Tal como indica Díaz Revorio: “Alguno de los criterios más utilizados en la interpretación constitucional, como el de interpretación más favorable al ejercicio de derechos fundamentales, posee un fundamento teleológico, pues implica la interpretación de las normas, acorde con la finalidad derivada de los preceptos constitucionales que recogen estos derechos fundamentales, valores y fines esenciales del sistema constitucional. En definitiva, este criterio influye o condiciona a casi todos los demás, en un sistema constitucional que sitúa a determinados valores como fines esenciales de todo el ordenamiento”. DIAZ REVORIO, Francisco. Interpretación de la Constitución y juez constitucional. IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. 10 (37): 2016. p. 18.

⁷⁷⁷ CHILE. Ministerio de Educación. 2009. Ley N° 20.370: Ley general de educación, 12 de septiembre de 2009. Art. 2: “La educación es el proceso de aprendizaje permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas. Se enmarca en el respeto y valoración de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la diversidad multicultural y de la paz, y de nuestra identidad nacional, capacitando a las personas para conducir su vida en forma plena, para convivir y participar en forma responsable, tolerante, solidaria, democrática y activa en la comunidad, y para trabajar y contribuir al desarrollo del país.

alcanzar los objetivos de la enseñanza, y que todos los estudiantes disfruten de las mismas oportunidades de recibir una educación de calidad (art. 3)⁷⁷⁸. Por otro lado, como ya lo hemos señalado, esta ley prescribe que el alumno es titular de ciertos derechos, y que es deber del Estado velar por la igualdad de oportunidades y la inclusión educativa, así como también, promover que se reduzcan las desigualdades que existen entre los estudiantes y que se deriven de sus circunstancias económicas, sociales o étnicas, entre otras (art. 10 y 4 inciso final)⁷⁷⁹. En esta misma línea, la LGE también limita de forma importante la libertad de enseñanza, al prohibir por ejemplo, el establecimiento de requisitos de acceso discriminatorios (art. 13), que el embarazo o la maternidad constituyan una causal para poner fin al contrato de matrícula (art. 11 inc. 1º) o que los estudiantes sean objeto de sanciones por el hecho que su padres no cumplan con los compromisos financieros que tengan con el respectivo centro educativo (art. 11 inc. 4º). Igualmente, la ley en comento dispone que los establecimientos de

⁷⁷⁸ *Ibíd.* Art. 3: “a) Universalidad y educación permanente. La educación debe estar al alcance de todas las personas a lo largo de toda la vida. b) Calidad de la educación. La educación debe propender a asegurar que todos los alumnos y alumnas, independientemente de sus condiciones y circunstancias, alcancen los objetivos generales y los estándares de aprendizaje que se definan en la forma que establezca la ley. c) Equidad del sistema educativo. El sistema propenderá a asegurar que todos los estudiantes tengan las mismas oportunidades de recibir una educación de calidad, con especial atención en aquellas personas o grupos que requieran apoyo especial”.

⁷⁷⁹ *Ibíd.* Art. 10: “Los alumnos y alumnas tienen derecho a recibir una educación que les ofrezca oportunidades para su formación y desarrollo integral; a recibir una atención adecuada y oportuna, en el caso de tener necesidades educativas especiales; a no ser discriminados arbitrariamente; a estudiar en un ambiente tolerante y de respeto mutuo, a expresar su opinión y a que se respete su integridad física, y moral, no pudiendo ser objeto de tratos vejatorios o degradantes y de maltratos psicológicos. Tienen derecho, además, a que se respeten su libertad personal y de conciencia, sus convicciones religiosas e ideológicas y culturales, conforme al reglamento interno del establecimiento. De igual modo, tienen derecho a ser informados de las pautas evaluativas; a ser evaluados y promovidos de acuerdo a un sistema objetivo y transparente, de acuerdo al reglamento de cada establecimiento; a participar en la vida cultural, deportiva y recreativa del establecimiento, y a asociarse entre ellos”.

enseñanza deben promover la participación de los estudiantes, en especial, a través de los centros de alumnos (art. 15)⁷⁸⁰.

En otro orden de ideas, la LGE establece que los sostenedores, para poder solicitar el reconocimiento oficial del Estado, deben organizarse como personas jurídicas de derecho público o de derecho privado cuyo giro único debe ser la educación, a este respecto, también contempla la obligación de rendir cuenta pública de los recursos estatales que reciban, asimismo, dispone que se deben cumplir con una serie de condiciones para ser representante legal y administrador de entidades sostenedoras de establecimientos educacionales, establece el deber de contar con un proyecto educativo propio, la obligación de ceñirse a las bases curriculares que defina el MINEDUC, cumplir con los estándares nacionales de aprendizaje, tener un reglamento interno que regule las relaciones entre el establecimiento y los distintos actores de la comunidad escolar, el cual además, debe garantizar el debido proceso y no contradecir el derecho vigente, contar con el personal docente idóneo y disponer del mobiliario adecuado, entre otras exigencias (art. 46). El sistema se completa, con la creación del Consejo Nacional de Educación (CNED), el cual tiene como principal función, la de cautelar y promover la calidad de la educación parvularia, básica, media y terciaria en el marco de los sistemas de aseguramiento de la calidad de la educación escolar y superior (art. 52). Finalmente, y a riesgo de ser redundantes, no podemos dejar de mencionar que la LGE introduce el concepto de comunidad educativa, el cual precisamente viene a dar cuenta

⁷⁸⁰ *Ibíd.* Art. 15: “Los establecimientos educacionales promoverán la participación de todos los miembros de la comunidad educativa, en especial a través de la formación de centros de alumnos, centros de padres y apoderados, consejos de profesores y consejos escolares, con el objeto de contribuir al proceso de enseñanza del establecimiento”.

de que todo este conjunto de regulaciones, obedecen a la necesidad de garantizar que los integrantes de esta, trabajen en pos de un objetivo común, el cual está dado por el aseguramiento de la educación de todos sus alumnos (art.9)⁷⁸¹.

Tratándose de la ley de subvenciones, el principio en comento, se manifiesta en un conjunto de disposiciones de gran relevancia práctica. En este sentido, para poder impetrar la subvención escolar, los sostenedores deben cumplir con varias obligaciones, las cuales en general, alteran de forma importante la autonomía contractual de la que estos son titulares. A este respecto, destaca el hecho que las instituciones educativas deben estar constituidas como personas jurídicas sin fines de lucro (art. 6 a)); los recursos públicos que reciban se deben destinar de forma íntegra y exclusiva al cumplimiento de fines educacionales (art. 6 a) bis); deben aceptar al menos, a un 15% de alumnos prioritarios (art. 6 a) ter); la entidad sostenedora debe ser propietaria o comodataria del inmueble en el cual funciona el establecimiento (art. 6 a) quater); no pueden establecer procesos de selección de estudiantes (art.6 a) quinquies); deben contar con un reglamento interno en el que se especifique claramente los derechos y deberes de los miembros de la comunidad educativa, las sanciones que se van a aplicar, y al procedimiento que se va a seguir en caso de infracción (art. 6 d)); no pueden efectuar cobros o exigir aportes económicos obligatorios, directos o indirectos o de

⁷⁸¹ *Ibíd.* Art. 9: “La comunidad educativa es una agrupación de personas que inspiradas en un propósito común integran una institución educativa. Ese objetivo común es contribuir a la formación y el logro de aprendizajes de todos los alumnos que son miembros de ésta, propendiendo a asegurar su pleno desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico. El propósito compartido de la comunidad se expresa en la adhesión al proyecto educativo del establecimiento y a sus reglas de convivencia establecidas en el reglamento interno. Este reglamento debe permitir el ejercicio efectivo de los derechos y deberes señalados en esta ley. La comunidad educativa está integrada por alumnos, alumnas, padres, madres y apoderados, profesionales de la educación, asistentes de la educación, equipos docentes directivos y sostenedores educacionales”.

terceros, como requisitos para ingresar o participar en las actividades que desarrolle el establecimiento (art. 6 e), deben contar con programas especiales de apoyo para aquellos estudiantes que presenten bajo rendimiento académico (art. f bis), entre otras exigencias. Por último, esta ley también regula con bastante detalle el procedimiento para hacer efectivo el pago de la subvención (art.15), junto con establecer un complejo de sistema de control, a fin de asegurar el buen uso de la misma (art. 13).

Por otro lado, la ley que establece el sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación, también da cuenta de la preocupación del legislador por garantizar de forma prioritaria los derechos de los alumnos. Como lo dice su título, esta ley crea un “sistema”, es decir, un conjunto de estructurado de entidades reguladoras, cuyo principal objetivo está dado por asegurar el acceso equitativo a una educación de calidad para todos los estudiantes, mediante la evaluación integral, la fiscalización permanente, y el apoyo y orientación constante a los distintos establecimientos de enseñanza⁷⁸². En concreto, este sistema está formado por cuatro organismos, la Superintendencia de Educación, la Agencia de Calidad, el CNED y el MINEDUC. La Superintendencia, está encargada de velar por que los establecimientos cumplan con la normativa educacional vigente, de recibir las rendiciones de cuenta por el uso de los recursos que entrega el Estado a los sostenedores, de requerir a las autoridades o docentes directivos toda la información necesaria para cumplir con sus funciones, de

⁷⁸² CHILE. Ministerio de Educación. 2011. Ley N° 20.529: Sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización, 27 de agosto de 2011. Art. 1: “Es deber del Estado propender a asegurar una educación de calidad en sus distintos niveles. Para dar cumplimiento a dicha responsabilidad créase y regúlese un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media, en adelante el "Sistema". El Sistema tendrá por objeto, asimismo, propender a asegurar la equidad, entendida como que todos los alumnos tengan las mismas oportunidades de recibir una educación de calidad”.

tramitar las denuncias que formulen los particulares en contra de los centros de enseñanza, y de aplicar las sanciones que establece la ley, las cuales puedan llegar incluso hasta el cierre de la institución. En este último supuesto, la ley establece claramente que el MINEDUC deberá tener presente, ante todo, los derechos de los alumnos: “En caso de que la Superintendencia disponga la sanción de revocación del reconocimiento oficial del Estado, el Ministerio de Educación deberá adoptar todas las medidas que resulten pertinentes para asegurar el derecho a la educación de los alumnos, en coordinación con las facultades que tiene la Superintendencia”⁷⁸³.

A su vez, la Agencia de Calidad juega un rol central, puesto que ella tiene la misión de evaluar los estándares de calidad y desempeño que están obligados a cumplir todos los establecimientos, clasificar u ordenar los centros en función de los resultados de aprendizaje que demuestren sus alumnos, y entregar orientaciones para la mejora de su gestión. Por su parte, el CNED, debe de revisar, para su aprobación los estándares de calidad y desempeño, los cuales una vez validados, deberán ser puestos a disposición de la Agencia de Calidad para su aplicación. Finalmente, el MINEDUC: “ en su calidad de órgano rector del Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación, deberá desarrollar un Plan Anual de Aseguramiento de la Calidad de la Educación y llevar a cabo la coordinación de los órganos del Estado que componen dicho sistema, con el fin de garantizar una gestión eficaz y eficiente”⁷⁸⁴.

⁷⁸³ *Ibíd.* Art. 83

⁷⁸⁴ *Ibíd.* Art. 111.

Finalmente, también debemos tener presente que el Estatuto Docente define algunas directrices que tienen por objeto asegurar los derechos de los alumnos⁷⁸⁵. En este sentido, el legislador establece que los educadores están obligados a someterse a un proceso de evaluación, en el cual se tomará en cuenta, entre otros factores, su desempeño profesional en el aula, si es capaz de crear un ambiente propicio para el aprendizaje de los estudiantes, y el trabajo colaborativo que lleve cabo con sus pares, alumnos, padres y apoderados⁷⁸⁶. En función de los resultados que alcancen en este proceso, los profesores podrán subir de tramo, mejorar sus remuneraciones, recibir distintos tipos de asignaciones y bonificaciones, entre otros beneficios⁷⁸⁷.

Como vemos, este corpus normativo abarca buena parte de las distintas dimensiones que comprende la educación, incluyendo disposiciones relativas a la calidad de los docentes, al acceso a la enseñanza, a los derechos que tienen los alumnos, o al ejercicio de la potestad disciplinaria, estableciendo por esta vía un marco regulatorio al cual se deben someter todos los prestadores del servicio educacional, sean o públicos o privados, a fin de asegurar de manera efectiva la universalidad, accesibilidad, calidad, adaptabilidad y gratuidad de la enseñanza.

⁷⁸⁵ Así por ejemplo, el Estatuto dispone que el sistema de carrera docente, debe promover: “la formación y desarrollo de profesionales que cumplen una misión decisiva en la educación integral de sus estudiantes”, propiciar: “la autonomía del profesional de la educación para organizar las actividades pedagógicas de acuerdo a las características de sus estudiantes”, fomentar “el compromiso personal y social, así como la responsabilidad frente a la formación y aprendizaje de todos los estudiantes”, propender: “a que los profesionales de la educación de desempeño destacado ejerzan en establecimientos con alta proporción de alumnos vulnerables, de modo de ofrecer mejores oportunidades educativas a dichos estudiantes” y apoyar: “el compromiso del profesional de la educación con su comunidad escolar, generando así un ambiente que propenda a la formación, el aprendizaje y desarrollo integral de todos los estudiantes”. CHILE. Ministerio de Educación, 1997. Ley N° 19.070: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n° 19.070 que aprobó el estatuto de los profesionales de la educación, y de las leyes que la complementan y modifican, 22 de enero de 1997. Art. 19.

⁷⁸⁶ *Ibidem.* Art. 19 j).

⁷⁸⁷ *Ibidem.* Art. 49.

3.3.- Interpretación sistemática externa

En el derecho internacional existen una serie de instrumentos, normas y directrices, que establecen las obligaciones básicas que tienen los Estados en relación a la protección del derecho a la educación. Este plexo normativo, conforma lo que la doctrina conoce como bloque de constitucionalidad, el cual está dado por el: “conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario) y los derechos implícitos, expresamente incorporados por vía del artículo 29 literal c) de la CADH⁷⁸⁸, constituyendo su base normativa los arts. 1º, 5º y 6º de la Constitución Política. Así dicho bloque comprende tanto los derechos reconocidos por la Constitución, como los que asegura el derecho convencional de derechos humanos, el derecho consuetudinario, los principios de *ius cogens* y los derechos implícitos⁷⁸⁹. La importancia de esta categoría estriba, siguiendo a Nash, en que entrega elementos hermenéuticos e integradores, permitiendo a los diversos operadores jurídicos hacer uso de las normas de derecho internacional de los derechos humanos de “manera armónica con la legislación nacional, dinamizando y

⁷⁸⁸ NOGUEIRA, Humberto. Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso proveniente de la convención americana de derechos humanos. *Estudios Constitucionales*. 2(1) 2004. p. 124

⁷⁸⁹ En cuanto al valor de las observaciones generales de los distintos comités sobre derechos humanos y demás instrumentos de *soft law*, concordamos con Espejo cuando sostiene que: “la identificación adecuada de las obligaciones que emanan del derecho a la educación no debe llevarse a cabo, exclusivamente, prestando atención a lo dispuesto expresamente por los textos internacionales o constitucionales respectivos. Sin perjuicio de las distinciones exegéticas que procedan, el contenido normativo de los derechos sociales en general, y el derecho a la educación en particular, se nutre también de los aportes técnicos de documentos programáticos vinculados con diversas dimensiones de la educación. Así, por ejemplo, para una correcta interpretación del derecho a la educación es necesario tener en cuenta una serie de indicadores que progresivamente se han ido desarrollando en esta materia”. ESPEJO, Nicolás. Manual sobre justiciabilidad de derechos sociales para jueces de Iberoamérica. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Oxfam y Red Iberoamericana de Jueces, 2009, p. 115.

complementando la protección de los derechos fundamentales”⁷⁹⁰. En este sentido, la Constitución dispone un equivalencia jerárquica entre los derechos humanos contenidos en tratados ratificados por Chile y aquellos contenidos en la Carta Fundamental, lo cual lleva aparejada tres consecuencias: los derechos humanos constituyen un canon inamovible al constituir un límite a la soberanía; surge un deber de promoción y respeto de los derechos por parte del Estado; y “que los derechos que le corresponde titular al Estado pueden tener un doble origen: interno (derechos garantizados por la CPR) y externo (derechos garantizados en tratados)”⁷⁹¹.

Ahora bien, creemos que algunos de los elementos que conforman este bloque, reflejan claramente la idea relativa a que los Estados, entre ellos, el Estado chileno, deben otorgar la máxima protección posible a los derechos de los educandos.

⁷⁹⁰ NASH Claudio. Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. [en línea] <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf> 2012 . [consulta : 12 Noviembre 2013]. p. 45. NOGUEIRA, Humberto. Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Derechos sociales fundamentales, Tomo 3, p. 306.

⁷⁹¹ JORDAN, Tomas. Claves para compatibilidad entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional en materia de derecho educacionales. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (ed.) Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Doctrina y Jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú. Santiago, Librotecnia, 2010. p. 348. Sin embargo, los tribunales nacionales, y en particular el Tribunal Constitucional, no suelen recurrir a los tratados internacionales como parámetro para controlar la constitucionalidad de la ley. En efecto, tal como comenta Nogueira, en esta materia no existe una línea jurisprudencial de carácter permanente y estable acerca de la fuerza normativa que tienen los tratados internacionales dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Así, en la práctica, y tal como comenta, este autor: “la jurisprudencia (...) varía en relación a la fuerza normativa otorgada a tales tratados, oscilando entre aquellas sentencias que asimilan los tratados a los preceptos legales otorgándoles valor y fuerza de ley y aquellas que les reconocen una jerarquía superior a las leyes e infraconstitucional. En otras oportunidades, se abandona la dimensión formal y se reconoce los atributos y garantías de derechos esenciales contenidos en tratados como parte del parámetro de control de constitucionalidad de normas infraconstitucionales”. NOGUEIRA ALCALA, Humberto. El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el periodo 2006-2013. *Revista Chilena de Derecho*. 41(29): 2014. p. 430. En este sentido, también se puede consultar: GALDAMEZ, ZELADA, Liliana. Los derechos asegurados por tratados ratificados y vigentes como parámetro del control de constitucionalidad en los votos concurrentes y disidentes del Tribunal Constitucional de Chile. *En*: NOGUEIRA, Humberto (coord.). *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor personal y de proporcionalidad*. Santiago, Librotecnia, 2013. pp. 103 y ss. HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam. *Las fuentes formales del derecho*. Santiago de Chile, LegalPublishing, 2009. pp. 39 y ss. NUÑEZ DONALD, Constanza. *Control de Convencionalidad. Teoría y aplicación en Chile*. Santiago de Chile, Librotecnia, 2016. pp. 108 y ss.

Como sabemos, en el ámbito de la enseñanza, el Estado es el principal obligado. Para nosotros, este deber emana del art. 13 del PIDESC, cuando dispone que la administración tiene el deber de: “proseguir *activamente* el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza”⁷⁹². Ahora bien, esto implica que la administración está obligada a actuar de forma diligente y eficaz, a fin de asegurar que la enseñanza sea accesible e inclusiva para toda la población, que esta satisfaga un cierto estándar de calidad y que durante el desarrollo del proceso formativo se respeten los derechos y la dignidad de los educandos. Por otra parte, el deber en comento supone que el Estado no puede permanecer en la inactividad, esto es, replegarse, y dejar que la educación se transforme en un bien de consumo o de mercado, por el contrario, la administración debe garantizar que las reglas que regulen la prestación del servicio educativo, estén efectivamente dirigidas a concretar los objetivos de la enseñanza, y no, a favorecer otro tipo de intereses o finalidades.

En este mismo orden de ideas, el PIDESC también prescribe en su art. 2.1 lo siguiente:

“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

⁷⁹² Es más, para el CDESC: “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” COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), E/C.12/1999/10, 1999. párr. 48.

todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (el destacado es nuestro).

En nuestra opinión, esta norma obliga a la administración a otorgar prioridad a la satisfacción del derecho a la educación, lo cual importa no simplemente asegurar la existencia de una provisión mínima de establecimientos de enseñanza, sino que por el contrario, también supone el deber de mejorar continuamente las condiciones materiales y normativas que permiten el goce y el ejercicio de esta garantía para toda la población, y de justificar con buenas razones, las medidas que busquen sancionar normas que empeoren la condición de los estudiantes⁷⁹³.

En esta línea, si bien el PIDESC reconoce que los particulares pueden establecer centros de enseñanza distintos de los públicos, es muy claro al señalar que estos deben cumplir con los requisitos y condiciones que establezca la administración, y en especial, adecuar su actividad a los propósitos de la enseñanza, tal como aparecen definidos en el art. 13.1 del Pacto:

“Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los

⁷⁹³ Al respecto, no debemos perder de vista que si bien el PIDESC no obliga al Estado a adoptar un modelo de desarrollo económico determinado, si le impone ciertos límites normativos y axiológicos dentro de los cuales este debe desarrollar su actividad. Sobre el carácter abierto de las normas sobre derechos humanos, véase: ALSTON, Philip, QUINN, Gerard. The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Human Rights Quarterly, (9): 2, 1987. pp. 181 y ss.

principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado” (el destacado es nuestro).

En otras palabras, la libertad de enseñanza no autoriza al sostenedor para hacer lo que quiera dentro de su establecimiento, por el contrario, como este se encuentra en una relación de sujeción frente al Estado, el particular debe adecuar su actividad a las condiciones que le imponga la administración, bajo el supuesto, tal como destaca el PIDESC, que estas tengan por objeto asegurar la adecuada formación de los estudiantes⁷⁹⁴. Es más, la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, refuerza esta idea, al señalar expresamente en su art. 2, que la creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, constituye una actividad perfectamente legítima: “*siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público*, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad”. Por último, tanto el CDESC como el CDN, han destacado de manera más o menos explícita, que el ente público tiene la obligación de llevar a cabo la programación general de la educación⁷⁹⁵, de exigir requisitos mínimos a los establecimientos educacionales⁷⁹⁶, de garantizar que se persigan en todos los niveles los objetivos de la educación⁷⁹⁷, de asegurar que el

⁷⁹⁴ ATRIA, Fernando. Mercado y ciudadanía en la educación. Santiago, Flandes Indiano, 2007. p. 59.

⁷⁹⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 6.a).

⁷⁹⁶ *Ibidem.* párr. 54.

⁷⁹⁷ *Ibidem.* párr. 4.

acceso a la misma se produzca en condiciones de igualdad y no discriminación⁷⁹⁸, de velar por la vigencia del principio de gratuidad⁷⁹⁹, de asegurar que durante el desarrollo del proceso formativo se respeten los derechos humanos de los estudiantes⁸⁰⁰, de procurar que la enseñanza sea aceptable y que se adapte a las necesidades de los alumnos⁸⁰¹, entre otras.

Sin duda, esta intensa labor regulatoria se justifica, puesto que la educación constituye una condición necesaria para que el sujeto pueda llevar a cabo su plan de vida, de tal modo que nadie está legitimado para privar a otro del acceso a ella, o bien, para lesionar los derechos humanos del educando durante el desarrollo del proceso formativo, todo lo cual conduce a la imposibilidad “[de] abandonar a la iniciativa privada y a sus múltiples impulsos singulares la garantía de satisfacción del servicio [educativo]”⁸⁰².

Por último, el CDESC ha señalado que el Estado debe demostrar una especial preocupación por la protección de los derechos de los estudiantes. Al respecto, ha declarado expresamente que: “Al considerar la correcta aplicación de estas "características interrelacionadas y fundamentales", *se habrán de tener en cuenta ante*

⁷⁹⁸ *Ibidem*. párr. 31. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 1, Propósitos de la educación, HRI/GEN/1/Rev.7 at 332, 2001. párr. 10.

⁷⁹⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Ibidem*. párr. 6.b).

⁸⁰⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 1. *Op. Cit.* párr. 15.

⁸⁰¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.* párr. 6.d).

⁸⁰² FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mercado educativo. En: ESTEBAN VILLAR, Mercedes, HERRERO-TEJEDOR, Carmen. Escolarización del alumno en el sistema educativo español. Cuestiones jurídicas: I Encuentro sobre estudios Jurídicos-políticos en Educación. Madrid, Fundación europea sociedad y educación. 2006. p. 46.

todo los superiores intereses de los alumnos”⁸⁰³ (el destacado es nuestro). En nuestra opinión, esta afirmación constituye el reconocimiento más claro del principio de protección del alumno que podemos encontrar en el derecho internacional. En este sentido, cuando el CDESC se refiere a la correcta aplicación de “estas características interrelacionadas y fundamentales”, lo hace a las cuatro obligaciones básicas que tiene la administración en este ámbito, las que como sabemos, están dadas por el deber de asegurar la asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad de la enseñanza. Por otro lado, el CDESC, al señalar que el Estado deberá “tener en tener en cuenta ante todo los superiores intereses de los alumnos”, está definiendo un claro mandato de optimización, es decir, un deber que obliga a la administración a tomar posición a favor de la protección del derecho a la educación al momento de diseñar el marco normativo relativo a la enseñanza, y a descartar, al menos *prima facie*, todas aquellas alternativas que impliquen directa o indirectamente impedir o limitar su libre ejercicio⁸⁰⁴.

3.4.- El derecho comparado como argumento a favor de la existencia del principio de protección del alumno

En nuestra opinión, el estudio de la jurisprudencia comparada resulta relevante, en la medida en que constituye un método que permite comprender mejor las fortalezas

⁸⁰³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 13. *Op. Cit.*, 1999. párr. 7.

⁸⁰⁴ Sin embargo, debemos tener presente lo que indican autores como Usen, cuya opinión compartimos: “Ahora bien, la aplicación más decidida del PIDESC no salvaría de modo alguno el déficit del texto constitucional, dado el carácter normativo también limitado (en eficacia o autoejecución) de las normas del PIDESC pero al menos importaría un avance, ya que las normas del derecho internacional convencional pueden ser invocadas en sede judicial como derecho aplicable, vigente y de aplicación preferente, y son también una pauta u orientación para impulsar modificaciones (en un sentido aditivo) a la Constitución y para adecuar nuestra legislación (en un sentido sustitutivo o complementa lo que se ha sostenido en el ámbito internacional respecto de los derechos sociales y la aplicación de las normas del PIDESC”. USEN VICENCIO, Alejandro. Derechos sociales: Teoría y praxis. *Nomos*. 3: 2009. p. 214.

y debilidades del ordenamiento jurídico interno, definir reglas más avanzadas para proteger y garantizar los derechos fundamentales, e incorporar conceptos o categorías dogmáticas que permitan facilitar la ordenación y la sistematización del derecho vigente⁸⁰⁵. En este sentido, aun cuando cada ordenamiento jurídico adopta soluciones distintas con relación a que derechos reconocer y a la forma en cómo entenderlos y aplicarlos, estos se construyen sobre un fondo común, el cual está dado por el marco normativo que suministra el derecho internacional, y por la existencia de una serie de principios, valores o creencias que son más o menos comunes, entra las cuales destaca la protección de la persona humana, y el reconocimiento del estado de derecho.

En efecto, tal como hemos visto, nuestros tribunales suelen abordar los problemas relativos a la educación, desde un marco conceptual que tiende a dar primacía al aseguramiento de la libertad de enseñanza, en desmedro de la protección de los intereses de los educandos. Por el contrario, en el derecho comparado, los tribunales suelen aplicar una serie de criterios que justamente buscan maximizar la tutela de los derechos de los estudiantes. En efecto, tanto el TEDH como la Corte Constitucional de Colombia, entienden correctamente que la libertad de enseñanza cumple ante todo una función objetiva o instrumental, a saber, la de servir de medio para asegurar la realización del derecho en comento, de manera que su ejercicio, no se puede constituir

⁸⁰⁵ NOGUIERA, Humberto. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. *Estudios Constitucionales*. 9 (2): 2011. p. 53. NOGUIERA, Humberto. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Estudios Constitucionales*, 10(2): 2012. p. 58. AGUILAR CALVO, Gonzalo. El diálogo judicial multinivel. En: NOGUEIRA, Humberto (coord.). Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor personal y de proporcionalidad. Santiago, Librotecnia, 2013. p. 61. ZWEIGERT, Konrad, KOTZ, Hein. Introducción al derecho comparado. México, Oxford, 2011. p. 38.

en un obstáculo que le impida al alumno poder satisfacer de manera efectiva sus necesidades de aprendizaje. A este respecto, el TEDH ha sido muy claro:

“Además, la segunda frase del artículo 2 debe leerse en combinación con la primera, que consagra el derecho de todos a la instrucción. *Es sobre este derecho fundamental sobre el que se asienta el derecho de los padres al respeto de sus convicciones filosóficas y religiosas*, y la primera frase no distingue, como tampoco la segunda, entre enseñanza pública y enseñanza privada (...) *La segunda frase del artículo 2 tiende, en suma, a proteger la posibilidad de un pluralismo educativo*, esencial en la preservación de la “sociedad democrática”, tal como la concibe el Convenio” (el destacado es nuestro)⁸⁰⁶.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que:

“se plantea el conflicto entre el derecho no exclusivamente de orden patrimonial privado del centro docente, pues por su propia naturaleza es regularmente intervenido en razón del interés público de donde proviene y por petición de principio siempre sin suficiente retribución del pago de la educación recibida, pues no se trata de una simple operación de compraventa. *Sin embargo, el interés más altamente reivindicable en todo ese concurso de esfuerzos, en tanto es el fin último y más auténtico de la*

⁸⁰⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen”, 7 de diciembre de 1976. párr. 50.

educación, hace prevalecer en el tiempo de manera independiente el derecho del educando que no puede verse suspendido por el derecho del educador a recibir su natural estipendio. Aquí prevalece el derecho del educando, sin perjuicio de que exista el del educador, y con ello los medios jurídicos para hacerlo valer”(el destacado es nuestro)⁸⁰⁷.

En nuestra opinión, de esto se siguen dos consecuencias importantes. La primera, estriba en que toda actividad interpretativa que tenga lugar en el ámbito de la enseñanza debe tener como fin, o estar fundada, en la protección de los intereses de los educandos. Y la segunda, radica en que la administración está obligada a maximizar el goce efectivo del derecho a la educación, y a encauzar el ejercicio de la libertad de enseñanza, hacia el cumplimiento de los finales para los cuales esta garantía está instituida.

Ahora bien, para nosotros, resulta claro que esta doctrina puede ser objeto de una objeción importante, puesto que, en el fondo, estaría sosteniendo que la libertad de enseñanza se encontraría subordinada al derecho a la educación, lo cual como se sabe, no sería posible, en tanto iría en contra del principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Sin embargo, creemos que esta crítica no está justificada. En efecto, tanto los derechos como las libertades fundamentales presentan una doble cara, por un lado constituyen derechos subjetivos, en la medida en que sirven de cause para el desarrollo de la autonomía y la libertad, pero por el otro, presentan también una importante dimensión social u objetiva, en tanto juegan un rol

⁸⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-452 de 1997. III, B.

central en relación al perfeccionamiento del sistema democrático y a la garantía de los derechos fundamentales⁸⁰⁸. En este sentido, la idea de función social o dimensión objetiva, tienen gran importancia, puesto que da cuenta que los derechos de libertad no solo son relevantes para el individuo, sino que también para el conjunto de la sociedad, de lo cual se deriva, tal como sostiene Haberle, que su protección y garantía, están caracterizadas por el enfrentamiento o entrecruzamiento de intereses que resultan ser tanto individuales como colectivos⁸⁰⁹. Ahora bien, y en este punto seguimos a Bernal Pulido, bien puede darse que un determinado ordenamiento jurídico, en una materia específica, otorgue mayor peso abstracto a algunas de estas dimensiones, sea porque el legislador introduzca una declaración expresa en este sentido, o bien, porque esta se induzca, como en el caso del principio en comento, del conjunto de fuentes formales que integran un determinado sistema. A este respecto, Bernal Pulido es bastante claro:

“La variable del peso abstracto se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen –por ejemplo, dos derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa–, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad” (el destacado es nuestro)⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ COTINO, Lorenzo. Reflexiones en favor de una concepción funcional de la libertad de enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo. *Cuadernos Constitucionales*. 22/23: 1998.

⁸⁰⁹ HABERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. *Op. Cit.* p. 23

⁸¹⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. *Doxa*. 26: 2003. pp. 10-11.

Para nosotros, esto implica que si bien el derecho a la educación y la libertad de enseñanza tienen una misma jerarquía normativa, la obligación de asegurar que el sujeto pueda educarse en condiciones de igualdad y no discriminación, tiene un mayor peso abstracto que la protección de la autonomía privada del sostenedor. Del mismo modo, también supone que los titulares de la libertad de enseñanza, cuyos intereses son perfectamente legítimos, solo pueden reclamar protección por parte del Estado, en la medida en que desarrollen su actividad enmarcándose dentro de los fines y los objetivos que tanto la ley como los tratados establecen para la educación.

Por otro lado, la Corte IDH ha sostenido que el Estado se encuentra obligado a asegurar a todas las personas, el disfrute de una vida digna, lo cual conlleva naturalmente, el deber de garantizar a estas la satisfacción de sus necesidades más básicas, entre las cuales se encuentran las relativas a la educación. A este respecto, la Corte ha sostenido que:

“En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. *Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él*” (el destacado es nuestro)⁸¹¹.

⁸¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala. 19 de noviembre de 1999. párr. 144.

De esto se sigue, en nuestra opinión, que el cumplimiento de este mandato obliga al Estado a desplegar un compartimiento activo, el cual se traduce por ejemplo, en el deber de regular los medios a través de los cuales se imparte la enseñanza, en la obligación de investigar, perseguir y sancionar toda afectación que implique un menoscabo a los intereses del educando –sea que estas provengan de sujetos públicos o privados-, y en la necesidad de cautelar que el alumno pueda recibir al menos, la formación a la que tiene derecho según los estándares mínimos definidos en la normativa internacional. Finalmente, la Corte IDH también ha señalado que la educación no solo conlleva un derecho de acceso, sino que también, un derecho a que el entorno escolar se adapte a las necesidades particulares de los estudiantes, y a que toda medida que importe la restricción de sus garantías, sea proporcional y persiga un fin legítimo⁸¹².

En esta línea, creemos que a partir de este corpus jurisprudencial, podemos extraer algunos criterios que nos permiten concretar el principio en comento, y que de acuerdo con los fallos que hemos estudiado, vendrían a ser los siguientes:

a) Continuidad del servicio: se puede formular como el deber que tiene el Estado de asegurar la prestación continua y eficiente del servicio educativo, de evitar que este sea objeto de interrupciones, y que en caso que estas se den, tomar las medidas necesarias a fin de solucionar lo más pronto posible dicha situación. En el caso del derecho chileno, este criterio aparece claramente formulado, entre otras normas, en el

⁸¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia González Lluy y otros contra Ecuador. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 1 de septiembre de 2015. párr. 260.

art. 11 de la LGE, cuando dispone expresamente lo siguiente: “Del mismo modo, durante la vigencia del respectivo año escolar o académico, no se podrá cancelar la matrícula, ni suspender o expulsar alumnos por causales que se deriven del no pago de obligaciones contraídas por los padres o del rendimiento de los alumnos”. En este supuesto, el legislador resuelve la tensión entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación, claramente a favor de la protección de los derechos de los educandos.

b) Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión: consiste en la obligación que tiene la administración de garantizar que los estudiantes puedan elegir sus opciones de vida de conformidad con sus propias elecciones, creencias, convicciones, valores y anhelos. En el art. 10 de la LGE, esta idea está recogida en los siguientes términos: “Los alumnos y alumnas tienen derecho a (...) que se respeten su libertad personal y de conciencia, sus convicciones religiosas e ideológicas y culturales”. A este respecto, entendemos que el legislador parte de la base que más allá de la potestad que tiene el sostenedor para poder establecer su propio ideario o proyecto educativo, este no puede limitar o restringir la libertad de conciencia o de religión del alumno. Esto es así, en buena medida, debido a que la libertad de enseñanza busca proteger ante todo, el pluralismo del sistema educativo, y con ello, la posibilidad relativa a que el alumno pueda desarrollar su formación en un ambiente de libertad, y por tanto, lejos de todo adoctrinamiento o manipulación, sea que este tipo de prácticas provengan de sujetos públicos o privados.

c) Indisponibilidad de los derechos fundamentales de los estudiantes: este se manifiesta en la imposibilidad de justificar la adopción de medidas que puedan ser

consideradas como discriminatorias o arbitrarias, en el hecho que estas hayan sido aceptadas previamente por los padres o apoderados al momento de contratar la prestación del servicio educativo. En este sentido, la LGE limita de manera importante la autonomía del sostenedor, en especial, en el ámbito del acceso, mediante la prohibición del establecimiento de procesos de selección discriminatorios. Esta obligación, de acuerdo con el art. 13 de la ley en comento, tiene cabida respecto de todos los centros de enseñanza, sean estos públicos o privados, no admitiendo excepciones ni circunstancias especiales:

“En ningún caso se podrán implementar procesos que impliquen discriminaciones arbitrarias, debiendo asegurarse el respeto a la dignidad de los alumnos, alumnas y sus familias, de conformidad con las garantías reconocidas en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, en especial aquellos que versen sobre derechos de los niños y que se encuentren vigentes” (el destacado es nuestro).

d) Libre determinación: alude a la obligación que tienen los poderes públicos, de asegurar que los sostenedores no tomen medidas que tengan por objeto impedir que los educandos puedan ejercer su libertad de reunión o asociación. De hecho, la actual LGE reconoce esta garantía, en particular, en su art. 15, al disponer que: “Los establecimientos educacionales ***promoverán la participación de todos los miembros de la comunidad educativa, en especial a través de la formación de Centros de Alumnos, Centros de Padres y Apoderados, Consejos de Profesores y Consejos Escolares,*** con el

objeto de contribuir al proceso de enseñanza del establecimiento” (el destacado es nuestro).

e) Inclusión: está dada por la exigencia de garantizar que tanto el entorno de aprendizaje como las prácticas pedagógicas, tomen en cuenta la realidad social, personal o de salud de los educandos, obligándose por tanto, los sostenedores, a tener que adaptar o adecuar la enseñanza a las necesidades de aquellos. En el caso chileno, este principio está consagrado expresamente en el art. 4 ° de la LGE, cuando señala que: “Es deber del Estado velar por la igualdad de oportunidades y la ***inclusión educativa, promoviendo especialmente que se reduzcan las desigualdades*** derivadas de circunstancias económicas, sociales, étnicas, de género o territoriales, entre otras” (el destacado es nuestro).

f) Debido proceso e interdicción de la arbitrariedad: estriba en el deber que tiene el Estado de exigir que los establecimientos de enseñanza cuenten con un reglamento en el cual especifiquen con claridad las conductas que van ser objeto de sanción, y de asegurar que los castigos que apliquen, sean razonables y proporcionados a las faltas que cometan los estudiantes. En este sentido, el art. 47 f) de la LGE, señala claramente que para poder optar el reconocimiento oficial, los establecimientos de enseñanza deberán:

“Contar con un reglamento interno que regule las relaciones entre el establecimiento y los distintos actores de la comunidad escolar. Dicho reglamento, en materia de convivencia escolar, ***deberá incorporar políticas de prevención, medidas pedagógicas, protocolos de actuación y diversas***

conductas que constituyan falta a la buena convivencia escolar, graduándolas de acuerdo a su menor o mayor gravedad. De igual forma, establecerá las medidas disciplinarias correspondientes a tales conductas, que podrán incluir desde una medida pedagógica hasta la cancelación de la matrícula. *En todo caso, en la aplicación de dichas medidas deberá garantizarse en todo momento el justo procedimiento, el cual deberá estar establecido en el reglamento”* (el destacado es nuestro).

g) Obligación de garantizar la objetividad de la enseñanza: tiene que ver con la necesidad de cautelar que los contenidos de la educación, satisfagan un cierto estándar de objetividad y pluralidad, en especial, cuando estos involucren cuestiones morales, sexuales o políticas. En nuestro ordenamiento, este criterio lo podemos encontrar, por ejemplo, en el art. 10 de la LGE, cuando expresa que los alumnos tienen el derecho: “a ser informados de las pautas evaluativas; *a ser evaluados y promovidos de acuerdo a un sistema objetivo y transparente*, de acuerdo al reglamento de cada establecimiento”.

h) Reconocimiento al esfuerzo y al mérito del estudiante: este criterio tiene cabida especialmente en el ámbito de la educación superior, y alude al mandato que pesa sobre la administración, en orden a cautelar que los requisitos de acceso tomen cuenta ante todo las capacidades de los postulantes, y no otro tipo de consideraciones.

Por tanto, y en función de estas ideas, en el derecho comparado los tribunales suelen dar prioridad al aseguramiento de los intereses de los estudiantes, puesto que su protección, constituye el fin último en torno al cual se articula el derecho educacional.

4.- Estructura, función y características del principio de protección del alumno en el contexto de la relación educativa

De acuerdo con la clásica definición de Alexy, los principios hacen referencia a aquellas normas de derecho fundamental, que se caracterizan por imponer a la administración el deber de hacer algo, en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas existentes⁸¹³. En este sentido, y a diferencia de las reglas, los principios constituyen mandatos de optimización, puesto que pueden ser cumplidos en diferentes grados, lo cual conlleva que este tipo de normas solo le indican al intérprete que es lo que debe hacer, pero no le señalan la forma o los medios en cómo debe alcanzar dicho objetivo⁸¹⁴. Por tanto, los principios constituyen razones para la acción, es decir, argumentos a favor o en contra de determinadas decisiones normativas o judiciales, pero que al no tener un carácter de definitivas, bien pueden ser desplazadas por la concurrencia de otros principios o conjunto de principios, en función de la naturaleza del caso respecto del cual se aplican⁸¹⁵. En el fondo, tal como indica Zagrebelsky: “los principios no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino que una toma de posición conforme con su ethos en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente, una cuestión de principio”⁸¹⁶.

⁸¹³ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. *Op. Cit.* p. 80.

⁸¹⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de estudios constitucionales, 2007. p.590. PRIETO SANCHIS, Luis. Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Madrid, Trotta, 2009. p. 180.

⁸¹⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. *Op. Cit.* p. 83.

⁸¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid, Trotta, 2011. p. 118.

Ahora bien, resulta evidente que el estándar que proponemos, no constituye una regla, sino que un principio, puesto que no permite determinar en abstracto, con toda claridad y precisión, cuáles son los comportamientos que están ordenados, permitidos o prohibidos, siendo su función, más bien la de servir de pauta, criterio, o justificación para adoptar una determinada decisión⁸¹⁷.

En concreto, este principio se traduce en el deber de dar prioridad a la protección de los derechos del alumno en el caso que estos entren en conflicto con las garantías que el ordenamiento jurídico reconoce al resto de los sujetos que integran la comunidad educativa. Sin embargo, cuando decimos que el Estado “debe dar prioridad” a la satisfacción de los derechos de los educandos, no estamos afirmando que los tribunales, por ejemplo, siempre o invariablemente deban fallar a favor de estos últimos, sino simplemente que en caso de conflicto, deberán optar, a menos que existan buenas y fundadas razones en sentido contrario, por aquella alternativa que sea más favorable o menos restrictiva en relación al disfrute efectivo de sus derechos. Esto se debe, tal como hemos probado, a que los distintos derechos y libertades que tienen cabida en el ámbito de la enseñanza, están funcionalmente vinculados al logro de los objetivos de la educación, lo cual conlleva, necesariamente, que estos deben servir de cauce para el aseguramiento efectivo de los derechos de los educandos.

⁸¹⁷ ALCALDE, Enrique. Principios generales del derecho. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016. p. 43.

En esta línea, creemos que el principio en comento presenta la siguiente estructura normativa. En primer lugar, desde el punto de vista del Estado, este estándar se traduce en el deber que tienen los poderes públicos, de garantizar que todo el conjunto del sistema de enseñanza, esté ordenado y estructurado, en torno al aseguramiento efectivo del derecho a la educación. Así, en términos objetivos, las disposiciones que regulan el derecho en estudio, cumplen un rol relevante en especial en el ámbito del control de constitucionalidad, toda vez que permiten justificar aquellas medidas que tengan por objeto limitar o restringir el ejercicio de ciertos derechos civiles. En segundo lugar, el reconocimiento del principio de protección del alumno, avala la idea relativa a que la libertad de enseñanza, no constituye un fin sí misma, toda vez que representa una de los medios de los que se vale el Estado para dar efectividad al derecho a la educación, de tal manera que el ejercicio de esta potestad, se encuentra limitada, *ab initio*, por la necesidad de asegurar el cumplimiento de los objetivos y de los estándares de protección que dispone el ordenamiento jurídico en relación a la protección del derecho en comento⁸¹⁸. En este supuesto, el principio de marras, juega un papel predominantemente negativo, en el sentido que no busca ordenar la concurrencia de ciertos intereses, sino que la persecución del interés del sostenedor, no lesione la esfera de libertad de la que es titular el alumno⁸¹⁹.

En este sentido, nos parece que en nuestro ordenamiento, el principio de protección del alumno cumple las siguientes funciones:

⁸¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2.787 de 1 de abril de 2015, considerando 42. NARANJO, Rafael. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Madrid, Centro de estudios constitucionales, 2000. p. 86.

⁸¹⁹ ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del derecho. Madrid, Ariel, 2007. p. 41.

a) Función informadora:

El principio en estudio, constituye el fundamento o la fuente de inspiración para una parte importante de las normas que integran el derecho educacional chileno, configurándose como un estándar que le permite al intérprete poder apreciar la juridicidad o la constitucionalidad de las normas que lo contravengan⁸²⁰.

b) Función integradora:

En este supuesto, el principio de protección del alumno juega un rol relevante, en atención a que puede ser utilizado directamente como parámetro para resolver una determinada controversia, cuando en la práctica, no exista ninguna norma que pueda ser aplicada, sea esta de origen legal, constitucional o convencional, o bien, de otros poderes públicos con potestad normativa en el ámbito educacional⁸²¹.

c) Función interpretativa:

A este respecto, el principio en comento permite determinar el sentido y alcance de cada una de las disposiciones que integran el derecho educacional. En concreto, creemos que esta función se manifiesta en primer lugar, en la necesidad de interpretar los derechos de los alumnos de la forma más amplia o extensiva posible. Igualmente, también se concreta en el deber de elegir aquella interpretación que mejor favorezca los intereses de los alumnos, lo cual además, resulta clave para garantizar la coherencia

⁸²⁰ BELADIEZ, Margarita. Los principios del derecho. Madrid, Thomson, 2010. p. 119.

⁸²¹ *Ibidem*. p. 136. RODRIGUEZ CALERO, Juan Manuel. Principios de derecho y razonamiento jurídico. Madrid, Dykinson, 2004. p. 108.

interna entre las distintas normas que conforman esta rama del derecho⁸²². En esta misma línea, también supone que los límites que establezca la autoridad en relación al disfrute del derecho a la educación, se deben interpretar de forma restrictiva. Finalmente, conlleva el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable a la protección de los derechos del educando, sin importar si dicha disposición tiene origen en el derecho interno o en el derecho internacional. Como vemos, la función en comento da cuenta que esta rama del derecho no constituye un conjunto aislado de normas, sino que un sistema que está ordenado en función de ciertos fines y objetivos claramente identificables⁸²³.

d) **Función limitativa:**

Esta función es bastante importante, puesto que se refiere al rol que juega el principio de protección del alumno, como parámetro para establecer los límites a los que se deben sujetar los órganos administrativos que intervienen en este ámbito, tales como el CNED, la Agencia de Calidad, o el MINEDUC.

e) **Función directiva:**

En este caso, el principio de protección del alumno, permite orientar la actividad del legislador, o bien, de otros operadores jurídicos, tales como sostenedores, padres, o docentes, hacia el efectivo cumplimiento de los fines de la enseñanza, cuando estos

⁸²² BELADIEZ, Margarita. *Op. Cit.* p. 140.

⁸²³ ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho. Op. Cit.* p. 43.

tengan que resolver las controversias a las que dé lugar el ejercicio del derecho a la educación⁸²⁴.

f) Función argumentativa:

Como se sabe, una de las principales reglas que existen en materia de argumentación jurídica, es la de la universalidad, la cual consiste, tal como indica Alexy, en que el intérprete debe basar sus decisiones en un criterio que esté dispuesto a usar en casos semejantes que se presenten en el futuro⁸²⁵. En este orden de ideas, el principio de protección ocupa un lugar relevante, puesto que permite evitar soluciones *ad hoc*, es decir, no universales, al obligar al juez, a aplicar el mismo tratamiento normativo, que cada vez que aparezca la necesidad de garantizar los derechos de los estudiantes⁸²⁶.

g) Función correctora:

Finalmente, resulta relevante recordar que el derecho, en tanto fenómeno social, no solo tiene una pretensión de poder, por el contrario, también aspira a realizar el valor justicia. Por ello, el principio de *marras* cumple una tarea de gran importancia, toda vez que entrega a los distintos actores que intervienen en este ámbito, un poderoso argumento para poder evaluar la adecuación del derecho vigente y, si se da el caso, exigir su modificación, en función de la mejor protección de los intereses de los estudiantes.

⁸²⁴ PIETRO SANCHIS, Luis. Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico. Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1992. p. 155.

⁸²⁵ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Madrid, Centro de estudios constitucionales, 2007. p. 187.

⁸²⁶ PIETRO SANCHIS, Luis. Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico. *Op. Cit.* p.167.

Por último, creemos que el principio de protección del alumno presenta cuatro características que vale la pena mencionar. En primer lugar, se trata de un estándar que no está explícitamente formulado en ninguna disposición constitucional o legal, por el contrario, su existencia deriva de las distintas normas que regulan el derecho a la educación, de modo que representa lo que la doctrina llama un principio implícito⁸²⁷. En segundo lugar, tiene un carácter sustantivo, toda vez que no busca asegurar el respeto al ordenamiento jurídico en su dimensión institucional, sino que definir un determinado estándar de comportamiento al cual las personas que forman parte de la comunidad educativa deben ajustar su accionar⁸²⁸. En tercer lugar, a diferencia de los denominados principios semiplenos, el estándar en estudio no solo hace las veces de parámetro de integración del derecho, sino que también de orientación, fundamentación, e interpretación del derecho vigente⁸²⁹. Y, en cuarto lugar, se diferencia de otros principios, en el hecho que es la propia Constitución, la que se encarga de definir los objetivos generales que debe perseguir el proceso educativo, limitando así la potestad regulatoria del legislador, e imprimiendo a las normas relativas a la enseñanza, un mayor peso abstracto que el que tienen otras disposiciones de derecho fundamental⁸³⁰.

⁸²⁷ ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del derecho. *Op. Cit.* p. 27. GUASTINI, Ricardo. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona, Gedisa, 1999. p.156. PIETRO SANCHIS, Luis. Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico. Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1992. p. 160. RODRIGUEZ CALERO, Juan Manuel. Principios de derecho y razonamiento jurídico. Madrid, Dykinson, 2004. p. 97. CARBONELL, Flavia, LETELIER, Raúl. Principios jurídicos e interpretación democrática del derecho. En: CARBONELL, Flavia, COLOMA, Rodrigo, LETELIER, Raúl. Principios jurídicos. Análisis y crítica. Santiago de Chile, LegalPublishing, 2011. p. 162.

⁸²⁸ ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del derecho. *Op. Cit.* p. 27. TARDIO PATO, José Antonio. Los principios generales del derecho. Barcelona, Bosh, 2011. p. 114.

⁸²⁹ TARDIO PATO, José Antonio. Los principios generales del derecho. Barcelona, Bosh, 2011. p. 115.

⁸³⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. *Op. Cit.* p.714.

5.- Directrices generales para la aplicación del principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional

5.1.- Ámbito de aplicación del principio de protección del alumno

En primer lugar, desde el punto de vista de los sujetos beneficiados, este principio solo puede ser invocado por los alumnos, es decir, por todas las personas que están matriculadas en algún centro de enseñanza, o bien, por los que no tengan esta calidad, pero que están postulando a algún establecimiento de este tipo.

En segundo lugar, en cuanto a los sujetos a quienes vincula este estándar, debemos tener presente que la aplicación de este principio tiene lugar en todos aquellos supuestos en los cuales sea el Estado el que preste directamente el servicio educacional. En otras palabras, el principio de protección obliga a los establecimientos de enseñanza municipales, a las universidades estatales, a sus directivos y administrativos, y en general, a todos los profesionales de la educación que presten servicios en este tipo de centros⁸³¹. Por otro lado, también se aplica a los sostenedores privados, sin importar el nivel o la modalidad de enseñanza, aun cuando estos no reciban fondos públicos por concepto de subvención u otro tipo de aportes. Por último, abarca todos los problemas que tengan relación con la enseñanza informal o no reconocida, toda vez que tal como ha sostenido el CDN: “la "educación" es más que una escolarización oficial y engloba un

⁸³¹ Ley N° 19.070. Art. 2°: “Son profesionales de la educación las personas que posean título de profesor o educador, concedido por Escuelas Normales y Universidades. Asimismo se consideran todas las personas legalmente habilitadas para ejercer la función docente y las autorizadas para desempeñarla de acuerdo a las normas legales vigentes. Del mismo modo, tienen la calidad de profesionales de la educación las personas que estén en posesión de un título de profesor o educador concedido por Institutos Profesionales reconocidos por el Estado, de conformidad a las normas vigentes al momento de su otorgamiento”

amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permiten al niño, ya sea de manera individual o colectiva, desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad”⁸³².

Finalmente, y tratándose de las materias a las cuales se aplica, este principio tiene relevancia en todas aquellas cuestiones que tengan que ver con la educación, es decir, con la disponibilidad de centros, con la necesidad de asegurar el acceso al sistema educativo en condiciones de igualdad, con la calidad de los contenidos curriculares, con el ejercicio de la potestad disciplinaria, y con la obligación de adaptar la educación a las necesidades de los alumnos.

5.2.- Alegación del principio de protección del alumno por parte de los sujetos a quienes beneficia

En primer lugar, y salvo que el tribunal decida recurrir a este estándar de forma expresa, este principio debe ser alegado, como acción o como defensa, por la parte que lo pretende, es decir, por los alumnos, sea directamente si son mayores de edad, o bien a través de sus padres, apoderados o tutores legales, en caso contrario⁸³³. Sin embargo, sea que se invoque en la demanda o en la contestación, la parte debe exponer claramente los hechos que motivan la existencia del litigio, y las razones de derecho que le permiten afirmar en concreto la existencia del principio, requisito clave, para que este pueda ser

⁸³² COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 1. *Op. Cit.* párr. 2.

⁸³³ Como se trata de un principio que forma parte del ordenamiento jurídico, no es necesario que las partes lo aleguen expresamente, sin embargo creemos que por razones estratégicas, conviene hacerlo, a fin de ilustrar al juez acerca de la naturaleza del problema que debe resolver.

considerado por el juez como la *ratio decidendi* de la sentencia. Por tanto, la víctima debe:

- a) Señalar que existen una serie de normas de rango legal, constitucional o convencional relativas a la enseñanza, que establecen la misma consecuencia normativa en relación a supuestos de hechos distintos⁸³⁴.
- b) Defender que existe un elemento común que vincula a estos distintos supuestos de hecho. Por ejemplo, el art. 11 de la LGE, prohíbe expresamente que los alumnos sean expulsados debido a las deudas que hayan contraído sus padres con el respectivo establecimiento. Por otro lado, el art. 6 de la Ley de Subvenciones, dispone que los centros educativos que reciban aportes del Estado, no están autorizados para seleccionar estudiantes. De esto se sigue que, aun cuando ambas normas describan supuestos de hecho distintos, en la práctica, establecen la misma consecuencia normativa, esto es, asegurar en la mayor medida posible, el goce efectivo del derecho a la educación.
- c) Argumentar que, a partir de estas disposiciones, se puede inferir la existencia de un principio general, y que por tanto, todos los casos que tengan este elemento común, deben ser tratados de manera similar.
- d) Finalmente, extraer de este principio general, la regla particular que se debe utilizar para resolver el caso concreto.

⁸³⁴ PIETRO SANCHIS, Luis. Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico. *Op. Cit.* p. 160.

5.3.- Aplicación del principio de protección del alumno por parte de los

Tribunales de Justicia

En nuestra opinión, el principio en comento debe ser invocado por los tribunales en cualquier clase de procedimiento o instancia jurisdiccional, dado que constituye un estándar que obliga a todos los poderes públicos.

Para ello, y como primera cuestión, el Tribunal debe probar que esta norma forma parte del ordenamiento constitucional chileno. A este respecto, la Corte debe tener a la vista tanto las normas constitucionales vigentes como también, los principales estándares internacionales que regulan el derecho a la educación. En segundo lugar, debe precisar qué obligaciones concretas tiene el Estado, como parte del deber de asegurar en la mayor medida posible los derechos de los educandos. Para cumplir con este objetivo, el Tribunal debe⁸³⁵:

a) Identificar la dimensión de la educación que resulta relevante para el caso concreto. En otras palabras, debe indicar si el asunto alude a la disponibilidad de centros o medios materiales, al acceso a la educación, a la calidad o aceptabilidad de la enseñanza, o al deber de garantizar la adaptabilidad del proceso educativo. Este esquema permite comprender la extensión y el carácter de las obligaciones que tiene la administración en el área de la educación.

⁸³⁵ En este sentido, concordamos con Alcalde cuando señala: “la simple aseveración –no justificada jurídicamente y en el pertinente texto– acerca de estimar subyacente un determinado “valor” o “principio” en un cierto precepto constitucional, a más de prescindir del rol de acotamiento de la actividad interpretativa que cumplen los textos, podría permitir extremos tales como elevar a la categoría de derecho fundamental determinadas aspiraciones del mismo intérprete, o bien la posibilidad de ponderar y jerarquizar derechos o libertades en un ámbito donde la Constitución no ha contemplado reglas ni definido criterios”. ALCALDE, Enrique. Relación entre valores y principios generales de derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile. *Op. Cit.* p. 481.

b) Determinar en relación a dicha dimensión, si el Estado ha asumido una obligación de respeto, protección o cumplimiento. En este sentido, el Tribunal debe determinar si para asegurar el derecho a la educación, la administración está obligada a desplegar un comportamiento activo, por medio de una prestación fáctica o normativa, o bien, si solo está obligada a no intervenir en la esfera de libertad de los titulares del derecho.

c) Precisar si esta obligación es de efecto progresivo o inmediato. Sin duda, se trata de un aspecto importante, puesto que las obligaciones de efecto inmediato, no admiten dilación en su cumplimiento, mientras que las primeras, están sujetas en mayor medida a la disponibilidad de medios materiales y de voluntad política. Por ello, en este último supuesto, la Corte debe indicar por ejemplo, si el Estado ha tomado medidas concretas, si estas han sido eficaces, o no han sido regresivas.

d) Acreditar el incumplimiento de dicha obligación. En relación a este punto, la Corte no debe olvidar que esta infracción puede tener lugar no solo cuando la administración dicte una norma que sea contraria a sus obligaciones constitucionales o internacionales, sino que también, cuando no tome las medidas necesarias para garantizar de manera efectiva el derecho a la educación. A este respecto, la Corte IDH ha sido muy clara:

“Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y

tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuye los hechos violatorios. *Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención. Además, también se compromete la responsabilidad internacional del Estado cuando éste no realice las actividades necesarias, de acuerdo con su derecho interno, para identificar y, en su caso, sancionar a los autores de las propias violaciones*” (el destacado es nuestro)⁸³⁶.

e) Identificar las consecuencias que a partir de este incumplimiento se generan para los alumnos. Para evaluar esta circunstancia, el Tribunal debe contar con indicadores cuantitativos o cualitativos que contengan información objetiva relativa a la vigencia práctica del derecho a la educación.

f) Determinar los derechos fundamentales que deben ser tutelados. En tercer lugar, debemos recordar que el principio de protección del alumno no constituye un mandato definitivo, de manera que este perfectamente puede entrar en conflicto con otros principios o derechos fundamentales. En este tipo de casos, la Corte debe resolver la tensión a través del empleo del test de proporcionalidad. En nuestra opinión, esto se justifica, puesto que tal como señalan autores como Bernal, el principio de proporcionalidad: “cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante

⁸³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Paniagua Morales y Otros. 8 de marzo de 1998, párr. 91.

para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes”⁸³⁷.

Sin embargo, debemos hacer notar que, en el caso chileno, este principio no está consagrado de manera expresa en nuestra Constitución, sin embargo, de acuerdo con la doctrina, su existencia se deduce de: “la garantía genérica de los derechos establecida constitucionalmente en las bases de la Institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (artículos 6° y 7°), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 N° 2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26 de la Constitución), además del valor justicia inherente al Derecho”⁸³⁸. Así las cosas, para aplicar correctamente este estándar, la Corte debe⁸³⁹:

a) Adscribir un supuesto de hecho, a una determinada norma de derecho fundamental. En este supuesto, el Tribunal debe indicar si la posición que va ser afectada por la ley objeto de control, se puede incluir dentro del ámbito de protección de alguna norma que esté directamente estatuida por la Constitución⁸⁴⁰. Para ello, y

⁸³⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. *Op. Cit.* p.81. A este respecto, vale la distinción que formula Taruffo entre razonamiento decisorio y discurso justificativo. En efecto, tal como indica este autor, la estructura del razonamiento decisorio está condicionada por el hecho que este persigue arribar a una determinada decisión, mientras que la estructura de la motivación, está condicionada por el hecho que esta se encuentra encaminada a justificar dicha decisión. TARUFFO, Michelle. La motivación de la sentencia civil. Madrid, Trotta, 2011. p. 206.

⁸³⁸ NOGUEIRA, Humberto. El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno. *En:* CARBONELL, Miguel (coord.). El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica. Santiago, Librotecnia, 2010. p. 374. PICA FLORES, Rodrigo. Algunas notas sobre la introducción del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional de Chile. *En:* NOGUEIRA, Humberto (coord.). Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor personal y de proporcionalidad. Santiago, Librotecnia, 2013. p. 311. Una visión crítica acerca del principio de proporcionalidad, se puede consultar en: ZUNIGA, Yanira. El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *Ius et Praxis*. 16: 2010. pp. 263 y ss.

⁸³⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. *Op. Cit.* p.620 y ss.

⁸⁴⁰ *Ibidem.* p.625.

volviendo al problema que tuvo que resolver el Tribunal Constitucional en la sentencia rol 2787 del año 2015 el razonamiento de la Corte puede adoptar la siguiente estructura: *Premisa 1)* El art. 19 n° 11 garantiza la libertad de enseñanza; *Premisa 2)* Esta libertad, supone la posibilidad de establecer procesos de selección; *Conclusión 3)* Por tanto, el art. 19 n° 11, conlleva *prima facie*, la facultad para seleccionar estudiantes de acuerdo con los requisitos que establezca el sostenedor en su propio proyecto educativo⁸⁴¹.

b) Verificar la existencia de una intervención legislativa. A este respecto, el Tribunal debe tomar en cuenta que, si bien los derechos fundamentales abarcan una serie de facultades más o menos amplias, estas no son ilimitadas, en atención a que el legislador debe regular su ejercicio para asegurar el goce efectivo de otras garantías o principios fundamentales igualmente relevantes. En nuestro ejemplo, constituye una clara restricción a la libertad de enseñanza, el hecho que el legislador, para garantizar el derecho a la educación, prohíba a los sostenedores que reciban fondos públicos, la posibilidad de establecer procesos de selección⁸⁴².

c) Examinar la legitimidad e idoneidad de la medida. En primer lugar, el Tribunal debe determinar si el propósito que persigue el legislador es legítimo. Para la doctrina, son finalidades legítimas, las que buscan la realización de un derecho fundamental, de un principio constitucional, o de un bien colectivo o jurídico⁸⁴³. En

⁸⁴¹ Como se recordará, este fue justamente el problema que tuvo que resolver el Tribunal Constitucional, a propósito de la dictación de la ley de inclusión. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2.787 de 1 de abril de 2015. En este sentido, véase: *Supra*, Capítulo 6, 1.

⁸⁴² En relación a este problema, véase: DIAZ LEMA, José Manuel. Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional. Madrid, Marcial Pons, 1992. p. 103.

⁸⁴³ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. *Op. Cit.* p.708.

segundo lugar, la Corte debe precisar si la medida que es objeto de control de constitucionalidad es idónea. En este sentido, una medida no satisface este estándar, cuando no contribuye de ningún modo a la materialización del fin inmediato que persigue el legislador. La idoneidad puede entenderse en dos sentidos, uno fuerte y otro débil. En un sentido fuerte, una medida es adecuada, cuando se presenta como la alternativa que permite cumplir con la mayor rapidez y eficacia posible, el fin que prescribe la Constitución. En un sentido débil, una medida es idónea, cuando simplemente contribuye de algún modo o en algún grado, a la realización del objetivo que impone la Carta Fundamental⁸⁴⁴.

Veamos brevemente cómo estas exigencias se aplican al caso que estamos considerando. En primer lugar, de acuerdo con el principio de protección del alumno, el Estado tiene el deber maximizar en la mayor medida posible la protección de los derechos de los educandos. El aseguramiento de este objetivo representa un fin legítimo, puesto que su prosecución tiene sustento tanto en el propio texto constitucional, como también, en los principales instrumentos de derecho internacional que resultan vinculantes para nuestro país. En segundo término, la prohibición de establecer procesos de selección constituye una medida idónea, debido a que permite garantizar de forma positiva y directa el acceso a la enseñanza en condiciones de igualdad y no discriminación. A este respecto, basta con que el Tribunal constate que esta alternativa sea capaz de alcanzar de forma razonable el fin propuesto, tomando en cuenta las

⁸⁴⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. *Op. Cit.* p. 725.

limitaciones normativas y fácticas existentes, no siendo necesario que exija que sea la más eficaz o eficiente posible.

d) Analizar la necesidad de la medida. En primer lugar, la Corte debe preguntarse si existe otra alternativa menos restrictiva, pero igualmente idónea, que le permita al legislador poder alcanzar el objetivo prescrito⁸⁴⁵. En segundo lugar, el intérprete debe evaluar si la norma o posición que es objeto de intervención, es más o menos significativa, en relación a la norma o posición que justifica la medida que es materia de control de constitucionalidad⁸⁴⁶. Esto es importante, debido a que tal como sostiene Bernal, “no todas las normas o posiciones tienen un mismo significado o un mismo grado de fundamentalidad dentro del ámbito de un derecho fundamental”, de manera que la medida perfectamente puede ser rechazada, si alguno de las alternativas que se proponen, afectan posiciones de derecho fundamental menos significativas⁸⁴⁷.

En nuestro ejemplo, el intérprete debe preguntarse si existen otras alternativas menos restrictivas, pero igualmente idóneas, en relación a la que establece el legislador para garantizar el acceso a la enseñanza en condiciones de igualdad. En este sentido, la respuesta debe ser negativa, puesto que la existencia de mecanismos de selección, tal como hemos visto, tiende a excluir o a segregar a los estudiantes menos favorecidos o más vulnerables. Así, y aun cuando desde la perspectiva de la libertad de enseñanza, esta medida es menos restrictiva que la que prohíbe la selección escolar, en la práctica, no es

⁸⁴⁵ PRIETO SANCHIS, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid, Trotta, 2009. p. 201. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. *Op. Cit.* p. 740. ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona, Gedisa, 2004. P. 41

⁸⁴⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. *Op. Cit.* p. 752.

⁸⁴⁷ *Ibidem.* p.753.

tan adecuada como esta, tomando en cuenta los objetivos que pretende alcanzar el legislador con su dictación.

En segundo lugar, debe analizar si los derechos en pugna, tienen el mismo grado de fundamentalidad. Para ello, debe tomar en cuenta que de acuerdo con el principio de protección del alumno, el Estado debe otorgar prioridad a la satisfacción de los derechos de los educandos. En el mismo sentido, también debe recordar que la educación constituye una condición necesaria para que el sujeto pueda llevar a cabo su plan de vida de forma autónoma, y para que pueda ejercer el resto de sus derechos fundamentales. Finalmente, debe puntualizar que de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, los particulares tienen la obligación de contribuir al perfeccionamiento de la enseñanza. De esto se sigue, que la educación se caracteriza por ocupar, *prima facie*, una posición de derecho fundamental más significativa, que la que tiene en términos materiales la libertad de enseñanza. Por tanto, la medida es necesaria, en razón que asegura una posición de derecho fundamental que es considerada como particularmente significativa.

e) Pronunciarse acerca de la proporcionalidad de la medida. En este sentido, el intérprete se debe preguntar si la realización del propósito que persigue el legislador, compensa la intervención en el derecho o libertad afectados. Así, y en palabras de Bernal: “conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa”⁸⁴⁸. En

⁸⁴⁸ *Ibidem*. p. 763.

concreto, esto supone que la Corte debe determinar: i) el nivel de afectación del derecho que es objeto de intervención; ii) la importancia de la realización del principio que juega en sentido contrario, y iii) si la ventaja que reporta la promoción de este último justifica la no satisfacción del primero⁸⁴⁹. En concreto, esto conlleva que:

i) Tratándose del primer punto, el intérprete debe indicar si estamos en presencia de una intervención grave, leve, o levísima⁸⁵⁰. En relación a nuestro caso, puede aducir que la prohibición que establece el legislador, solo afecta la libertad de enseñanza de forma leve, dado que la norma en cuestión, no obliga a todos los establecimientos privados, sino que solo a los que reciben fondos públicos, y no restringe ni limita la facultad que tiene el sostenedor para poder administrar u organizar el establecimiento del cual es propietario, con todo lo que ello supone, sino que solo le impide poder ejercer algunos de los atributos que comporta el disfrute de esta potestad.

ii) En segundo lugar, el Tribunal debe precisar si la libertad de enseñanza tiene el mismo peso abstracto que el derecho a la educación. A este respecto, la respuesta debe ser negativa, dado que de acuerdo con el principio de protección del alumno, la necesidad de garantizar el derecho a la educación, tiene prioridad, al menos *prima facie*, en relación a la necesidad de asegurar la libertad de enseñanza⁸⁵¹.

iii) Finalmente, el intérprete debe determinar qué principio o derecho fundamental de los que están en juego, debe prevalecer en el caso concreto. Para estos

⁸⁴⁹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. *Op. Cit.* p. 529.

⁸⁵⁰ *Ibidem.* p. 535.

⁸⁵¹ *Ibidem.* p. 536

efectos, y tal como señala Bernal, la Corte básicamente debe comparar “el grado de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y el grado de la realización del principio constitucional que fundamenta la norma legal que se contrala, para establecer una relación de precedencia condicionada entre aquel derecho y este principio”⁸⁵². En términos prácticos, esto implica que el intérprete debe justificar que el beneficio que importa para los alumnos y para la sociedad en general, la realización del fin que persigue el legislador, es mayor, que el daño o perjuicio que deben soportar los sostenedores, en tanto titulares de la libertad de enseñanza, a raíz del establecimiento de la medida en cuestión⁸⁵³. Por tanto, si el legislador logra acreditar esta circunstancia, el juez va a estar en la obligación de declarar la constitucionalidad de la medida objeto de control, a menos claro está, que existan antecedentes que evidencien de forma contundente, que las premisas empíricas y analíticas de las que parte el creador de la norma, no son seguras, plausibles o manifiestamente falsas⁸⁵⁴.

5.4.- Una relectura de la sentencia Rol N° 1009-2014 de la Corte de Apelaciones de Concepción a la luz del principio de protección del alumno

Finalmente, para poner a prueba nuestra hipótesis de trabajo, vamos a llevar a cabo una relectura de la sentencia rol 1009-14 de la Corte de Apelaciones de Concepción a la luz de los elementos que configuran el principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional⁸⁵⁵.

⁸⁵² BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Op. Cit. p.787.

⁸⁵³ *Ibidem*. p.795.

⁸⁵⁴ *Ibidem*. p. 801.

⁸⁵⁵ *Supra*, Capítulo 6, 3.1.

Los hechos del caso fueron los siguientes. Un colegio le negó la matrícula a una menor, bajo el argumento que su madre convivía con una persona distinta a su padre biológico, lo cual, de acuerdo con el sostenedor, resultaba contrario al ideario del centro educativo. Por esta razón, la madre decidió presentar una acción por discriminación arbitraria en contra de dicha institución.

Ahora bien, el primer paso para resolver esta controversia consiste en justificar la existencia del principio de protección del alumno. Para ello, la Corte puede recurrir al siguiente esquema de razonamiento:

Premisa 1) El acceso a la educación está regulado tanto en normas de derecho internacional, como en otras de origen constitucional y legal. En efecto, el PIDESC y la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra la discriminación en el ámbito de la enseñanza, prohíben de forma expresa que los establecimientos de educación, sean públicos o privados, impongan requisitos de acceso discriminatorios, entendiéndose por tales, a los que se funden en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, o en cualquier otra categoría sospechosa de discriminación, y que tenga por finalidad o por consecuencia destruir o alterar la igualdad de trato en el ámbito de la educación. Por otro lado, la Constitución reconoce que el Estado se encuentra al servicio de la persona humana, el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, el deber de la comunidad de contribuir al desarrollo y al perfeccionamiento de la educación, y el derecho de los padres a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos. A nivel legal, la LGE dispone que los procesos de selección deben ser objetivos y transparentes, y respetar la

dignidad de los alumnos y de sus familias, de conformidad con las garantías establecidas en la Carta Fundamental y en los tratados suscritos y ratificados por Chile. Finalmente, la ley n° 20.609, establece que se considera como discriminación arbitraria: “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Premisa 2) Estas disposiciones buscan impedir que la libertad de enseñanza se transforme en un obstáculo para que los estudiantes puedan acceder a la educación en condiciones de igualdad.

Conclusión) De esto se sigue, que el derecho educacional chileno está estructurado sobre la base de un principio, el cual establece que los poderes públicos deben dar prioridad a la protección de los derechos del alumno en el evento que entren en conflicto con las garantías que el ordenamiento jurídico reconoce al resto de los sujetos que integran la comunidad educativa.

El segundo paso, consiste en hacer referencia a las obligaciones concretas que surgen para el Estado, a partir del deber de maximizar los derechos de los educandos. Tal como hemos visto, esta exigencia implica:

- a) Identificar la dimensión de la educación que resulta relevante para el caso concreto. En este contexto, y de acuerdo con el esquema de las 4 A, el asunto versa sobre un problema relativo al acceso a la enseñanza.
- b) Determinar en relación a dicha dimensión, si el Estado ha asumido una obligación de respeto, protección o cumplimiento. A este respecto, y tomando en cuenta la naturaleza del asunto, la administración tiene fundamentalmente una obligación de protección, la cual se concreta, en el deber de tomar las medidas legislativas que sean necesarias, a fin de remover los obstáculos que les impidan a los alumnos poder acceder a la educación en igualdad de condiciones, sin ser objeto de actos arbitrarios o discriminatorios.
- c) Precisar si esta obligación es de efecto progresivo o inmediato. Tal como destaca el CDESC, se trata de una obligación de efecto inmediato, de manera que esta se debe cumplir sin dilación: “La prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente”.
- d) Acreditar el incumplimiento de dicha obligación. De acuerdo con los hechos de caso, a la alumna se le negó el acceso a la enseñanza debido al estado civil de su madre, lo cual, al menos a priori, constituye un motivo prohibido de discriminación.

- e) Determinar los derechos fundamentales que deben ser tutelados. En este supuesto, se vulneraron *prima facie*, el derecho a la educación y las garantías de igualdad y no discriminación.

En tercer lugar, para determinar si en el caso concreto debe prevalecer la libertad de enseñanza o el derecho a la educación, la Corte debe aplicar el test de proporcionalidad. En la práctica, esto implica:

- a) Adscribir un supuesto de hecho, a una determinada norma de derecho fundamental. El derecho a la educación incluye entre sus atributos, la posibilidad de acceder a la enseñanza en condiciones de igualdad y no discriminación.
- b) Verificar la existencia de una intervención legislativa o administrativa. La medida objeto de análisis, impide claramente que el alumno pueda matricularse en el colegio que eligió su familia.
- c) Examinar la legitimidad e idoneidad de la medida. La decisión del establecimiento persigue un fin lícito, puesto que busca hacer efectiva la libertad que tiene el sostenedor para seleccionar a sus estudiantes en función de su propio proyecto educativo.
- d) Analizar la necesidad de la medida. Con relación a este punto, creemos que la alternativa por la que opta el establecimiento, lejos de ser la menos lesiva, es la que justamente más restringe los derechos de la alumna. En este mismo sentido, y de acuerdo con el principio de protección del alumno, el Estado

debe otorgar prioridad a la protección del derecho a la educación, toda vez que el acceso a la enseñanza constituye una condición necesaria para que el sujeto pueda llevar a cabo su plan de vida. De esto se sigue que las instituciones educativas deben justificar con muy buenas razones, la legitimidad de las medidas que tengan como finalidad limitar o restringir los derechos de sus estudiantes.

- e) Pronunciarse acerca de la proporcionalidad de la medida. En primer lugar, la decisión objeto de análisis afecta de manera grave el derecho a la educación de la menor. En segundo lugar, el intérprete no debe olvidar que los establecimientos de enseñanza deben contribuir al perfeccionamiento de la educación, y que por tanto, los procesos de selección deben promover los valores de la igualdad, la dignidad y el pluralismo. En este sentido, privar a una alumna del acceso a la enseñanza debido al estado civil de su madre, constituye un requisito que, a la luz de la normativa nacional e internacional, y del principio de protección, debe ser considerado como arbitrario y discriminatorio, y consecuentemente, contrario a los objetivos que deben informar el proceso educativo, aun cuando esta exigencia se funde en el ejercicio de una libertad constitucionalmente protegida.
- f) Finalmente, resulta evidente que el beneficio que obtiene el establecimiento al excluir a la menor no compensa el sacrificio que importa para esta, el verse privada del acceso a la enseñanza.

Como vemos, la aplicación del principio en comento, conduce a una mejor protección de los derechos de los estudiantes, en la medida en que obliga al juez a colocar en el centro de la discusión, la tutela de sus derechos, y a elegir, en caso de conflicto, la alternativa que sea más favorable a sus intereses.

6.- Conclusiones

1.- La relación jurídica que se establece entre el sostenedor, las familias y los educandos, no tiene lugar entre sujetos aislados, es decir, entre partes que contratan simplemente para buscar su propio beneficio, sino que, por el contrario, conlleva la existencia de una relación que vincula a sujetos que tienen un propósito común, y que por ello, deben trabajar de manera conjunta para poder alcanzarlo.

2.- Este propósito común, consiste en permitir que el alumno adquiera los conocimientos, competencias o actitudes, que el ordenamiento jurídico prescribe como condición necesaria para el desarrollo pleno de su personalidad.

3.- Lo anterior implica que en el ámbito de la educación, existe un principio, llamado “principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional”, el cual establece que los poderes públicos deben dar prioridad a la protección de los derechos del alumno en el evento que entren en conflicto con las garantías que el ordenamiento jurídico reconoce al resto de los sujetos que integran la comunidad educativa.

4.- A favor de este principio, se pueden dar cuatro argumentos. Estos son: argumento evolutivo, interpretación sistemática interna, interpretación sistemática externa, y argumento de derecho comparado.

5.- De acuerdo con el argumento evolutivo, el derecho educacional chileno ha experimentado durante los últimos años una serie de transformaciones de gran relevancia, las cuales han permitido pasar de un régimen en el cual el educando ocupaba una posición subordinada o de segundo orden, a uno en el que la protección de sus derechos constituye el eje del sistema.

6.- Por otro lado, existen una serie de normas constitucionales y legales, las cuales, leídas en conjunto, permiten concluir que el Estado debe otorgar prioridad a la protección de los derechos de los educandos, y que los particulares tienen el deber de contribuir al logro de este objetivo.

7.- Del mismo modo, en el derecho internacional se establece con bastante claridad, tanto a nivel de los tratados, como a nivel de las observaciones de los comités sobre derechos humanos, que el Estado al cumplir con sus obligaciones en esta materia, debe dar preferencia a la protección de los intereses de los alumnos.

8.- Por último, de acuerdo con el derecho comparado, la administración está obligada a maximizar el goce efectivo del derecho a la educación, y a encauzar el ejercicio de la libertad de enseñanza, hacia el cumplimiento de los fines sociales a cuyo servicio esta garantía está instituida.

9.- De acuerdo con estas ideas, el principio de protección del alumno presenta la siguiente estructura normativa. En primer lugar, desde el punto de vista del Estado, este estándar se traduce en el deber que tienen los poderes públicos, de garantizar que todo el conjunto del sistema de enseñanza, esté ordenado y estructurado, en torno al aseguramiento efectivo del derecho a la educación. Así, en términos objetivos, las disposiciones que regulan el derecho en estudio, cumplen un rol relevante en especial en el ámbito del control de constitucionalidad, toda vez que permiten justificar aquellas medidas que tengan por objeto limitar o restringir el ejercicio de ciertos derechos civiles. En segundo lugar, el reconocimiento del principio de protección del alumno, avala la idea relativa a que la libertad de enseñanza, no constituye un fin sí misma, toda vez que representa una de los medios de los que se vale el Estado para dar efectividad al derecho a la educación, de tal manera que el ejercicio de esta potestad, se encuentra limitada, ab initio, por la necesidad de asegurar el cumplimiento de los objetivos y de los estándares de protección que dispone el ordenamiento jurídico en relación a la protección del derecho en comento. En este supuesto, el principio de marras, juega un papel predominantemente negativo, en el sentido que no busca ordenar la concurrencia de ciertos intereses, sino que la persecución del interés del sostenedor, no lesione la esfera de libertad de la que es titular el alumno.

10.- El principio en comento cumple una función informadora, integrativa, interpretativa, limitativa, explicativa, directiva, argumentativa y correctora.

11.- Su ámbito de aplicación está restringido a las cuestiones que tengan con la enseñanza, y en la cual intervengan algunos de los sujetos que forman parte de la comunidad educativa, tales como sostenedores, alumnos, padres, directivos, o autoridades administrativas.

12.- Para alegar la concurrencia de este principio, las partes deben: a) señalar que existen una serie de normas de rango legal, constitucional o convencional relativas a la enseñanza, que establecen la misma consecuencia normativa en relación a supuestos de hechos distintos; b) defender que existe un elemento común que vincula a estos distintos supuestos de hecho; c) argumentar, que a partir de estas disposiciones, se puede inferir la existencia de un principio general, y que por tanto, todos los casos que tengan este elemento común, deben ser tratados de manera similar; y c) extraer de este principio general, la regla particular que se debe utilizar para resolver el caso concreto.

13.- Finalmente, el principio de protección puede ser invocado por los tribunales en cualquier clase de procedimiento o instancia jurisdiccional, dado que constituye un estándar que obliga a todos los poderes públicos. Para ello, y junto con justificar la existencia de este estándar, los tribunales deben hacer referencia a la dimensión de la enseñanza que resulta relevante para la resolución del caso, identificar las obligaciones que a este respecto tiene el Estado, y aplicar el test de proporcionalidad como mecanismo para resolver la tensión que tenga lugar entre los derechos y principios en pugna.

CONCLUSIONES GENERALES

En esta tesis hemos probado que:

1.- Tanto en el derecho internacional como en el derecho comparado, el alumno constituye el centro en torno al cual se articula todo el sistema de enseñanza.

1.1.- En efecto, para el TEDH, los derechos educativos paternos cumplen una función objetiva o instrumental, la cual consiste en asegurar el pluralismo del sistema educativo, finalidad que resulta esencial para la preservación de la sociedad democrática. Por esta razón, el TEDH entiende correctamente que dichas garantías no se deben interpretar de manera aislada –en atención a que trascienden los intereses subjetivos de sus titulares- sino que a la luz del disfrute efectivo del derecho en estudio. De esto se sigue, que solo pueden reclamar protección, aquellas convicciones que: a) guarden armonía con los principios y valores presentes en una sociedad democrática, b) no sean incompatibles con la dignidad humana; c) satisfagan un cierto estándar de seriedad y profundidad; d) no impiden al alumno el pleno desarrollo de sus capacidades. Por tanto, si bien ambas garantías gozan de la misma jerarquía normativa, el juez de Estrasburgo concede mayor peso al derecho a la educación, de manera que suele resolver el conflicto de derechos a favor de esta última pretensión.

1.2.- A su vez, para la Corte IDH, el derecho a la vida, interpretado de forma extensiva, da lugar a una obligación positiva, a saber, la de asegurar el acceso a los servicios sociales más básicos, entre los cuales figura la educación. En este sentido, el

Tribunal parte de la base que la enseñanza constituye un medio indispensable para que las personas puedan llevar a cabo su plan de vida, de manera que cualquier restricción que impida el goce de este derecho, resulta en principio, y salvo justificación razonable, contraria a la Convención. Esto comporta que el Estado tiene el deber de regular los medios a través de los cuales se imparte la enseñanza, de investigar, perseguir y sancionar toda afectación que implique un menoscabo a los intereses del educando –sea que estas provengan de sujetos públicos o privados-, y de asegurar que este pueda recibir al menos, la formación a la que tiene derecho según los estándares mínimos definidos en la normativa internacional. Entre estas obligaciones básicas se encuentran las de asegurar la disponibilidad de escuelas e infraestructura adecuada, la de garantizar la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza, y la cautelar que el proceso de aprendizaje se de en un marco de pleno respeto a los derechos del educando. En tercer lugar, estas obligaciones se acrecientan con respecto a ciertos grupos vulnerables, tales como personas privadas de libertad, niños, mujeres, o miembros de pueblos indígenas, de manera que en estos casos, el Estado debe tomar medidas especiales de protección. En cuarto lugar, la administración debe elegir, cuando sea preciso limitar el ejercicio del derecho a la educación, la alternativa más eficaz pero menos gravosa para los intereses del alumno.

1.3.- Por su parte, para la Corte Constitucional de Colombia, los establecimientos particulares deben contribuir de manera efectiva al incremento de la igualdad de oportunidades, de manera que el pluralismo educativo que surge a partir del ejercicio de la libertad de enseñanza, no puede de ningún modo estimular o favorecer la

discriminación o la exclusión de los estudiantes. Por tanto, en caso de conflicto, se debe dar prioridad a la satisfacción de los derechos de los educandos, toda vez que los particulares no desarrollan una actividad puramente privada, por el contrario, su participación resulta esencial para asegurar el logro de los fines de la educación. En este sentido, la libertad de enseñanza no solo comprende la facultad para crear proyectos educativos distintos de los públicos, sino que también hace referencia a la idea de libertad de emprendimiento o contratación. Así, aun cuando ambas dimensiones se encuentran conectadas, protegen en el fondo, bienes jurídicos distintos, a saber, el pluralismo del sistema educativo en el primer caso, y el interés subjetivo del sostenedor en el segundo. Sin embargo, como la libertad de enseñanza hace parte del orden objetivo establecido por la Carta Fundamental, el legislador debe limitar su ejercicio en aras de asegurar el disfrute de los derechos de los educandos.

2.- Por el contrario, en el caso de Chile, una parte significativa de nuestra jurisprudencia, suele partir de la base que los sostenedores tienen plena libertad para poder organizar y administrar sus respectivos centros, y, por ende, para determinar los requisitos y las condiciones de acceso, de manera que, en principio, las familias no tienen otra alternativa más que aceptar o rechazar las condiciones que de forma unilateral define el colegio.

3.- Para superar este problema, hemos propuesto la existencia de un principio, al cual llamamos, “principio de protección del alumno en el contexto de la relación educacional”. Este estándar establece que los poderes públicos deben dar prioridad a la

protección de los derechos del alumno en el evento que estos entren en conflicto con las garantías que el ordenamiento jurídico reconoce al resto de los sujetos que integran la comunidad educativa.

4.- A favor de este principio, podemos dar cuatro argumentos. Estos son: argumento evolutivo, interpretación sistemática interna, interpretación sistemática externa, y argumento de derecho comparado. De acuerdo con el argumento evolutivo, el derecho educacional chileno ha experimentado durante los últimos años una serie de transformaciones de gran relevancia, las cuales han permitido pasar de un régimen en el cual el educando ocupaba una posición subordinada o de segundo orden, a uno en el que la protección de sus derechos constituye el eje del sistema. Por otro lado, existen una serie de normas constitucionales y legales, las cuales, leídas en conjunto, permiten concluir que el Estado debe otorgar prioridad a la protección de los derechos de los educandos, y que los particulares tienen el deber de contribuir al logro de este objetivo. Del mismo modo, en el derecho internacional se establece con bastante claridad, tanto a nivel de los tratados, como a nivel de las observaciones de los comités sobre derechos humanos, que el Estado al cumplir con sus obligaciones en esta materia, debe dar preferencia a la protección de los intereses de los alumnos. Por último, de acuerdo con el derecho comparado, la administración está obligada a maximizar el goce efectivo del derecho a la educación, y a encauzar el ejercicio de la libertad de enseñanza, hacia el cumplimiento de los fines sociales a cuyo servicio esta garantía está instituida.

5.- El principio de protección del alumno presenta la siguiente estructura normativa. En primer lugar, desde el punto de vista del Estado, este estándar se traduce en el deber que tienen los poderes públicos, de garantizar que todo el conjunto del sistema de enseñanza, esté ordenado y estructurado, en torno al aseguramiento efectivo del derecho a la educación. Así, en términos objetivos, las disposiciones que regulan el derecho en estudio, cumplen un rol relevante en especial en el ámbito del control de constitucionalidad, toda vez que permiten justificar todas aquellas medidas que tengan por objeto limitar o restringir el ejercicio de ciertos derechos civiles. En segundo lugar, el reconocimiento del principio de protección del alumno, avala la idea relativa a que la libertad de enseñanza, no constituye un fin sí misma, toda vez que representa una de los medios de los que se vale el Estado para dar efectividad al derecho a la educación, de tal manera que el ejercicio de esta potestad, se encuentra limitada, ab initio, por la necesidad de asegurar el cumplimiento de los objetivos y de los estándares de protección que dispone el ordenamiento jurídico en relación a la protección del derecho en comento. En este supuesto, el principio de marras, juega un papel predominantemente negativo, en el sentido que no busca ordenar la concurrencia de ciertos intereses, sino que la persecución del interés del sostenedor, no lesione la esfera de libertad de la que es titular el alumno.

6.- Para alegar la concurrencia de este principio, las partes deben: a) señalar que existen una serie de normas de rango legal, constitucional o convencional relativas a la enseñanza, que establecen la misma consecuencia normativa en relación a supuestos de hechos distintos; b) defender que existe un elemento común que vincula a estos distintos

supuestos de hecho; c) argumentar, que a partir de estas disposiciones, se puede inferir la existencia de un principio general, y que por tanto, todos los casos que tengan este elemento común, deben ser tratados de manera similar; y c) extraer de este principio general, la regla particular que se debe utilizar para resolver el caso concreto.

7.- El principio en comento debe ser invocado por los tribunales en cualquier clase de procedimiento o instancia jurisdiccional, dado que constituye un estándar que obliga a todos los poderes públicos. Para ello, y junto con justificar la existencia de este estándar, los tribunales deben hacer referencia a la dimensión de la enseñanza que resulta relevante para la resolución del caso, identificar las obligaciones que a este respecto tiene el Estado, y aplicar el test de proporcionalidad como mecanismo para resolver la tensión que tenga lugar entre los derechos y principios en pugna.

8.- La aplicación del principio en estudio, conduce a una mejor protección de los derechos de los estudiantes, en la medida en que obliga al juez a colocar en el centro de la discusión, la tutela de sus derechos, y a elegir, en caso de conflicto, la alternativa que sea más favorable a sus intereses.

Por tanto, de acuerdo con estas consideraciones, estimamos que nuestra hipótesis de trabajo ha sido probada.

BIBLIOGRAFIA

1.- Libros, Revistas, Documentos

1. ABRAMOVICH, V. COURTIS, C. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta, 2002.
2. ABRAMOVICH, Víctor. Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En: GONZALEZ VOLIO, Lorena (ed.) Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.
3. ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano. Bogotá, U. Externado de Colombia, 2015.
4. AEDO Cristian, SAPELLI, Claudio. El sistema de vouchers en la educación: una revisión de la teoría y la evidencia empírica para Chile. Revista Estudios Públicos. 82: 2001.
5. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El diálogo judicial multinivel. En: NOGUEIRA, Humberto (coord.). Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor personal y de proporcionalidad. Santiago, Librotecnia, 2013.
6. _____. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales. 6(1): 2008.
7. _____. Principio de solidaridad y Derecho privado: Comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional. Revista Ius et Praxis. 14 (2): 2008.
8. ALAEZ CORRAL, Benito. El ideario educativo constitucional como límites a las libertades educativas. Revista europea de derechos fundamentales. 17: 2001.
9. _____. Caso Folgero y respeto a las convicciones morales de los padres en materia educativa. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional. 3: 2008.
10. _____. El derecho a la educación del menor como marco delimitador de los criterios de admisión a los centros escolares sostenidos con fondos públicos. En: FUNDACION EUROPEA SOCIEDAD Y EDUCACION. Madrid, 2006.
11. _____. El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública. Revista española de derecho constitucional. 29 (86): 2009.
12. ALCALDE, Enrique. Principios generales del derecho. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016.
13. _____. Relación entre valores y principios generales de derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile. Revista Chilena de Derecho. 35 (3): 2008.
14. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Madrid, Centro de estudios constitucionales, 2007.
15. _____. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
16. ALSTON, Philip, QUINN, Gerard. The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Human Rights Quarterly, (9): 2, 1987.
17. ALVAREZ, Leonardo. La paradoja de la educación. Adoctrinar para garantizar la libertad. Direitos Fundamentais & Justiça. 14:2011.
18. _____. La delimitación jurisprudencial cívico-democrática del derecho a la educación en la Constitución de 1978. En: BUSTOS, Rafael (coord.) La protección jurisdiccional de los derechos. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.
19. ANDERSON, E. What is the point of equality? Ethics. 99 (2): 1999.
20. _____. Fair opportunity in education: a democratic equality perspective. Ethics. 117: 2007.
21. AÑON ROIG, María José. Derechos Humanos y Obligaciones Positiva. En: BERNUZ BENÉITEZ, María José, CALVO GARCIA, Manuel (eds.). La eficacia de los derechos sociales. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.
22. _____. Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. ISONOMÍA. 39: 2013.

23. _____. Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
24. APLICACIÓN DE LA CONVENCION Y RECOMENDACION RELATIVAS A LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA. Resultados de la octava consulta de los Estados Miembros (2011-2013). Paris, UNESCO, 2013.
25. ARANGO OLAYA, Mónica. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Precedente. 10: 2004.
26. ARANGO, Roberto. El concepto de los derechos sociales fundamentales. Bogotá. Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.
27. _____. Constitucionalismo Social Latinoamericano. Disponible en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2894/6.pdf> [consulta: 8 de septiembre de 2015].
28. _____. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. El otro derecho. 28:2002.
29. ARLETTAZ, Fernando. Las sentencias Lautsi en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos. REDUR. 10. 2012.
30. ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del derecho. Madrid, Ariel, 2007.
31. ATRIA, Fernando. Derechos Sociales: un nuevo paradigma de lo público. LOM, Santiago de Chile, 2014.
32. _____. La mala educación. Santiago de Chile, Catalonia, 2012.
33. _____. Mercado y Ciudadanía en la Educación. Santiago de Chile, Flandes Indiano, 2007.
34. _____. Veinte años después: Neoliberalismo con rostro humano. Santiago de Chile, Catalonia, 2013.
35. BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. Infraestructura Escolar y Aprendizajes en la Educación Básica Latinoamericana: Un análisis a partir del SERCE. División de Educación (SCL/EDU). 2011.
36. BANCO MUNDIAL <http://datos.bancomundial.org/indicador/SE.XPD.TOTL.GB.ZS> [consulta: 10 de marzo de 2015]
37. BARBOSA DELGADO, Francisco. Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. Revista Derecho del Estado. 26: 2011.
38. BARRERO ORTEGA, Abraham. TEDH - Sentencias de 26.06.2007, Folgero y otros c. Noruega, 15472/02, y de 09.10.2007, Hasan y Eylem Zengin c. Turquía, 1448/04 - Objeción de conciencia de los padres a educación con implicaciones morales - enseñanza religiosa obligatoria. Revista de Derecho Comunitario Europeo. 32: 2009..
39. BASSA, Jaime. Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad de Viña del Mar. 5: 2011.
40. BAYARDI MARTINEZ, Cintia. Protección y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños y niñas a la luz del art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El caso “Los Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Corte IDH 1999). CLADH (Centro Latinoamericano de Derechos Humanos).
41. BEATTIE, Catherine. Rawls and the Distribution of Education. Canadian Journal of Education, 7 (3): 1982.
42. BOBBIO, Norberto. Igualdad y libertad. Barcelona, Ediciones Paidós, 1993
43. BELADIEZ, Margarita. Los principios del derecho. Madrid, Thomson, 2010.
44. BELLEI, Cristián, CONTRERAS, Daniel, VALENZUELA, Juan Pablo, (eds.), Ecos de la revolución pingüina. Santiago, UNICEF, 2010.
45. BELLEI, Cristián. El estudio de la segregación socioeconómica y académica de la educación chilena. Estudios Pedagógicos. XXXIX (1): 2013. p. 330.
46. BELOFF, Mary, Clérico, Laura. Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En línea. https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdfs/documents/pdf/SELA14_BeloffClerico_CV_Sp.pdf [consulta: 8 de mayo de 2015].
47. BENITEZ, Dinka, FUENTES, Claudio, MARIANGEL, Sylvana, SCHÖNSTEINER, Judith. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2011: Algunos avances, retrocesos y desafíos. Anuario de Derecho Público UDP. 2012.

48. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007.
49. _____. Estructura y límites de la ponderación. Doxa. 26: 2003.
50. BIDART CAMPOS, Germán. Teoría de los derechos humanos. México D.F., UNAM, 1989.
51. BLANCA. Lozano. La libertad de cátedra. Madrid, Marcial Pons, 1995. p. 181. SALGUERO, Manuel. Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos. Barcelona, Ariel, 1997.
52. BOCKENFORDE, Ernst. Escritos sobre derechos fundamentales. Baden-Baden, Nomos, 1993.
53. BOLIVAR, Antonio. Justicia social y equidad escolar. Una revisión actual. Revista Internacional de Educación para la Justicia Social, 1 (1): 2012.
54. BRIGHOUSE, H., SWIFT, A. Equality, Priority and Positional Goods. Ethics, 116, 2006.
55. BRIGHOUSE, H., UNTERHALTER, E. Education for primary goods of for capabilities?. En: BRIGHOUSE, H, ROBEYNS, I. (eds.) Measuring Justice. Primary Goods and Capabilities. Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
56. BRIGHOUSE, H., Swift, L. Educational equality versus educational adequacy: a critique of Anderson and Satz. Journal of applied philosophy. 26 (2): 2009.
57. BRIGHOUSE, H.. Civic Education and liberal legitimacy. Ethics 108 (4): 1998.
58. _____. Moral and Political aspects of education. En: SIEGEL, Harvey. The Oxford Handbook of Philosophy of Education. Oxford, Oxford Handbooks Online, 2009.
59. BROWN, Alexander. Equality of opportunity for education: one-off or lifelong?. Journal of Philosophy of Education. 40 (1): 2006
60. BURTT Shelley, Religious Parents, Secular Schools: A Liberal Defense of an Illiberal Education. Review of Politics , 56: 51-70, 1994.
61. BOTERO MARINO, Catalina. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla-Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, D.C., 2006.
62. BOUZZA ARIÑO, Omar. Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista de administración pública. 178: 2009.
63. BRIONES MARTINEZ, Irene María. Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia. Madrid, Dykinson, 2014.
64. BRUCE, Wilson. Institutional Reform and Rights Revolutions in Latin America: The Cases of Cost Rica and Colombia. Journal of Politics in Latin America, 1 (2): 2009. p. 75.
65. BRUNNER, Joaquín et al. Calidad de la educación. Claves para el debate. Santiago de Chile, RIL Editores, 2006.
66. BRUNNER, Joaquín José. Educación Superior en Chile. Instituciones, Mercados y Políticas Gubernamentales 1967-2007). Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2009.
67. BRUNNER, José Joaquín, PEÑA, Carlos. “La dialéctica público privado entre el medioevo y la globalización”. En: BRUNNER, José Joaquín, PEÑA, Carlos (ed.). El conflicto de las universidades: entre lo público y lo privado. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011. pp. 50 y ss.
68. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. En: EMBID IRUJO, Antonio (dir.) Derechos Económicos y Sociales. Madrid, IUSTEL, 2009.
69. BUSTOS BOTTAI, Rodrigo. Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional. Santiago, Librotecnia, 2014. p. 75.
70. CALERO, Juan Manuel. Principios de derecho y razonamiento jurídico. Madrid, Dykinson, 2004.
71. CALVO CHARRO, María. Régimen de Admisión a los centros sostenidos con fondos públicos. En: REQUERO, José Luís, MARTINEZ, José Luís. Los derechos fundamentales en la educación. Valladolid, Cuadernos de Derechos Judicial, 2007.
72. CAMARA VILLAR. Gregorio. Sobre el concepto y fines de la educación en la Constitución española. X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales. Madrid, Ministerio de Justicia, 1988.
73. CAMPOY CERVERA, Ignacio. La fundamentación de los derechos del niño. Madrid, Dykinson, 2006.
74. CANCADO TRINDADE, Antonio. El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
75. CANELO, Carol. La gratuidad progresiva en la educación superior. Una obligación de rango constitucional del Estado de Chile. Revista pedagogía universitaria y didáctica del derecho. 2(1): 2014.

76. CANOSA USERA, Raúl. Derecho a la educación y pluralismo educativo (Art. 2 P1). En: GARCÍA ROCA, Javier, SANTOLAYA, Pablo. La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. p. 807.
77. _____. Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales”. En: FERRER MC GREGOR, E., SILVERO SALGUEIRA, J. (coord.), La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios Homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Asunción, Corte Suprema de Justicia, 2012.
78. CAÑAMARES, ARRIBAS, Santiago. La evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de objeción de conciencia. Revista de Derecho Público. 23 (46): 2014.
79. CARDENAS, Sonia. Constructing Rights? Human Rights Education and the State. International Political Science Review. 26 (4) : 363-379, 2005.
80. CARBONELL, Flavia, LETELIER, Raul. Principios jurídicos e interpretación democrática del derecho. En: CARBONELL, Flavia, COLOMA, Rodrigo, LETELIER, Raúl. Principios jurídicos. Análisis y crítica. Santiago de Chile, LegalPublishing, 2011.
81. CARBONELL, Miguel, FERRER MAC-GREGOR. Los derechos sociales y su justiciabilidad directa. México D.F. Editorial Flores.
82. CARBONELL, Miguel. Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. Estudios Constitucionales. 6 (2): 2008.
83. CARRASCO, Alejandro. Selección de estudiantes y desigualdad educacional en Chile: ¿qué tan coactiva es la regulación que la prohíbe? [en línea] [http://www.ceppe.cl/images/stories/recursos/VF Resumen A Carrasco et al FONIDE Seleccion 2014.pdf](http://www.ceppe.cl/images/stories/recursos/VF_Resumen_A_Carrasco_et_al_FONIDE_Seleccion_2014.pdf) [consulta: 13 de noviembre de 2015] 2014.
84. CARRERA SILVA, Liliana. La acción de tutela en Colombia. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. 5(27): 2011.
85. CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 30 de abril de 1948. (entrada en vigor: 13 de diciembre de 1951).
86. CASAL, Jesús. La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión. En: BAZAN Víctor (ed.). justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. Bogotá D.C., Unión Grafica, 2015.
87. CASAS BECERRA, Lidia, CORREA SUTIL, Jorge. Conductas discriminatorias, abusivas e infundadas en contra de estudiantes en la selección y marginación en los establecimientos de educación básica y media. Diagnóstico y Caracterización del problema. Revista de Derechos del Niño. 1: 2002.
88. CASAS, Lidia et al. La convivencia escolar, componente indispensable del derecho a la educación. Serie reflexiones Infancia y adolescencia. 11: 2008.
89. CASSASUS, Juan. La escuela y la (des)igualdad. Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2003.
90. CASTAÑEDA OTSU, Susana. El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los derechos consagrados en la Constitución. Disponible en línea en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/342/11.pdf> [consulta: 10 de diciembre de 2015].
91. CASTILLO CORDOVA, Luis. El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. 14:2010.
92. _____. Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.
93. _____. La dimensión objetiva o prestacional del derecho a la educación. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña. 9: 2005.
94. CASTILLO SANCHEZ, Camilo, CASTELLANO MORALES, Ethel. Defensa de la gratuidad de la educación en Colombia: algunos argumentos constitucionales y derecho internacional. Estudios Socio Jurídicos. 12(1): 2010.
95. CASTRO-RIAL GARRONE, Fanny. Sobre ciertos aspectos del derecho a la educación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Anuario de Derechos Humanos. 3:1985.
96. CAVALLARO, James, BREWER, Stephanie Erin. La Función del Litigio Interamericano en la Promoción de la Justicia Social. Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos. 8: 2008.
97. CAVALLARO, James, SCHAFFER, Emily. Rejoinder: justice before justiciability: Inter-american Litigation and Social Change. International Law and Politics. 39: 2006.
98. CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional chileno, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012.

99. CEBOLLA BOADO, Héctor, LARIOS PATERNA, María Jesús. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
100. CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*. 89 (7):1976.
101. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. La acción de tutela en Colombia. *Ius et Praxis*. 3 (1). 1997.
102. CLEMENTS, Luke, SIMMONS, Alan. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: malestar receptivo. *En*: LANGFORD, Malcom (ed.) Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C., Siglo del Hombre Editores, 2013.
103. CLÉRICO, Laura; ALDAO, Martín. La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derecho Humanos. *Estudios Constitucionales*. 9 (11).
104. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informes Temáticos. El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. 2011. párr. 20.
105. _____. Informe N° 33/02 Solución Amistosa, petición 12.046 Mónica Carabantes Galleguillos, Chile 12 de marzo de 2002 [en línea] <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Chile12046.htm> [consulta: 12 junio 2012].
106. _____. SEGUNDO INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev. (2000), cáp. VI.
107. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General N° 1, Propósitos de la educación, HRI/GEN/1/Rev.7 at 332, 2001.
108. _____. Observación General N° 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño. 12 de febrero de 2000.
109. _____. Observación General N° 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia. 40° período de sesiones. 2007.
110. _____. Observación General N° 8. El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros). 42° período de sesiones. CRC/C/GC/8. 21 de agosto de 2006.
111. COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 9. Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales. U.N. Doc. E/1998/22, 1997.
112. _____. Observación General N° 9. Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales. U.N. Doc. E/1998/22, 1997.
113. _____. Fact Sheet No.16 (Rev.1). Mayo, 1996.
114. _____. Observación General N° 1. Aplicación Del Pacto Internacional De Económicos, Sociales Y Culturales, Observación general 1, Presentación de informes por los Estados Partes (Tercer período de sesiones, 1989), E/1989/22, 1989.
115. _____. Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), E/1991/23, 1990.
116. _____. Observación General N° 5. Aplicación Del Pacto Internacional De Económicos, Sociales Y Culturales, Observación general 5, Personas con discapacidad (11 período de sesiones, 1994), U.N. Doc. E/C.12/1994/13. 1994.
117. _____. Observación General N° 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (20° período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/4. 1999.
118. _____. Observación General N° 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), E/C.12/1999/5, 1999.
119. _____. Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/2000/4, 2000.
120. _____. Observación General N° 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

121. _____: Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 42° período de sesiones. E/C.12/GC/20. 2 de julio de 2009.
122. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. Recomendación general N° 30. Discriminación contra los no ciudadanos. 65 período de sesiones, 2004.
123. CONTRERAS, Daniel. Apuntes en torno a la discriminación en la escuela: el caso chileno de embarazadas, madres y nin@s viviendo con VIH y el derecho a la educación. *Justicia y Derechos del Niño*. 11:2009.
124. CONVENCION AMAERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (CADH). 22 de noviembre de 1969. (entrada en vigor: 18 de junio de 1978).
125. CONVENCION DE LA UNESCO RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA. 14 de diciembre de 1960.
126. CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. 23 de mayo de 1969. (entrada en vigor: 27 de enero de 1980).
127. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. 18 de diciembre de 1990.
128. CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (CEDAW). 18 de diciembre de 1979 (en vigor: 3 de septiembre de 1981).
129. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 13 de diciembre de 2006 (en vigor: 3 de mayo de 2008).
130. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN). 20 de noviembre de 1989 (entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990).
131. CONVENIO 138 OIT. Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo. Ginebra, 58ª reunión CIT, 26 junio 1973.
132. COOMANS, Fons. Exploring the normative content of the right to education as a human right: recent approaches. *Persona y Derecho*. 50: 2004.
133. COOMANS, Fons. Justiciability of the right to Education. *Erasmus Law Review*. 2, (4): 2009.
134. CORDOBA, Claudia, ROJAS, Karina, AZOCAR, Javiera. Selección de alumnos y co-pago como factores de segregación escolar: Presentación de tres casos de estudio. *Psicoperspectivas*. 15 (1): 2016.
135. CORNGOLD, Josh. Misplaced Priorities: Gutmann's Democratic Theory, Children's Autonomy, and Sex Education Policy. *Studies in Philosophy and Education*, 30: 2011.
136. CORREA, Rodrigo. Derechos Constitucionales. *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*. 1: 2004.
137. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A N° 16.
138. _____. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989 (Ser. A) No. 10.
139. _____. Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño".
140. _____. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.
141. _____. Opinión consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.
142. CORTÉS RODAS, FRANCISCO. El derecho a la educación como derecho social fundamental en sus tres dimensiones: educación primaria, secundaria y superior. *Estudios Socio-Jurídicos*. 14 (2): 2012.
143. COTINO, Lorenzo. El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional. Madrid, Centro de Estudios
144. _____. Reflexiones en favor de una concepción funcional de la libertad de enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo. *Cuadernos Constitucionales*. 22/23: 1998.
145. COUSO, Jaime. Moda, libertad de expresión y derechos del niño en la Educación en Chile. *Justicia y Derechos del Niño*. 1:2002.

146. COVARRUBIAS, Ignacio. Vigencia de la Libertad de Enseñanza. Corriente de Opinión (Fundación Chile Unido).
147. COX, Cristián. Construcción política de reformas curriculares: el caso de Chile en los noventa. Revista de currículum y formación del profesorado. 10 (1): 2006.
148. _____. La reforma de la educación chilena: contexto, contenidos, implementación”. Colección de Estudios CIEPLAN. 45: 1997.
149. _____. Políticas de reforma curricular en Chile. Pensamiento Educativo. 29: 2001. p.176.
150. CRUZ ESQUIVEL, Juan. El entrevero político-religioso en torno a la educación sexual. Debate Público. Reflexión de Trabajo Social. 10: (45-59), 2001.
151. CULLEN, Holly. The Collective Complaints System of the European Social Charter: Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights. Human Rights Law Review. 9 (1): 2009.
152. CURREN, Randall. Education as a Social Right in a Diverse Society. Journal of Philosophy of Education. 43 (1): 2009.
153. DAUDET, Yves, SINGH, Kishore. The Right to Education: An Analysis of UNESCO’s Standard-setting Instruments. Paris, UNESCO, 2001.
154. DAVILA, Paulí, NAYA, Luís María. El derecho a la educación en Europa: una lectura desde los derechos del niño. Bordón. 61(1): 2009.
155. De LUCAS, Javier, AÑON, María José. Necesidades, razones y derechos. Doxa, 7, 1990. p. 70.
156. DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. Bogotá. Colombia, 1948.
157. DECLARACION DE HAMBURGO SOBRE LA EDUCACION DE ADULTOS. UNESCO, 14-18 de julio de 1997.
158. DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. 19 de diciembre de 2011.
159. DECLARACIÓN DE QUITO. Acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en América Latina y el Caribe. 24 de julio de 1988.
160. DECLARACIÓN MUNDIAL SOBRE EDUCACIÓN PARA TODOS. Aprobada por la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos, celebrada en Jomtien (Tailandia) del 5 al 9 de marzo de 1990.
161. DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Art. 26 “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”.
162. DEL PILAR, Johanna, et. al. La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Estudios Socio-jurídicos. 9: 23007.
163. DEVROYE Jennifer. The Case of D.H. and Others v. the Czech Republic. Northwestern Journal of International Human Rights. 7 (1): 2009.
164. DIAZ de VALDÉS, José Manuel. ¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación? Actualidad Jurídica. 28: 2013.
165. DIAZ GARCIA, Iván. Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional. Revista Chilena de Derecho. 40 (2): 2013.
166. DIAZ LEMA, José Manuel. Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional. Madrid, Marcial Pons, 1992. p. 103.
167. DIAZ REVORIO, Francisco Javier. Los derechos fundamentales en el ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha. Toledo, Cortes de Castilla-La Mancha, 2002.
168. _____. Interpretación de la Constitución y juez constitucional. IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. 10 (37): 2016.
169. DOMÍNGUEZ-BERRUETA de JUAN, Miguel Ángel, SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. Derecho y Educación: régimen jurídico de la educación. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2005.
170. DONOSO, Sebastián, DONOSO, Gonzalo. Políticas de gestión de la educación pública escolar en Chile (1990 -2010): una evaluación inicial. Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação. 17: 2009.
171. DULITZKY, Ariel. Pobreza y derechos humanos en el sistema interamericano. Algunas aproximaciones preliminares. Revista IIDH, 48: 2008.
172. DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona, Planeta, 2012.
173. ELACQUA, Gregory, MONTT, Pedro, SANTOS, Humberto. Evidencias para eliminar —gradualmente—el Financiamiento Compartido. Claves de Políticas Públicas. 14: 2013.

174. EMBID IRUJO, Antonio. Derecho a la educación y derecho educativo paterno: (comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982). Revista española de derecho constitucional, 3 (7):1983.
175. EMBID IRUJO, Antonio. Las libertades en la enseñanza. Madrid, Tecnos, 1982.
176. _____. La enseñanza privada en España: consideraciones sobre su problemática actual en el marco de la política europea sobre educación. Revista de Administración Pública, 142: 1997.
177. ESCOBAR ROCA, Guillermo. Indivisibilidad y derechos sociales. De la declaración universal a la Constitución. Revista jurídica de los derechos sociales, 2: 2012.
178. _____. Guillermo. Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. Pamplona, Aranzadi, 2012.
179. _____. Guillermo. Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general) En: ESCOBAR ROCA, Guillermo (ed.). Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. Pamplona, Aranzadi, 2012.
180. ESCOBAR TORRES, Sebastián; HERNANDEZ VARGAS Luis Mario, SALCEDO FRANCO, Christian, Miguel. El juez constitucional como garante de los derechos sociales en Colombia: una mirada crítica al activismo judicial de la corte constitucional colombiana. Universitas Estudiantes. Bogotá, 10: 2013.
181. ESPEJO, Nicolás. Manual sobre justiciabilidad de derechos sociales para jueces de Iberoamérica. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Oxfam y Red Iberoamericana de Jueces, 2009.
182. EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Los derechos Constitucionales, Tomo III. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
183. FEDERACION IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN. VI Informe sobre derechos humanos. Educación. ESCOBAR ROCA, Guillermo (dir.). Madrid, Trama Editorial 2008.
184. FERNANDEZ MIRANDA, Alfonso. De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988.
185. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. E. Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración? Anuario de Filosofía del Derecho. XIV: 1996. p. 696.
186. FERNANDEZ, Miguel. La libertad de enseñanza ante el Tribunal Constitucional. Santiago, RIL Editores, 2006.
187. FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mercado educativo. En: de Esteban Millar, Mercedes. HERRERO-TEJEDOR, ALGAR, Carmen. Escolarización del alumno en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas. Valladolid, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006.
188. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismos garantista. Doxa, 34: 2011.
189. _____. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, Trotta, 2009.
190. FERREIRO GALGUERA, Juan. Símbolos religiosos en la escuela pública: crucifijos en el ala y alumnos con *hiyab*. En: POLO, SABAU, José Ramón, SOUTO GALVAN, Clara. Anuario de derecho a la educación. Madrid, Dykinson, 2012. p. 125.
191. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, HERRERA, GARCIA, Alfonso. Dialogo jurisprudencial en derechos humanos. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.
192. FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review. 93 (1): 1979.
193. FLORES RIVAS, Juan Carlos. Derecho a la Educación. Su contenido esencial en el derecho chileno. Estudios Constitucionales, 12 (2): 2014.
194. FULLER. Lon. The Forms and Limits of Adjudication. Harvard Law Review, 92 (2): 1978.
195. GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. Protección de la víctima, cuatro criterios de la corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. Revista Chilena de Derecho, 34 (3).
196. _____. Los derechos asegurados por tratados ratificados y vigentes como parámetro del control de constitucionalidad en los votos concurrentes y disidentes del Tribunal Constitucional de Chile. En: NOGUEIRA, Humberto (coord.). Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor personal y de proporcionalidad. Santiago, Librotecnia, 2013.
197. GARCIA JARAMILLO, Leonardo. El influjo del principio de laicidad en el constitucionalismo colombiano. Estudios Constitucionales, 11 (2): 2013.
198. GARCIA SCHWARZ, Rodrigo. Derechos sociales: Imprescindibilidad y garantías. Pamplona, Aranzadi, 2011.

199. GARCIA VILARDELL, María Rosa. El derecho educativo paterno a la formación religiosa y moral de los hijos: precisiones en torno a su alcance. Su aplicación al caso concreto del *homeschooling*. En: POLO, SABAU, José Ramón, SOUTO GALVAN, Clara. Anuario de derecho a la educación. Madrid, Dykinson, 2012.
200. GARCIA VILLEGAS, Mauricio, ESPINOSA, José Rafael, JIMENEZ ANGEL, Felipe, PARRA HEREDIA, Juan David. Separados y desiguales. Educación y clases sociales en Colombia. Bogotá D.C, De Justicia, 2013.
201. GARCÍA, José Francisco, BRUNET BRUCE, Marcelo. Libertad de enseñanza, jurisprudencia de protección y justicia constitucional. [en línea] http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/sentencias/20063.pdf [consulta: 7 de octubre 2012].
202. GARCIA, José Francisco, VERDUGO. Activismo judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces? Sergio. Santiago de Chile, Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013.
203. GARCIMARTIN MONTERO, Carmen. Educación en el estado laico: ¿De quien es el derecho?. En: POLO, SABAU, José Ramón, SOUTO GALVAN, Clara. Anuario de derecho a la educación. Madrid, Dykinson, 2012.
204. GARGARELLA, Roberto, COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. Políticas sociales, N° 153, Santiago de Chile, CEPAL, 2009.
205. GARZON VALDES, Ernesto. Los deberes positivos generales y su fundamentación. Doxa, 3:1986.
206. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. La dimensión objetiva de los derechos sociales. Madrid, Bosch, 2010. .
207. GIMENO SACRISTAN, José. La educación obligatoria: su sentido educativo y social. Madrid, Ediciones Morata, 2005.
208. GOMEZ, Verónica. Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter-American System. En: BADERIN Mashood A., MCCORQUODALE Robert. Economic, Social and Cultural Rights in Action. Oxford, Oxford University Press, 2007. p 170.
209. GONÇALVES MARGERIN, Marselha. The Right to Education: A Multi-Faceted Strategy for Litigating before the Inter-American Commission on Human Rights. Human Rights Brief, 17 (4): 2010.
210. GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. El derecho a la educación en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003.
211. _____. Libertad e Igualdad en la Educación. Balance y desafíos tras dos décadas de vigencia de la Constitución de 1991. Ideas y Situaciones. 4(1): 2011.
212. GONZALEZ TUGA, Juan Andrés. ¿Es el derecho a la educación un derecho justiciable?. Derecho Público Iberoamericano. Universidad del Desarrollo. Año III (6): 2015. p. 100.
213. GONZALEZ-SALZBERG, Damián. Economic and social rights within the Inter-American and Human Rights System: thin king new strategies for obtaining judicial protection. Revista Colombiana de Derecho Internacional. 18 (117-154): 2011.
214. GORI, Gisella. Towards an EU Right to Education. La Haya, Kluwer Law International, 2001.
215. GRIFFIN, James. On Human Rights. Oxford, Oxford University Press, 2013.p.183.
216. GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Trotta, Madrid, 2006.
217. GROVER, Sonja. Secondary education as a universal human right. Education and the Law Vol. 16 (1): 2004.
218. GUASTINI, Ricardo. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona, Gedisa, 1999.
219. GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: CARBONELL, Miguel (ed.), Neoconstitucionalismo(s), 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009.
220. GUTIERREZ, Perilla, María del Pilar. La obligación de garantizar el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano: acercamiento al contenido normativo del artículo 26 de la Convención Americana, a partir de dos alternativas interpretativas de protección de los DESC. Publicación de la Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina. 2 (4): 2013.
221. GUTMANN, Amy. Democratic Education. Princeton, Princeton University Press,1998.
222. HABERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. DYKINSON, Madrid, 2003.
223. HALVORSEN, Kate. Notes on the Realization of the Human Right to Education. Human Rights Quarterly. 12 (3): 1990.

224. HANNAM, Patricia. Review of Andrew Wright, *Critical Religious Education, Multiculturalism and the Pursuit of Truth*. Studies Philosophy of Education. 30: 2011.
225. HARRIS, Neville. Empowerment and State Education: Rights of Choice and Participation. The Modern Law Review, 68 (6): 2005.
226. HARRIS, Neville. *Education, Law and Diversity*. Oxford, Bloomsbury Publishing, 2007.
227. HART, Herbert. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
228. HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, NUÑEZ LEIVA, José Ignacio. *Ley Zamudio: ¿Ponderación o subsunción? Comentario a la sentencia Rol N° 1009-2014 de la Corte de Apelaciones de Concepción*. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado. N° 6: 2014.
229. HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam. *Las fuentes formales del derecho*. Santiago de Chile, LegalPublishing, 2009.
230. HODGSON, Douglas Charles. The Role and Purposes of Public Schools and Religious Fundamentalism: An International Human Rights Law Perspective. Forum on Public Policy: A Journal of the Oxford Round Table. 1: 2012.
231. HODGSON, Douglas. The educational rights of persons with disabilities: International human rights law and Australian law perspectives. International Journal of Discrimination and the Law. 12 (4): 2013.
232. HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. *El costo de los derechos*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.
233. HUERTA DIAZ, Omar. La educación como derecho social: panorama colombiano. *Nova et Vetera*, 19 (63): 2010.
234. INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1983–1984, OEA/Ser.L/V/II.63, Doc. 10 (1984).
235. _____. OEA/Ser.L/V/II.85. 1993, Capítulo V, Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor Vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, I. La realización de los derechos económicos, sociales y culturales en la región. Parte I. La indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.
236. _____. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. OEA/Ser.L/VII.110. 2001, Capítulo V.
237. _____. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador. OEA/Ser.L/V/II.96. 1997, Capítulo II.B.
238. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual “Situación de los derechos humanos en Chile 2011”. [en línea] <http://www.indh.cl/informe-anual-2011-de-derechos-humanos-en-chile> 2011. [consulta : 12 junio 2012].
239. INSUNZA, Jorge. La construcción del derecho a la educación y la institucionalidad educativa en Chile. Antecedentes para una polémica de 200 años. [en línea] <http://www.opech.cl/Libros/doc2.pdf> [consulta: 21 de mayo 2012]
240. JIMENA QUESADA, Luis. Educación sexual y no discriminación en la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Revista europea de derechos fundamentales. 17: 2011.
241. _____. Luis. La jurisprudencia europea sobre derechos sociales. En línea. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/13.pdf> [consulta: 5 de marzo de 2014].
242. JOIKO, Sara. La política de equidad y el nuevo sistema de vouchers en Chile. Reflexiones críticas. RMIE. 50 (16): 2011.
243. JORDÁN, Tomás. Derechos educacionales en Chile. En: AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo (Ed.). Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno. Santiago, Librotecnia, 2012.
244. _____. Claves para compatibilidad entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional en materia de derecho educacionales. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (ed.) Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Doctrina y Jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú. Santiago, Librotecnia, 2010.
245. _____. La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución chilena. Revista de Estudios Constitucionales. 5(2):2007.
246. KALANTRY, Sital, GETGEN Jocelyn E., ARRIGG KOH, Steven. Enhancing Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights Using Indicators: A Focus on the Right to Education in the ICESCR. Human Rights Quarterly. 32: 2010.
247. KOCH Ida. The Right to Education for Roma Children under the European Convention on Human Rights. En línea. <http://www.right-to-education.org/es/node/486> [consulta: 12 de octubre de 2014].

248. KOLJATIC, Mladen, SILVA, Mónica. Algunas reflexiones a siete años de la implementación de la PSU. Estudios Públicos. 120: 2010.
249. KOSKO J., Stacy. Parental Consent and Children's Rights in Europe: A Balancing Act. Journal of Human Development and Capabilities. 11 (3): 2010. p. 440.
250. LANGFORD, Malcom. La exigibilidad de los derechos sociales. De la práctica a la teoría. En: LANGFORD, Malcom (ed.) Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C., Siglo del Hombre Editores, 2013.
251. LAPORTA, Francisco J. Los derechos sociales y su protección jurídica: Introducción al problema. En: BETEGON CARRILLO, Jerónimo, et. al. Constitución y derechos fundamentales. Madrid, Presidencia del Gobierno, 2004.
252. LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Derecho a la instrucción. En: LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (ed.) Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático. Madrid, Thompsons-Civitas, 2004.
253. LASCARRO CASTELLAR, Carlos. De la hegemonía (neo) constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Manizales. 9 (2): 2012.
254. LERMA CARREÑO, Carlos Alberto. El derecho a la educación en Colombia. FLAPE, Buenos Aires, 2007.
255. LLAZAMARES, Dionisios. Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia. Madrid, SAFEKAT, 2010. p. 77.
256. LOO GUTIERREZ Martín. La disciplina constitucional del principio de subsidiaridad en Italia y Chile. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIII: 2009.
257. LOS PRINCIPIOS DE LIMBURGO SOBRE LA APLICACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 2 al 6 de junio de 1986.
258. LOVERA PARMO, Domingo, Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía. Justicia y Derechos del Niño. 11:2009.
259. MARTINEZ-TORRON, Javier. La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo. Derecho y religión. 4: 2009.
260. MARTIN-RETORTILLO, BAQUER, Lorenzo. "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos". Madrid, Anuario de derecho eclesiástico del Estado, 2006. (Ejemplar dedicado a: Actas del Congreso sobre "Estado español, libertad religiosa y principios ético-cívicos").
261. MARTINZ ESTAY, José Martínez. Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena. Estudios Constitucionales 8(2): 2010.
262. MATTE IZQUIERDO, Arturo. Movilizaciones estudiantiles y el derecho de los estudiantes a la libertad de expresión como límite a libertad de enseñanza. Revista Chilena de Derecho. 38 (1): 2011.
263. _____. Recurso de protección y garantía constitucional del debido proceso en los procedimientos seguidos por los establecimientos educacionales en la adopción de sanciones disciplinarias. Análisis de jurisprudencia". Revista Chilena de Derecho, 36 (1): 2009.
264. _____. Recursos de protección y movilizaciones estudiantiles. Anuario de doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, Libertad y Desarrollo 2012.
265. _____. Sanciones disciplinarias por agresiones desplegadas por alumnos a través de un fotolog. Jurisprudencia constitucional sobre bullying en Chile. Anuario de doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, Libertad y Desarrollo 2008.
266. McCOWAN, Tristan. Education as a Human Right. London, Bloomsbury Academic, 2013.
267. MEDINA QUIROGA, Cecilia. La Convención Americana: teoría y jurisprudencia Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2003.
268. MEIX CERECEDA, Pablo. El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
269. _____. Descentralización de la enseñanza y derechos fundamentales: un estudio comparado entre España y Alemania. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013.
270. MELENDEZ-VALDES NAVAS, Marina. Educación para la ciudadanía, *homeschooling* y pluralismo educativo. En: POLO, SABAU, José Ramón, SOUTO GALVAN, Clara. Anuario de derecho a la educación. Madrid, Dykinson, 2012.

271. MELISH, Tara. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Más allá de la progresividad en la aplicación de los derechos. En: LANGFORD, Malcom (ed.) Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C., Siglo del Hombre Editores, 2013.
272. _____. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Quito, Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), 2003.
273. _____. Rethinking the “less as more” thesis: Supranational litigation of economic, social, and cultural rights in the Americas. *International Law and Politics*. 39: 2006.
274. MILIAN I MASSANA, Antoni. Derechos lingüísticos y derecho fundamental a la educación. Un estudio comparado: Italia, Bélgica Suiza, Canadá y España. Madrid, Generalitat de Catalunya, 1994.
275. MOLINA, Carmen. ¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España. *Investigaciones Feministas*. 3: 2013.
276. MORTE GOMEZ, Carmen, SALINAS ALCEGA, Sergio. Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En: EMBID IRUJO, Antonio (ed.). Derechos económicos y sociales. Madrid, Iustel, 2009.
277. MOWBRAY, Alastair. The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights. Oxford, Bloomsbury Publishing, 2004.
278. MUÑOZ, Arnau. Derechos y libertades en la política y en la legislación educativas españolas. Navarra, Eunasa, 2010.
279. MUÑOZ, Vernor. El derecho a la educación: Una mirada comparativa. Argentina, Uruguay, Chile, Finlandia. [en línea] <http://portal.unesco.org/geography/es/files/15017/13230888961Estudio-comparativo-UNESCO-Vernor-Munoz.pdf/Estudio-comparativo-UNESCO-Vernor-Munoz.pdf> [consulta : 10 diciembre 2012]
280. NACIONES UNIDAS. Informe del Relator Especial sobre la Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, U.N. ESCOR, Comisión sobre Derechos Humanos, 43era Sesión, punto 8 en Agenda, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/17 (1991), pág. 18, (I).
281. _____. Report on indicators for monitoring compliance with international human rights instruments. 6 de junio de 2008. HRI/MC/2008/3. párr.
282. NACIONES UNIDAS-MUÑOZ, Vernor. El derecho a la educación de las niñas Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Sr. V. Muñoz Villalobos. 62º período de sesiones. E/CN.4/2006/45. 8 de febrero de 2006.
283. _____. El derecho a la educación en situaciones de emergencia. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz. Octavo período de sesiones. A/HRC/8/10. 20 de mayo de 2008.
284. _____. El derecho a la educación sexual. Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, Sr. V. Muñoz Villalobos. 65º período de sesiones. E/CN.4/2010/45. 23 de julio de 2010.
285. _____. Vernor. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Sr. Vernor Muñoz. Misión a México. 14º período de sesiones. A/HRC/14/25/Add.4. 2 de junio de 2010.
286. _____. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Sr. Vernor Muñoz. Sexagésimo quinto período de sesiones. A/65/162. 23 de julio de 2010.
287. _____. El derecho a la educación de las personas con discapacidades Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz. Cuarto período de sesiones. E/CN.4/2000/6. 19 de febrero de 2007.
288. NACIONES UNIDAS-SINGH, Kishore. Report of the Special Rapporteur on the right to education, Kishore Singh Justiciability of the right to Education. Twenty-third sesión. 10 May 2013. párr. 28.
289. NACIONES UNIDAS-TOMASEVSKI, Katarina. Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Sra. Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos. 13 de enero de 1999. 55º período de sesiones. E/CN.4/1999/49.
290. _____. “Informe provisional de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 1999/25 de la Comisión de Derechos Humanos” 1º de febrero de 2000. 56º período de sesiones. E/CN.4/2000/6.

291. _____. Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2000/9 de la Comisión de Derechos Humanos. 57º período de sesiones. 11 de enero de 2001. E/CN.4/2001/52.
292. _____. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos. 59º período de sesiones. E/CN.4/2003/9. 16 de enero de 2003.
293. _____. Informe presentado por Katarina Tomasevski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación. 60º periodo de sesiones. E/CN.4/2004/45. 25 de enero de 2004.
294. _____. Informe presentado por Katarina Tomasevski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación. 60º periodo de sesiones. E/CN.4/2004/45. 25 de enero de 2004. NACIONES UNIDAS-SINGH, Kishore. Report of the Special Rapporteur on the right to education, Kishore Singh Justiciability of the right to Education. Twenty-third sesión. 10 May 2013.
295. _____. Informe presentado por Katarina Tomasevski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación. Misión a Colombia, 1º a 10 de octubre de 2002. 60º periodo de sesiones. E/CN.4/2004/45. 17 de febrero de 2004.
296. NARANJO, Rafael. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Madrid, Centro de estudios constitucionales, 2000.
297. NASH Claudio. Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. [en línea] <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf> 2012 . [consulta : 12 Noviembre 2013].
298. _____. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago de Chile. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2012.
299. _____. El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: NOGUIERA, Humberto. Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad. Santiago, Librotecnia, 2013.
300. _____. Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales. Estudios Constitucionales. 9 (1):2011.
301. _____. Los derechos fundamentales: ¿La reforma constitucional pendiente? Revista de Derecho Universidad de Concepción. N° 217-218: 2005.
302. _____. Reseña de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Anuario de Derechos Humanos. 2006.
303. NAYA, Luis M, Paulí Dávila (coord.). El derecho a la educación en un mundo globalizado. Actas X Congreso Nacional de educación comparada, San Sebastián, 6-8 de septiembre de 2006.
304. NIETO-NAVIA, Rafael. El valor jurídico de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad. International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional. 18: 2011.
305. NIEUWENHUIS, Aernout. State and Religion, Schools and Scarves, An Analysis of the Margin of Appreciation as Used in the Case of *Leyla Sahin v. Turkey*, Decision of 29 June 2004, Application Number 44774/98. European Constitutional Law Review. 1: 2005.
306. NINO, Carlos. Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?. En: ALEGRE, Marcelo, GARGARELLA Roberto. (Eds.). El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
307. NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Revista Ius et Praxis. 11 (2): 2005.
308. _____. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático latinoamericano. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Santiago, Librotecnia, 2010.
309. _____. Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Derechos sociales fundamentales, Tomo 3. Santiago, CECOCH, 2009.
310. _____. El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno. En: CARBONELL, Miguel (coord.). El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica. Santiago, Librotecnia, 2010.

311. _____. Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso proveniente de la convención americana de derechos humanos. Estudios Constitucionales, 2(1) 2004.
312. _____. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. México, D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
313. _____. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. Estudios Constitucionales, 10 (2): 2012.
314. _____. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. Estudios Constitucionales, 9 (2): 2011.
315. _____. El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el periodo 2006-2013. Revista Chilena de Derecho, 41(29): 2014.
316. NORMAS MÍNIMAS PARA LA EDUCACIÓN EN SITUACIONES DE EMERGENCIA, CRISIS CRÓNICAS Y RECONSTRUCCIÓN TEMPRANA. París, Unesco, 2004.
317. NUEVO LOPÉZ, Pablo. Educación sexual y derechos fundamentales. Contribución a un debate necesario. UNED, Revista de Derecho Público, 80:2011.
318. _____. La Constitución educativa del pluralismo: una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales. La Coruña, Netbiblo, 2009.
319. NUÑEZ DONALD, Constanza. Control de Convencionalidad. Teoría y aplicación en Chile. Santiago de Chile, Librotecnia, 2016.
320. NUSSBAUM, Martha. Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano. Paidós, Barcelona, 2012.
321. _____. El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal. Paidós, Barcelona, 2005.
322. _____. El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley. Buenos Aires, Katz, 2006.
323. _____. La libertad de conciencia. Barcelona, Tusquets Editores, 2009.
324. _____. Women's education: A global challenge. 2003. Signs, 29(2): 2003.
325. O'GORMAN, Roderic. The ECHR. The EU and the Weakness of Social Rights Protection at the European Level. German Law Journal, 12 (10): 2011.
326. ODIHR. Principios orientadores de Toledo sobre la enseñanza acerca de religiones y creencias en las escuelas públicas. <http://www.osce.org/es/odihr/29155?download=true> [consulta: 10 de Julio de 2015].
327. OLANO GARCIA, Hernán. El bloque de constitucionalidad en Colombia. Estudios Constitucionales, 3 (19): 2005.
328. OLARTE-BACARES, Diana Carolina, GONZALEZ-JACOME, Jorgue. La influencia de los pronunciamientos de organismos internacionales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de derechos económicos, sociales y culturales -DESC- International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 12: 2008
329. OLIVA, María Angélica. Política educativa y profundización de la desigualdad en Chile. Estudios Pedagógicos XXXIV (2): 2008.
330. OLIVETTI, Marco. Principio de laicidad y símbolos religiosos en el sistema constitucional italiano: la controversia sobre la exposición del crucifijo en las escuelas públicas. Revista catalana de dret public, 39: 2009.
331. ORTIZ GUTIERREZ, Julio Cesar. La protección de los derechos humanos y fundamentales en la Constitución Política de 1991 y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: NOGUIERA ALCALA, Humberto, (ed.) La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Librotecnia, Santiago de Chile, 2014.
332. ÖZDEN, Melik. El derecho a la educación. Un derecho humano fundamental estipulado por la ONU y reconocido por tratados regionales y por numerosas constituciones nacionales. CETIM. Disponible en línea: <http://www.cetim.ch/es/documents/bro11-educ-es.pdf>. [citado el 2 de febrero de 2014]
333. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (PIDCP). 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor : 23 de marzo de 1976)
334. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC). 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor: 3 de enero de 1976).
335. PASQUALI, Leonardo. ¿El *numerus clausus* en las universidades puede ser contrario a los derechos humanos?. Revista de Derecho Comunitario Europeo, 45: 2013.

336. PASQUALUCCI, Jo M. The Right to a Dignified Life (Vida Digna): The Integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System. *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*. 31: 2008.
337. PASTOR RIDRUEJO, Antonio. La globalización de los derechos humanos. El reto del siglo XXI. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. 2 (2): 2003.
338. _____. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Tecnos, Madrid, 2011.
339. PATARROYO RENGIFO, Santiago; FORERO CASTILLO, Nancy Andrea. La Corte Constitucional frente al derecho a la educación para la población LGBTI. *Vía Juris*. 12: 2012.
340. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Madrid, Trotta, 1997.
341. PEÑA, Carlos. Derecho a la Educación y Libertad de Enseñanza. *Estudios Públicos*, N°143: 2016.
342. PÉREZ ALBERDI, María Reyes. La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Alberdi. *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*. 1: 2011.
343. PEREZ-DIAZ, Víctor, et. al. La familia española ante la educación de sus hijos. *Colección de Estudios Sociales*. 5: 2001.
344. PEREZ MURCIA, Luís Eduardo. ¿Cómo medir el cumplimiento de los derechos sociales? Un modelo de indicadores para monitorear y evaluar el disfrute del derecho a la educación. *En: PEREZ MURCIA, Luís Eduardo. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar. Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá, IDEP, 2007.*
345. PEREZ MURCIA, Luis Eduardo. La exigibilidad del derecho a la educación a partir del diseño y la ejecución de las políticas públicas. *Estudios socio-jurídicos*. 9: 2007.
346. PICA FLORES, Rodrigo. Algunas notas sobre la introducción del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional de Chile. *En: NOGUEIRA, Humberto (coord.). Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor personal y de proporcionalidad. Santiago, Librotecnia, 2013.*
347. PICAZO VERDEJO, María Inés. Las políticas escolares de la concertación durante la transición democrática. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013.
348. PIETRO SANCHIS, Luis. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Revista Derechos y Libertades*. 8: 2000.
349. _____. El constitucionalismo de los derechos. Madrid, Trotta, 2013.
350. _____. Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Madrid, Trotta, 2009.
351. _____. Ley, principios, derechos. Madrid, Dykinson, 1998. p. 102.
352. _____. Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico. Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1992.
353. PINTO, Mónica. Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano. *Revista IIDH*, 40: 2004.
354. PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid, Trotta, 2007.
355. POLO SABAU, José Ramón. La objeción de conciencia a la asignatura de educación para la ciudadanía ante el Tribunal Supremo. *En: POLO SABAU, José Ramón, SOUTO GALVÁN, Clara (eds.) Educación y Libertad, Madrid, Dykinson, 2012.*
356. PRANEVIČIENĖ, Biruté, PURAITĖ, Aurelija. Right to Education in international legal documents. *Jurisprudencia*. 3(121), 2003.
357. PRINCIPIOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS. Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.
358. procedimientos seguidos por los establecimientos educacionales en la adopción de sanciones disciplinarias. Análisis de jurisprudencia". *Revista Chilena de Derecho*, 36 (1): 2009.
359. PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR". 17 de noviembre de 1988. (entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999).
360. PRUNELLA, Sandra. Childre`s Rights in Education. *Prospects*. XXIX (2): 1999. p.186.
361. RABIN, Yoram. The Many Faces of the Right to Education. *En: BARAK-EREZ Daphne, GROSS, Aeyal (eds.) Exploring social rights, between theory and practice. Oxford, Hart Publishing, 2008.*
362. RAMIREZ, Gilberto Alonso. Derecho a la educación, obligaciones del Estado y construcción de ciudadanía. *Estudios en Derecho y Gobierno*. 3 (1): 2010.

363. RAWLS, John. La justicia como equidad. Una reformulación. Barcelona, Paidós, 2012.
364. RECOMENDACIÓN DE LA UNESCO RELATIVA A LA CONDICIÓN DEL PERSONAL DOCENTE. 5 de octubre de 1966.
365. RECOMENDACIÓN DE LA UNESCO RELATIVA A LA CONDICIÓN DEL PERSONAL DOCENTE DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR. 1 de noviembre de 1977.
366. REDONDO, Jesús (ed.) El Derecho a la educación en Chile. Santiago de Chile, Flape, 2007.
367. REDONDO, Jesús. El experimento chileno en educación: ¿Conduce a mayor equidad y calidad en la educación? Última Década. 22: 2005.
368. REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.
369. RELAÑO PASTOR, Eugenia. El pluralismo educativo y la libertad religiosa en el tribunal europeo de derechos humanos: Folgerø y Zengin. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. 22: 2008.
370. REY MARTINEZ, Fernando. ¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?. Revista jurídica de Castilla y León. 27: 2012.
371. _____ La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo. Revista española de derecho constitucional. 28 (84): 2008. p. 266.
372. RIBOTTA, Silvina. Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2010.
373. RIOUX, Marcia, PINTO, Paula. A time for the universal right to education: back to basics. British Journal of sociology of Education. 31 (5): 2010.
374. ROBERT F. KENNEDY MEMORIAL CENTER FOR HUMAN RIGHTS. Right to Education of Afro-descendant and Indigenous Communities in the Americas Report prepared for a thematic hearing before the Inter-American Commission on Human Rights. Marzo, 2008.
375. ROBEYNS, I. Three models of education Rights, capabilities and human capital. Theory and Research in Education. 4(1): 2006.
376. ROBLES, Gregorio. Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual. Madrid, Cuadernos Civitas, 1992.
377. ROCA J. María. Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar. En: REQUERO, José Luís, MARTINEZ, José Luís (eds.) Los derechos fundamentales en la educación. Valladolid, Cuadernos de Derechos Judicial, 2007.
378. RODRIGEZ, GARCÉS, Carlos, CASTILLO RIQUELME, Víctor. Nivel de logro PSU: Lo que devela el puntaje corregido en las Pruebas de Admisión Universitaria en Chile. Propuesta Educativa. 44 (2): 2015.
379. RODRIGUEZ CALERO, Juan Manuel. Principios de derecho y razonamiento jurídico. Madrid, Dykinson, 2004.
380. RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. Algunas reflexiones acerca de los derechos de los padres y las competencias estatales en el ámbito de la educación pública. AFDUAM, 15: 2011.
381. ROMERO, Alfredo, ZARATE, Miguel. Introducción al Derecho Educativo Chileno. Santiago, Legal Publishing, 2013.
382. RONCONI, Liliana. Mucho ruido y pocos... desc. análisis del caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos. 12: 2016.
383. ROSSI, Julieta. ABRAMOVICH, Víctor. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estudios Socio-Jurídicos. 9: 2007.
384. RUANO ESPINA. Lourdes. El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones, en el marco de la LOLR. Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado. 19:2009.
385. RUIZ-CHIROBOGA, Oswaldo. The American Convention and the Protocol of San Salvador: two intertwined treaties non-enforceability of economic, social and cultural rights in the inter-american system. Neherlands Qaterly of Human Rigts. 31 (2): 2013.
386. RUIZ-TAGLE, Pablo, CORREA SUTIL, Sofía. El derecho a una educación de calidad. Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile. Santiago, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2007.

387. RUIZ-TAGLE, Pablo. Apuntes para la reforma educacional. En: BELLEI, Cristián, CONTRERAS, Daniel, VALENZUELA, Juan Pablo, (eds.), *Ecos de la revolución pingüina*. Santiago, UNICEF, 2010.
388. _____. Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales. En: BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (ed.) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago de Chile, Lexis Nexism 2006.
389. SAFORCADA Fernanda, VASSILIADES, Alejandro. Las leyes de educación en los comienzos del siglo xxi: del neoliberalismo al postconsenso de Washington en América del Sur. Educación Social. 32 (115): 2011.
390. SALAZAR PIZARRO, Sebastián. RUIZ, Carlos. Notas sobre la idea de un derecho a la educación: desde la filosofía política al Chile actual. *Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile*. Santiago, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos 2012.
391. SALGADO MUÑOZ, Constanza El derecho a la educación. En: BASSA MERCADO, Jaime, FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, VIERA ALVAREZ, Christian. *La Constitución chilena*. Santiago de Chile, LOM, 2015.
392. SANCHEZ MORON, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos, Madrid, 2009.
393. SANCHEZ GARGALLO, Miguel Ángel, DE ESTEBAN VILLAR, Mercedes. *Educación y de democracia*. Madrid, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, 2004.
394. SANTA CRUZ GRAU, Eduardo. Sobre la LOCE y el escenario actual. Docencia, 29 (XI): 2006. p. 120.
395. SANTIAGO, Carmen, MAYA, Ostalinda. Segregación escolar del alumnado gitano en España. En línea. <http://www.educatolerancia.com/pdf/SEGREGACION%20ESCOLAR%20DEL%20ALUMNADO%20GITANO%20EN%20ESPANA.pdf> [consulta: 5 de febrero de 2015].
396. SANCHEZ FERRIZ, Remedios, JIMENA QUESNADA, Luis. *La enseñanza de los derechos humanos*. Barcelona, Ariel, 1995.
397. SEN Amartya. *Development as Freedom*. New York, Oxford University Press, 1990.
398. _____. *Inequality reexamined*. New York, Harvard University Press, 1992.
399. SCHINKEL. Anders. On the justification of compulsory schooling. *Philosophy of Education Society of Great Britain. Annual Conference New College, Oxford*. 30 March –1 April 2012.
400. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editoria, 1996.
401. SHOUTEN, Gina. Fair Educational Opportunity and the Distribution of Natural Ability: Toward a Prioritarian Principle of Educational Justice. *Journal of Philosophy of Education*, 46 (3), 2012.
402. SHUE, Henry. *Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*. Princeton University Press, New Jersey, 1996.
403. SIERRA SOROCKINAS. David. GÓMEZ CABANA, María Claudia. Ideas básicas del concepto: derechos subjetivos, derechos fundamentales y derechos sociales, en el constitucionalismo colombiano. Estudios de Derecho, 152 (68): 2011.
404. SNOOK, I. LANHSHEAR, C. *Education and Rights*. Melbourne, Melbourne University Press, 1979.
405. SOLAR CANYON, José Ignacio. Lautsi contra Italia: sobre la libertad religiosa y los deberes de neutralidad e imparcialidad del Estado. Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho (CEFD). 23: 2011.
406. SOLEDAD CISTERNAS, María. Derecho a la Educación: Marco Jurídico y Justiciabilidad. Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva. 4 (2): 2010.
407. STEFONI, Carolina, *et. al.* El derecho a la educación de los niños y niñas migrantes en Chile. *Cuaderno Deusto de Derechos Humanos N° 48*, Bilbao, 2010.
408. STEINER, Henry J. *et al.* *International Human Rights in Context*. New York, Oxford University Press, 2007.
409. SUAREZ, Christian. Los derechos económicos y sociales en la Constitución Chilena y los límites de la jurisprudencia. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (ed.) *Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Doctrina y Jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú*. Santiago, Librotecnia, 2010.
410. SUNSTEIN, Cass. *The Second Bill of Rights*. New York, Basic Books, 2004.
411. TARDIO PATO, José Antonio. *Los principios generales del derecho*. Barcelona, Bosh, 2011.
412. TARUFFO, Michelle. La motivación de la sentencia civil. Madrid, Trotta, 2011. p. 206.
413. TERZI, Lorella. 2005. Equality, Capability and Justice in Education. En: 5th International Conference on the Capability Approach: Septiembre 2005.
414. TIRAMONTI, Guillermina, ZIEGLER, Sandra. *La educación de las elites, Aspiraciones, estrategias, oportunidades*, Buenos Aires: Paidós, Buenos Aires, 2008.

415. TOMASEVKI, Katarina. Has the Right to Education A Future Within the United Nations? A Behind-the-Scenes Account by the Special Rapporteur on the Right to Education 1998-2004. Human Rights Law Review, 5 (2): 2005.
416. TOMASEVKI, Katarina. Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable. Disponible en línea: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Argentina/lpp/20100426090811/11.pdf> (citado el 2 de febrero de 2014]
417. TOMASEVKI, Katarina. Indicadores del Derecho a la Educación. INDH, 40: 2004.
418. _____. Manual on rights-based education. Bangkok, UNESCO, 2004.
419. _____. Contenido y vigencia del derecho a la educación. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 2003.
420. TORRES INSTITUO, Rosa María. 12 Tesis para el cambio educativo, Justicia educativa y Justicia Económica. Madrid, Tecnos, 1997.
421. UNESCO. Educación de calidad para todos, un asunto de derechos humanos. Documento de discusión sobre políticas educativas en el marco de la II Reunión Intergubernamental del Proyecto Regional de Educación para América Latina y el Caribe (EPT/PRELAC). Santiago de Chile, 2007.
422. _____. Situación Educativa de América Latina y el Caribe: garantizando la Educación de Calidad para Todos. Informe Regional de Revisión y Evaluación del Progreso de América Latina y el Caribe hacia la Educación para Todos en el marco del Proyecto Regional de Educación (EPT/PRELAC) Santiago de Chile, 2007. p. 21.
423. UNESCO-UNICEF. Un enfoque de la educación basado en los derechos humanos. Nueva York, UNESCO, 2008.
424. UNICEF. La alimentación escolar como un servicio a la niñez. Paris, UNICEF, 1985.
425. UNICEF-COSTA RICA. El Derecho a la Educación y a los Reglamentos. San José de Costa Rica, UNICEF, 1990.
426. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe Anual sobre derechos humanos en Chile, 2015. Santiago de Chile, Ediciones UDP, 2015.
427. _____. Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile, 2008. El derecho a la educación de las personas con discapacidad. Santiago de Chile, Ediciones UDP, 2008.
428. UNTERHALTER, E. Gender, Schooling and Global Social Justice. London, Routledge, 2007. p. 75.
429. UPRIMNY YEPES, Rodrigo, RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar. Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria En: PEREZ MURCIA, Luis Eduardo. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar. Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá, IDEP, 2007.
430. USEN VICENCIO, Alejandro. Derechos sociales: Teoría y praxis. Nomos. 3: 2009. p. 214.
431. VALENCIA CANDALIJA Rafael. El debate en el sistema educativo español: la implantación de Educación para la Ciudadanía. Revista de Derecho (Valdivia) XXIII (2) : 2010.
432. VALERO HEREDIA, Ana. La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
433. VARGAS, Juan Enrique, PEÑA, Carlos, CORREA, Jorge. El Rol del Estado y del Mercado en la Justicia. Cuadernos de análisis jurídico. 42: 2001.
434. VASQUEZ, Luís Daniel, SERRANO, Sandra. Los principio de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica. En: CARBONELL, Miguel. SALAZAR, Pedro. La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma. México, UNAM, III, Porrúa, 2012.
435. VEGA GUTIÉRREZ. Ana María. La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Cuadernos de derecho judicial. 11: 2007.
436. VENTURA ROBLES, Manuel. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Revista IIDH. 40: 2004.
437. VERMEULEN, Ben. The right to Education (Article 2 of Protocol N° 1). En: VAN DIJK, Pieter, VAN HOOFF, Fried, VAN RIJN, Arjen, ZAAK, Leo. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. Oxford, Absentia, 2006.
438. VILLAVICENCIO, Luis. La libertad religiosa y la infancia en el sistema español. Una aproximación teoría y positiva. Justicia y Derechos del Niño. 11:2009.

439. VIVANCO COMES, Mariano. Educación afectivo sexual y reproductiva, reapertura de un conflicto jurídico-constitucional. En: POLO, SABAU, José Ramón, SOUTO GALVAN, Clara. Anuario de derecho a la educación. Madrid, Dykinson, 2012.
440. _____. Derecho a la educación y libertad de enseñanza: un aparente conflicto y sus efectos sobre una proposición normativa en Chile. *Temas de la Agenda Pública.* 8(2): 2007.
441. VOLIO, Fernando. The child's right to education: a survey. En: MIALARET. Gaston. The child's rights to education. Paris, UNESCO, 1979.
442. VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador. Derecho del Estado. 34: 2015.
443. WALDSTEIN, Wolfgang. Democracia y tolerancia totalitaria. Un aporte para determinar el derecho de los padres conforme con el artículo 2 del Protocolo Adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos frente a la educación sexual en las escuelas en una sociedad democrática pluralista. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XXI: 2000.
444. WALTENBER, Fabio. What is justice in education? Sketch of answer base on theories of justice and economics. Le Cahiers de recherché en education et formation. 34: 2004.
445. WALZER, Michael, Las esferas de la justicia, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2011.
446. WATSON, Luke, SIMMONS, Philippa. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: respuestas creativas en un territorio desconocido. En: LANGFORD, Malcom (ed.) Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá D.C., Siglo del Hombre Editores, 2013.
447. WORKING GROUP TO EXAMINE THE NATIONAL REPORTS ENVISIONED IN THE PROTOCOL OF SAN SALVADOR. Progress indicators for measuring rights under the Protocol of San Salvador. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.D. 2010.
448. YOUNG, Katharine. The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content. The Yale Journal of International Law. 33: 2008.
449. ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid, Trotta, 2011.
450. ZARATE, Miguel. ROMERO, Alfredo. Introducción Al Derecho Educacional Chileno. Santiago, LegalPublishing, 2013.
451. ZUÑIGA, Alejandra. Más allá de la caridad. De los derechos negativos a los deberes positivos generales. Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,33: 2009.
452. _____. Las teorías de la justicia detrás de nuestra Constitución. El caso de los derechos sociales. En: AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo (Ed.). Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno. Santiago, Librotecnia, 2012
453. ZUÑIGA, Yanira. El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. Ius et Praxis. 16: 2010.
454. _____. Sentencia sobre el derecho a la libertad religiosa (Corte Europea de Derechos Humanos. Comité de Derechos humanos del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Revista de Derecho (Valdivia). 18 (1): 2005.
455. ZWEIGERT, Konrad, KOTZ, Hein. Introducción al derecho comparado. México, Oxford, 2011.

2.- Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos

456. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Campbell y Cosans”. 25 de febrero 1982.
457. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica”. 23 de junio de 1968.
458. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Catan y otros contra Moldavia y Rusia”. 19 de octubre de 2012.
459. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Chipre contra Turquía”, 10 de mayo de 2001.
460. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Dahlab contra Suiza”. 15 de febrero de 2001.
461. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Efstratiou contra Grecia”. 18 de diciembre de 1996.

462. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Folgero y Otros contra Noruega”. 29 de junio de 2007.
463. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Hasan y Eylem Zengin contra Turquía”. 9 de octubre de 2007.
464. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Jiménez Alonso y Merino y Jiménez Merino contra España”. 19 de enero de 2001.
465. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen”, 7 de diciembre de 1976.
466. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Konrad de Fritz y otros contra Alemania”, 11 de septiembre de 2006.
467. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Lautsi contra Italia”. 3 de noviembre de 2009.
468. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Lautsi contra Italia”. 18 de marzo de 2011.
469. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Sentencia “Valsamis contra Grecia”. 18 de diciembre de 1996
470. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Aktas contra Francia”. 30 de junio de 2008.
471. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Coster contra el Reino Unido. 18 de Enero de 2001.
472. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “D.H. y otros contra República Checa”. 7 de febrero de 2006. párr. 175.
473. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Horvath y Kiss contra Hungría”. 29 de enero de 2013.
474. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Irfan Temel y otros contra Turquía”. 3 de Junio de 2009.
475. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Kervanci contra Francia”. 4 de diciembre de 2008.
476. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Leyla Şahin contra Turquía”. 10 de noviembre de 2005.
477. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Mursel Eren contra Turquía”. 3 de julio de 2006.
478. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Olsson contra Suecia”. 24 de Marzo de 1988.
479. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Orsus contra Croacia”, 16 de marzo de 2010.
480. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Pononyay contra Bulgaria”, 28 de noviembre de 2011.
481. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Ranjit Singh contra Francia”. 30 de junio de 2009.
482. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Sampanis y otros contra Grecia, 5 de junio de 2008.
483. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Skender contra República de Macedonia. 22 de Noviembre de 2001.
484. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Tarantino y otros contra Italia”. 9 de septiembre de 2013.
485. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Timishev contra Rusia”. 13 de diciembre de 2005.
486. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Silaidin contra Francia”. 26 de octubre de 2005.

3.- Sentencias Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- 487. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. Sentencia “Bidar contra Ministro de Educación y Formación Profesional”. 15 de marzo de 2005, asunto C-209/03.
- 488. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. Sentencia “Blaziot contra la Universidad de Lieja”. 2 de febrero de 1988, asunto 24/86.
- 489. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. Sentencia “Carmina di Leo contra Land Berlin. 13 de noviembre de 1990, asunto C-308/89.
- 490. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. Sentencia “Gravier contra Ciudad de Lieja). 13 de febrero de 1985, asunto 293/8.
- 491. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. Sentencia “Grzelczyk contra Centre public d'aide sociale de Ottignies-Louvain-la-Neuve”. 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99.

4.- Sentencias Comité Europeo de Derechos Sociales

- 492. COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. Decisión de fondo en el caso “Autismo-Europa contra Francia”. 4 de noviembre de 2003, reclamación nº 13/2002.
- 493. COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. Decisión de fondo en “Centre for the Legal Protection of Human Rights INTERIGHTS contra Croacia”. 9 de abril de 2009.

5.- Decisiones Comisión Europea de Derechos Humanos

- 494. Decisión de la Comisión en el caso Graeme contra Reino Unido, 13887/88, 5 de febrero de 1990.
- 495. Decisión de la Comisión en el caso Simpson contra Reino Unido, 14688/89, 4 de Diciembre de 1989.
- 496. Decisión de la Comisión en el caso Whitman contra Reino Unido, 13477/87, 4 de octubre de 1989.
- 497. Decisión de la Comisión, 19844/92, en el caso Renata Leuffen contra Alemania, 9 de Julio de 1992.

6.- Sentencias Corte Interamericana de Derechos Humanos

- 498. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Instituto de Reeducción del Menor” contra. Paraguay (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 2 de septiembre de 2004.
- 499. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia “Masacre de Mampiripán” contra Colombia. 15 de septiembre de 2005.
- 500. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Acevedo Buendía y Otros contra Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) 1 de julio 2009.
- 501. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Atala Riffo y Niñas contra Chile. (Fondo, Reparaciones y Costas). 4 de febrero de 2012.
- 502. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Cinco Pensionistas contra Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas)). 28 de febrero 2003.
- 503. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Claude Reyes y otros contra Chile. (Fondo, Reparaciones y Costas). 19 de septiembre de 2006. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez.
- 504. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay. 24 de agosto de 2010.
- 505. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Comunidad Indígena Sawhoyamaya contra Paraguay. 29 de marzo de 2006.

506. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia González Lluy y otros contra Ecuador. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 1 de septiembre de 2015.
507. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Loayza Tamayo Vs. Perú (reparaciones y costas). 27 de noviembre de 1998.
508. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana. 8 de septiembre de 2005.
509. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala. 19 de noviembre de 1999.
510. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Velásquez Rodríguez contra Honduras. (Fondo) 29 de julio 1988.
511. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Vélez Looor contra Panamá. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) 23 de noviembre 2010.
512. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Paniagua Morales y Otros. 8 de marzo de 1998.
513. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Vargas Areco contra Paraguay. 26 de septiembre de 2006.

7.- Sentencias Corte Constitucional de Colombia

514. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-191 de 1998.
515. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-225 de 1995.
516. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-252 de 1995.
517. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-376 de 2010.
518. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-559 de 1997.
519. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 227 de 2003.
520. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-064 de 1993.
521. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1102 de 2000.
522. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-193 de 2013.
523. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-25 de 2004.
524. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-298 de 1994.
525. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-441 de 1997.
526. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-450 de 1992.
527. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-452 de 1997.
528. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-467 de 1994.
529. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-515 de 1996.
530. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-550 de 2005.
531. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-743 de 2013.
532. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-944 de 2000.

8.- Sentencias Tribunal Constitucional de Chile, Corte Suprema y Cortes de Apelaciones

533. CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. Rol N° 19-2010, 27 de enero de 2012.
534. CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. Rol N° 10-2008, de 25 de noviembre de 2008.
535. CORTE DE APELACIONES DE ARICA. Rol N° 209-2006, 16 de mayo de 2006.
536. CORTE DE APELACIONES DE ARICA. Rol N° 217-2011, 19 de julio de 2011
537. CORTE DE APELACIONES DE ARICA. Rol N° 492-2011, de 9 de enero de 2012.
538. CORTE DE APELACIONES DE CHILLAN. Rol N° 215-2009, de 4 de mayo de 2009
539. CORTE DE APELACIONES DE CHILLAN. Rol N° 258-2008, de 23 de febrero de 2009
540. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION. Rol N° 26-2010, de 8 de julio de 2010.

541. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION. Rol N° 539-2009, de 14 de enero de 2010.
542. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. Rol N° 1009-2014, de 24 de octubre de 2014.
543. CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE. Rol N° 718-2008, de 16 de diciembre de 2008.
544. CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, Rol N° 21.633, 24 de diciembre de 1997.
545. CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA. Rol N° 592-2012, de 10 de agosto de 2012
546. CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT. Rol N° 10-2008, de 31 de enero de 2008.
547. CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT. Rol N° 156-2010, 20 de julio de 2010
548. CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT. Rol N° 326-2011, de 23 de enero de 2012
549. CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT. Rol N° 340-2011, de 28 de enero de 2011
550. CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT. Rol N° 343-2011, de 31 de enero de 2012.
551. CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT. Rol N° 69-2011, de 19 de mayo de 2011
552. CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA. Rol N° 76-2007.
553. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Rol N° 187-2011, de 30 de septiembre de 2011
554. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Rol N° 322-2011, de 27 de diciembre de 2011
555. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Rol N° 429-2005, de 15 de mayo de 2008
556. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Rol N° 63-2011, de 31 de agosto de 2011
557. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Rol N° 8531-2001.
558. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 8372-2005, 3 de febrero de 2006.
559. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 1264-2008, 24 de junio de 2008.
560. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 134.608, 2 de diciembre de 2013.
561. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 15.875-2011, 4 de enero de 2012
562. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 1595-2008.
563. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 1785-2016, de 10 de junio de 2016.
564. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 18.886-2011, de 30 de diciembre de 2011
565. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 18.900-2011, de 29 de diciembre de 2011
566. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 21.770-2011, de 13 de enero de 2012
567. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 3278-2009, de 26 de mayo de 2009
568. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 3380-2012, de 3 de abril de 2012.
569. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 3620-2008
570. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 4623-2006, de 10 de noviembre de 2006.
571. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 5589-2006, 19 de enero de 2007.
572. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 5589-2006, 19 de enero de 2007.
573. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 5717-2006, 12 de diciembre de 2006
574. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 6.469-2006, 1 de marzo de 2007.
575. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 602-2008, de 10 de julio de 2008.
576. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 6107-2005, de 30 de noviembre de 2005
577. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 6279-2005, de 30 de diciembre de 2005
578. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 6787-2006
579. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 6828-2006, de 19 de enero de 2006
580. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 7012-2006, de 15 de marzo de 2007
581. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 2.955-2007, 22 de agosto de 2007.
582. CORTE DE APELACIONES DE TALCA. Rol N° 1356-2006, 25 de octubre de 2006
583. CORTE DE APELACIONES DE TALCA. Rol N° 1356-2006, 25 de octubre de 2006
584. CORTE DE APELACIONES DE TALCA. Rol N° 1771-2009, de 28 de diciembre de 2009
585. CORTE DE APELACIONES DE TALCA. Rol N° 205-2006, de 11 de mayo de 2006.
586. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 112-1988.
587. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 1296-2006, de 26 de diciembre de 2006.
588. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 1497-2004, 1 de abril de 2005.
589. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 2012-2006, de 13 de febrero de 2007.
590. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 2473-2005.
591. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 320-2010, de 4 de mayo de 2010.
592. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 408-2011, 23 de abril de 2012
593. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 442-2011, de 4 de mayo de 2012
594. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 4517-2011, de 9 de mayo de 2011

595. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 805-2011.
596. CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, Rol N° 1130-2005, de 12 de enero de 2006
597. CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO. Rol N° 2838 de 25 de marzo de 2015.
598. CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO. Rol N° 693-2007, de 30 de abril de 2008.
599. CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO. Rol N° 839-2011, de 9 de enero de 2012
600. CORTE SUPREMA. Rol 894-2003, 8 de abril de 2001.
601. CORTE SUPREMA. Rol N° 1030-2012, de 9 de marzo de 2012.
602. CORTE SUPREMA. Rol N° 11.626-2011, de 26 de julio de 2012.
603. CORTE SUPREMA. Rol N° 1190-2008, de 26 de mayo de 2008.
604. CORTE SUPREMA. Rol N° 1772-2012, de 27 de febrero de 2012.
605. CORTE SUPREMA. Rol N° 1782-2012, de 20 de marzo de 2012.
606. CORTE SUPREMA. Rol N° 2328-2013, de 22 de mayo de 2013.
607. CORTE SUPREMA. Rol N° 3.044-2008, 6 de agosto de 2008.
608. CORTE SUPREMA. Rol N° 3019-2013, de 27 de junio de 2013.
609. CORTE SUPREMA. Rol N° 3179-2012, de 14 de agosto de 2012.
610. CORTE SUPREMA. Rol N° 3354-2006, de 25 de septiembre de 2006.
611. CORTE SUPREMA. Rol N° 37-2007, de 30 de enero de 2007.
612. CORTE SUPREMA. Rol N° 3751-2013, 29 de julio de 2013.
613. CORTE SUPREMA. Rol N° 4810-2013, de 19 de octubre de 2013.
614. CORTE SUPREMA. Rol N° 4857-2007, de 31 de octubre de 2007.
615. CORTE SUPREMA. Rol N° 4877-2008, de 4 de diciembre de 2008.
616. CORTE SUPREMA. Rol N° 5482-2010, 31 de agosto de 2010.
617. CORTE SUPREMA. Rol N° 7016-2011, 5 de octubre de 2011.
618. CORTE SUPREMA. Rol N° 7160-2009, de 10 de diciembre de 2009.
619. CORTE SUPREMA. Rol N° 7353-2008, de 15 de enero de 2009.
620. CORTE SUPREMA. Rol N° 936-12, 20 de marzo de 2012
621. CORTE SUPREMA. Rol N° 936-12, 20 de marzo de 2012.
622. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 1361, de 13 mayo de 2009.
623. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 1363, de 28 de julio de 2009.
624. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 1615, de 20 de enero de 2011.
625. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 1892, de 17 de noviembre de 2011.
626. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2.787 de 1 de abril de 2015.
627. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2731 de 26 de noviembre de 2014.
628. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2781, de 19 de mayo de 2015.
629. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2935, de 21 de diciembre de 2015.
630. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2978, de 16 de marzo de 2016.
631. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol n° 410, 14 de junio de 2004.
632. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 423, de 7 de octubre de 2004.
633. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 1.218 de 7 de julio de 2009.
634. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2.787 de 1 de abril de 2015.
635. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 1572-2009. 30 de noviembre de 2010.
636. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2.787-2015. 1 de abril de 2015.
637. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 4972-2007. 26 de junio de 2008.