

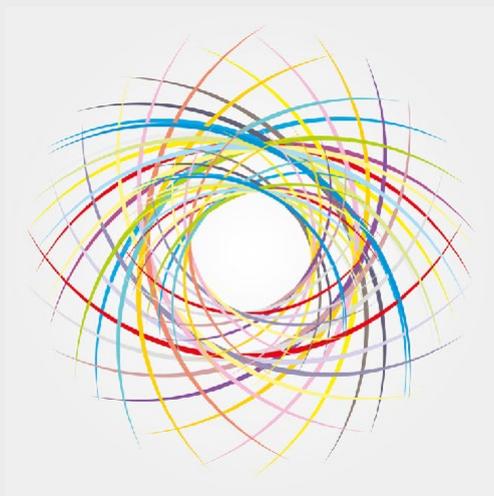
COLEÇÃO IMAGENS DA JUSTIÇA - VOL. 2

**PESQUISA E PRÁTICAS INOVADORAS
NO ENSINO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO**

**Thais Luzia Colaço
Coordenadora da coleção**

Conhecimento, iconografia e ensino do direito

**Maria Francisca Elgueta Rosas
Eric Palma Gonzalez
Isabella Cristina Lunelli
(Organizadores)**



COLEÇÃO IMAGENS DA JUSTIÇA

Debates acerca do ensino jurídico têm sido recorrentes em múltiplos espaços no contexto brasileiro. Observa-se, igualmente, que ele também é alvo de análises críticas em muitos países, geralmente pelo seu limitado alcance para contribuir para a solução dos múltiplos e complexos problemas sociais, pela necessidade de incrementar análises sobre a justiça nas sociedades contemporâneas, e, conseqüentemente, pela urgência em repensar a formação dos profissionais do campo do Direito.

Consideramos que a eficácia do Direito não depende somente do sistema jurídico, mas também de sua realização como conhecimento válido na sociedade. Assim, entre outros, depende de sua transmissão, estando em jogo a possibilidade de participação na construção dinâmica do Direito, em sua reprodução e em sua mudança. Entendemos que imagens construídas sobre a justiça em diversos espaços não somente nas salas de aula de Cursos de Direito podem ser importantes estratégias na formação e democratização do próprio Direito e de seu ensino. Cabe-nos, dessa forma, buscar compreender essa dimensão imagética e discursiva do Direito, identificar e analisar práticas pedagógicas inovadoras relacionadas com este tema e traduzi-las em métodos e técnicas da Pedagogia Jurídica.

Dessa forma, na presente coleção “Imagens da Justiça”, procura-se desenvolver debates teóricos e práticos que conectem imagens da justiça com o ensino do Direito, seja ele realizado tanto no interior das academias quanto na democratização do conhecimento jurídico à comunidade em geral, por meio de pinturas, desenhos, documentários, cinema, músicas e literatura, dentre outras possibilidades. Tais estratégias, organizadas e apresentadas nestes livros, permitem ultrapassar o ensino jurídico acadêmico tradicional, cujas características principais são o formalismo, o legalismo, o distanciamento entre teoria e prática e a centralidade da figura do professor, e traçar outros modos de vivenciar a experiência educativa e formadora tanto de futuros profissionais do Direito quanto do conhecimento de direitos básicos pelos cidadãos.

Thais Luzia Colaço
Coordenadora da coleção

**COLEÇÃO IMAGENS DA JUSTIÇA – VOL. 2
PESQUISA E PRÁTICAS INOVADORAS
NO ENSINO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO**

**Conhecimento,
iconografia
e ensino do direito**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

Reitora

Roselane Neckel

Vice-reitora

Lúcia Helena Pacheco

Pró-Reitor de Pesquisa

Jamil Assreuy Filho

CASA LEIRIA

Rua do Parque, 470

93020-270 São Leopoldo-RS Brasil

Telef.: (51)3589-5151

casaleiria@casaleiria.com.br

COLEÇÃO IMAGENS DA JUSTIÇA - VOL. 2
PESQUISA E PRÁTICAS INOVADORAS
NO ENSINO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO
Thais Luzia Colaço
Coordenadora da coleção

Conhecimento, iconografia e ensino do direito

Maria Francisca Elgueta Rosas
Eric Palma Gonzalez
Isabella Cristina Lunelli
(Organizadores)



CASA LEIRIA
São Leopoldo-RS
2016

**COLEÇÃO IMAGENS DA JUSTIÇA PESQUISA E PRÁTICAS
INOVADORAS NO ENSINO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO**

Coordenadora: Thais Luzia Colaço

Volume 2: Conhecimento, iconografia e ensino do direito

Editoração: Casa Leiria.

Revisado pelos autores

Os textos e as imagens são de responsabilidade de seus autores.

Ficha Catalográfica

C751 Conhecimento, iconografia e ensino do direito./
Organização de Maria Francisca Elgueta Rosas, Eric
Palma Gonzales, Isabella Cristina Lunelli; coord. de
coleção Thais Luzia Colaço. – São Leopoldo: Casa Leiria,
2016.

1 CD ROM. (Coleção Imagens da Justiça, v.2.
Pesquisa e práticas inovadoras no ensino jurídico
contemporâneo.)

ISBN 978-85-61598-96-9

ISBN da Coleção 978-85-61598-94-5

1. Direito – Estudo e ensino. 2. Ensino jurídico –
Pesquisa e prática. 3. Educação jurídica. I. Rosas, Maria
Francisca Elgueta (Org.). II. Gonzales, Eric Palma (Org.).
III. Lunelli, Isabella Cristina (Org.). IV. Colaço, Thais
Luzia (Coord.). V. Série.

CDU 34:37

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecária: Carla Inês Costa dos Santos – CRB 10/973)

Todos os direitos reservados.

A reprodução, ainda que parcial, por qualquer meio, das páginas que compõem este livro, para uso não individual, mesmo para fins didáticos, sem autorização escrita do editor, é ilícita e constitui uma contrafação danosa à cultura. Foi feito o depósito legal.

SUMÁRIO

Introdução: a produção de “outros” conhecimentos com o uso da iconografia para a transformação do ensino do direito <i>Isabella Cristina Lunelli, Maria Francisca Elgueta Rosas e Eric Palma González</i>	9
Ensino jurídico e feminismo: uma necessária aproximação <i>Alexandre Torres Petry</i>	19
O casamento e a mulher na iconografia desenhada de O Cruzeiro (1946-1948): uma contribuição para a compreensão da construção imagética da mulher conforme a moral e o direito <i>Lizandro Mello e Karine Aparecida Lopatko</i>	47
Sexualidade, gênero e direitos humanos: o cotidiano de crianças e jovens transgêneros nas escolas e na universidade <i>Leonardo Canez Leite, Renato Duro Dias e Taiane da Cruz Rolim</i>	67
Gênero e imagem: reprodução do estereótipo donzelesco a partir da personagem Sansa Stark, da série Guerra dos Tronos <i>Amanda Muniz Oliveira e Rodolpho A. S. M. Bastos</i>	89
O papel do ensino do direito na superação da hegemonia cultural <i>Adriana Biller Aparicio</i>	109
Criminologia no ensino jurídico: um possível passo rumo ao horizonte de um modelo alternativo de enfrentamento da “questão criminal” <i>Helena Schiessl Cardoso</i>	125
Imagens da (in)justiça praticada contra os índios do Brasil: passado e presente <i>Thais Luzia Colaço</i>	151

Imagens do direito indigenista: uma análise jurídica da cartografia colonial do século XVI sobre os povos indígenas <i>Isabella Cristina Lunelli e Thais Luzia Colaço</i>	171
Imagens, estudos decoloniais e estudos foucaultianos: contribuições para o ensino do direito <i>Ana Clara Correa Henning, Renata Lobato Schlee e Paula Correa Henning</i>	195
“Eu não sou besta pra tirar onda de herói”: representação do direito no clip Cowboy Fora da Lei, de Raul Seixas, a partir da teoria da audiovisual <i>Amanda Muniz Oliveira e Horácio Wanderlei Rodrigues</i>	209
Direito e cinema: as telas como antecipadoras do direito ao cuidado <i>Josiane Rose Petry Veronese e Geralda Magella de Faria Rossetto</i>	235
Por uma pedagogia jurídica sensorial: rap, imagens da justiça e ensino do direito <i>Mari Cristina de Freitas Fagundes, Ana Clara Correa Henning e Taiane da Cruz Rolim</i>	257
O pluralismo jurídico em Bezerra da Silva <i>Efendy Emiliano Maldonado Bravo</i>	279
Ensino jurídico: refletindo sobre a aproximação do referencial vygotkskyano à metodologia do uso de imagens <i>Rita de Araujo Neves</i>	299
Uma narrativa quilombola como imagem jurídica de um patrimônio brasileiro <i>Jefferson Crescencio Neri</i>	323
Sociedade em rede: o direito de acesso à informação através (por meio) da internet para os povos e comunidades tradicionais como instrumento de educação ambiental <i>Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Abel Gabriel Gonçalves Junior e Bianca Pazzini</i>	345
De la negacion del derecho a la concepcion del derecho a la educacion como pluriderecho: una concepcion garantista	

DE LA NEGACION DEL DERECHO A LA CONCEPCION DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO PLURIDERECHO: UNA CONCEPCION GARANTISTA

Eric Eduardo Palma González¹

PALABRAS CLAVES: Derecho a la educación; protección judicial del derecho a la educación; protección del derecho a la educación en la constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

Me he propuesto en este trabajo las siguientes tareas: 1. Demostrar que la concepción del derecho a la educación como pluriderecho (visión multifacética) facilita su protección; 2. Demostrar que no existen razones de técnica legislativa que imposibiliten la protección del derecho a la educación; 3. Sostener que la paupérrima regulación constitucional del derecho en Chile obedece a la concepción económica neoliberal que inspiró la regulación del catálogo de derechos en la Carta Otorgada de 1980, y no a la imposibilidad jurídica de generar mecanismos de pro-

¹ Abogado. Diplomado en Gestión Universitaria. Diplomado en Pedagogía Universitaria. Magíster en Historia. Doctor en Derecho. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, profesor titular (catedrático). Investigador asociado a la Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

Agradezco a mi ayudante el abogado José Faúndez por su colaboración en este trabajo en lo relativo a la jurisprudencia nacional.

tección para estos derechos; 4. Mostrar que aun cuando los operadores del Derecho en Chile no manejan la visión multifacética del Derecho, han sido capaces de crear mecanismos indirectos de protección de distintos aspectos del mismo, amagados por decisiones de particulares o de órganos públicos, en una suerte de camuflaje protector: se ha recurrido a la defensa de un derecho dotado de protección constitucional para obtener como efecto secundario la protección de un aspecto del derecho a la educación.

Me concentraré por lo tanto en las siguientes preguntas:

1. ¿Qué aspectos del derecho a la educación son susceptibles de proteger por vía judicial?
2. ¿Qué fórmulas de protección existen en el Derecho Constitucional comparado? Cabría agregar también ¿qué mecanismos existen en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

Paso a explicarme.

1 LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DE LA EDUCACIÓN COMO PLURIDERECHO Y SU PROTECCIÓN POR VÍA JUDICIAL: APOYANDO LA FUNDAMENTACION DEL CAMUFLAJE PROTECTOR DE LOS OPERADORES

1.1 DE LA NEGACIÓN DEL DERECHO A LA CONCEPCIÓN DEL PLURIDERECHO A LA EDUCACIÓN

Desde hace muchos, y para impedir la adecuada defensa de los derechos sociales económicos y culturales (en adelante desc), la doctrina constitucional chilena ha atribuido valor normativo a los derechos civiles y políticos (lo que implica tratarlos como derechos propiamente tales) y aborda los derechos sociales como meras declaraciones dotadas a lo más de valor simbólico

o político, pero con poca virtualidad jurídica (ABRAMOVICH; COURTIS, 2005).

Para impedir la eficacia de los desc. la doctrina constitucional formuló la distinción:

Entre obligaciones negativas y positivas: de acuerdo a esta línea de argumentación, los derechos civiles se caracterizarían por establecer obligaciones negativas para el Estado –de abstención-... mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo -... dar prestaciones- [...]. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2005).

Se dice que el Poder Judicial puede proporcionar defensa jurídica a los primeros anulando los actos del Estado que violan el deber de abstención; en cambio, como la satisfacción de los desc requiere de una disposición de fondos por el Estado, no podría imponer obligaciones al Estado de dar o hacer.

De un tiempo a esta parte, fines de 1980 y principios de la década de 1990, la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos viene demostrando que tal argumentación carece de asidero. Baste reparar, han dicho los autores que promueven los desc., que la vigencia de los derechos civiles y políticos implica también un actuar del Estado recurriendo a disposición de fondos, como en una elección. Por otra parte, hay casos de derechos sociales en que el Estado debe abstenerse de actuar, por ejemplo, tratándose del ejercicio de un derecho como la huelga o la negociación colectiva.

Hoy impera una visión que considera el carácter interdependiente de los derechos. En virtud a ella no se entiende que se pueda alcanzar un nivel adecuado de satisfacción de los derechos civiles y políticos si al mismo tiempo hay carencias en los desc. Y viceversa.

Señala la literatura que no cabe perder de vista que hay derechos del PIDESC que son de ejecución inmediata y otros que podrían requerir intervención de una autoridad administrativa o judicial. Esto implica que hay cierto tipo de derecho social, económico y cultural que requiere de la posibilidad de la justicia-

bilidad del Derecho, y que hay derechos que en tanto que son de ejecución inmediata, no la requieren:

[...] aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social, no puede afirmarse que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento. Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino también la posibilidad de reclamo ante el incumplimiento: que -al menos en alguna medida- el titular/acreedor esté en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2005).

Se sostiene entonces que:

La actividad positiva del Estado que resulta violatoria de los límites negativos impuestos por un determinado derecho económico, social o cultural resulta cuestionable judicialmente y, verificada dicha vulneración, el juez decidirá privar de valor jurídico a la acción o a la manifestación de voluntad del Estado viciada, obligándolo a corregirla de manera de respetar el derecho afectado. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2005).

La cuestión más debatida hoy tiene que ver con:

Casos de incumplimiento de obligaciones positivas del Estado, es decir, omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o adoptar medidas de protección y aseguramiento de los derechos en cuestión... difícilmente pueda discutirse que la realización parcial o discriminatoria de una obligación positiva no resulte materia justiciable. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2005).

Y si bien tratándose de incumplimiento total por el Estado el asunto resulta complejo para los Tribunales, porque

implica el diseño de una política pública, hay casos en que se ha obligado al Gobierno por los Tribunales, v.g. Sudáfrica, a diseñarla e implementarla.

Se ha llamado la atención respecto del valor político que tendría la pura constatación por el Poder Judicial de una omisión masiva por parte del Estado:

Resulta especialmente relevante a este respecto que sea el propio Poder Judicial el que “comunique” a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones en esta materia. Cuando el poder político no cumple con las obligaciones y es “puesto en mora” por el Poder Judicial, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2005).

Se concluye entonces que:

Si bien puede concederse que existen limitaciones a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe concluir en el sentido exactamente inverso: dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación... -en este sentido ha dicho el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales que la- “falta de recursos judiciales adecuados, que permitan hacer justiciables estos derechos, constituye una violación autónoma del Pacto. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2005).

En todo caso es un hecho notorio que un:

Obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos sociales es la inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para su tutela. Las acciones judiciales tradicionales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles clásicos... -pero de esto- no se sigue de ningún modo la imposibilidad técnica de crearlos y desarrollarlos. El argumento de la inexistencia de acciones idóneas señala simplemente un estado de cosas. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2005).

Emilio Biasco nos recuerda que se entiende por garantía según la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.²

Precisemos que de acuerdo con la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

La justiciabilidad se refiere a la posibilidad de exigir a través de un mecanismo jurídico el cumplimiento o restitución de un derecho, en nuestro caso, el derecho a la educación. La exigibilidad jurídica está condicionada por la existencia de una legislación que garantice el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de un derecho. Estas garantías se refieren a la posibilidad de interponer una denuncia o cualquier otro recurso jurídico frente a los tribunales cuando el contenido del derecho ha sido violado. Para garantizar, respetar y proteger el cumplimiento de los derechos se necesitan leyes que creen mecanismos de reparaciones en caso de violaciones del derecho.³

Las Directrices de Maastricht abordan de manera precisa el tema de la violación de los derechos y disponen al respecto:

Acceso a las vías de reparación

22 Toda persona o toda colectividad que sea víctima de una violación de un derecho económico, social o cultural tendrá acceso a un recurso judicial efectivo o a otras vías de

2 El mismo autor propone distinguir entre garantías jurisdiccionales propiamente tales y lo que podemos identificar como garantías extrajurídicas, operando ya sea a nivel interno o externo; por iniciativa individual o colectiva; y en función de derechos individuales o colectivos.

3 <http://www.campanaderechoeducacion.org/v2/es/que-hacemos/fortalecer-la-democracia-participativa/justiciabilidad.html>

reparación apropiadas, tanto en el plano nacional como en el internacional.

Reparación adecuada

23. Todas las víctimas de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tienen derecho a una reparación adecuada, que puede revestir la forma de restitución, compensación, rehabilitación y satisfacción o de garantías de no repetición.

Prohibición de toda aceptación oficial de las violaciones

24. Los órganos judiciales nacionales y los demás órganos evitarán hacer declaraciones que puedan tener como resultado la aceptación oficial de la violación de una obligación internacional cometida por el Estado interesado. Como mínimo, las autoridades judiciales nacionales habrán de tomar en consideración las disposiciones correspondientes de la normativa internacional y regional en materia de derechos humanos como ayuda interpretativa al formular cualquier decisión relativa a violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. Instituciones nacionales

25. Los órganos de promoción y vigilancia, entre ellos las instituciones nacionales de defensa cívica y las comisiones de derechos humanos, deben ocuparse de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales con la misma energía con que se ocupan de las violaciones de los derechos civiles y políticos...”

Impunidad

27. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para salir al paso de una posible impunidad en caso de violación de los derechos económicos, sociales y culturales y deben procurar que nadie que sea responsable de violaciones de tales derechos goce de inmunidad por sus actos.

Por otra parte, incide en una cuestión de enorme relevancia para la educación jurídica, en particular, para la impartida en universidades estatales. Hay un apartado dedicado a la:

Función de las profesiones jurídicas

28. Para tener recursos judiciales efectivos y otros recursos para las víctimas de violaciones de los derechos económi-

cos, sociales y culturales, los abogados, los jueces, los árbitros, las asociaciones de abogados y la comunidad jurídica en general prestarán atención muy en especial a estas violaciones en el ejercicio de sus funciones profesionales según lo recomendado por la Comisión Internacional de Juristas en la Declaración y Plan de Acción de Bangalore, de 1995.

La dogmática afirma hoy por hoy que: “La educación se presenta tanto como un derecho o facultad de las personas como también una obligación o deber constitucional, como lo establece la Carta Fundamental chilena en su art. 19 N° 10 en su inciso 4°:”*La educación básica y la educación media son obligatorias*”. Dicha obligación recae sobre los niños y adolescentes, como asimismo, sobre sus padres, los cuales tienen la obligación o deber constitucional de educar a sus hijos”⁴

¿Qué queremos decir cuando afirmamos que el derecho a la educación es un pluriderecho? Que no sólo debe ser tratado como un derecho del tipo derecho económico, social y cultural, sino que, además, como uno de carácter civil o político. Al respecto ha dicho el Comité de Derechos Sociales Económicos y Culturales en su Observación General número 11 (1999) que:

2. El derecho a la educación, reconocido en los artículos 13 y 14 del Pacto, así como en otros tratados internacionales, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es de vital importancia. Se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es, todos esos derechos al mismo tiempo. También, de muchas formas, es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos

4 NOGUEIRA, Humberto « El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos », *Ius et Praxis*, Facultad de Derecho, Universidad de Talca, Talca, vol. 14, número 2, 2008, versión en línea en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000200007&script=sci_arttext

humanos.⁵

Esta Observación está complementada por la Observación General número 13 que dispone:

1. 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, 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 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.⁶

Agregando:

5. El Comité toma nota de que, desde que la Asamblea General aprobó el Pacto en 1966, otros instrumentos internacionales han seguido desarrollando los objetivos a los que debe dirigirse la educación y, por consiguiente, considera que los Estados Partes tienen la obligación de velar por que la educación se adecúe a los propósitos y objetivos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13, interpretados a la luz de la Declaración Mundial sobre Educación para Todos (Jomtien (Tailandia), 1990) (art. 1), la Convención sobre los Derechos del Niño (párrafo 1 del artículo 29), la Declaración y Plan de Acción de Viena (parte I, párr. 33, y parte 11, párr. 80), y el Plan de Acción para el Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de

5 Disponible en : <http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN11>.

6 Disponible en : <http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN13>.

los derechos humanos (párr. 2). Todos estos textos tienen grandes coincidencias con el párrafo 1 del artículo 13 del Pacto, pero también incluyen elementos que no están contemplados expresamente en él, por ejemplo, referencias concretas a la igualdad entre los sexos y el respeto del medio ambiente. Estos nuevos elementos están implícitos y reflejan una interpretación contemporánea del párrafo 1 del artículo 13. La opinión del Comité se sustenta en el amplio apoyo que los textos que se acaba de mencionar han recibido en todas las regiones del mundo.

El Comité en la misma Observación General número 13 señala:

Si bien la aplicación precisa y pertinente de los requisitos dependerá de las condiciones que imperen en un determinado Estado Parte, la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas:

a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.

b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación);

Accesibilidad material. 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);

Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

c) Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13).

d) Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

7. Al considerar la correcta aplicación de estas “características interrelacionadas y fundamentales”, se habrán de tener en cuenta ante todo los superiores intereses de los alumnos”.⁷

2.1 ¿QUÉ ASPECTOS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN SON SUSCEPTIBLES DE PROTEGER POR VÍA JUDICIAL? ANÁLISIS DE CASOS VERIFICADOS ANTE EL PODER JUDICIAL CHILENO Y BREVE MENCIÓN A JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Como ya sabemos, la paupérrima regulación constitucional chilena de los desc, obedece a la concepción económica

⁷ Disponible en : <<http://www.escri-net.org/docs/i/428712>>.

neoliberal que inspiró la regulación del catálogo de derechos en la Carta Otorgada de 1980. Sin embargo, los operadores del derecho han sido capaces de crear mecanismos indirectos de protección de distintos aspectos del derecho amagados por decisiones de particulares o de órganos públicos, en una suerte de camuflaje protector: se ha recurrido a la defensa de un derecho dotado de protección constitucional para obtener como efecto secundario la protección de un aspecto del derecho a la educación.

Cabe hacer notar que un fenómeno semejante se observa en el Derecho Internacional. Así por ejemplo en el caso de la estudiante MC, alumna de un colegio particular subvencionado de la ciudad de Coquimbo, a quien el colegio no le permitió renovar su matrícula por encontrarse en estado de embarazo, el abogado defensor terminó recurriendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alegando la violación por el Estado de Chile y su normativa, del derecho a la vida privada y del derecho a la igualdad: la defensa de MC “imputa responsabilidad a la República de Chile (“el Estado” o “el Estado chileno”) en virtud de la negativa de los tribunales de dicho país a sancionar la injerencia abusiva en la vida privada de MC, quien reclamó judicialmente la decisión del colegio privado que la expulsó por haber quedado embarazada...derecho a la protección de la honra y la dignidad (artículo 11) y a la igualdad ante la ley (artículo 24). Alegan igualmente la violación de la obligación general de respetar y garantizar los derechos prevista en el artículo 1(1) y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno previsto en el artículo 2 del instrumento internacional citado”.

La solución amistosa implicó que el Gobierno de Chile: “daría publicidad a las medidas reparatorias, a través de una comunicación oficial que pueda ser dada sobre el particular, junto a las autoridades regionales, reconociéndose que los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas a la vida privada y a la igual protección de ley de la peticionaria fueron violados al no renovarse su matrícula y obligada a aban-

donar 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”.

El caso de MC muestra, según como lo ha señalado la propia Comisión, que “[...] el mecanismo contemplado en el artículo 48 (1) (f) de la Convención Americana permite la conclusión de las peticiones individuales en forma no contenciosa, como se ha demostrado en casos referentes a diversos países de la región”.

En el caso de la judicatura nacional encontramos que el intento por proteger un derecho que no cuenta con el recurso de protección (mecanismo contemplado en el texto constitucional para el amparo de ciertos derechos lesionados o amenazados por actos de privados o entes públicos), tuvo éxitos y fracasos en la década de 1980.

Enrique Navarro nos recuerda que en sentencias dictadas en los años de 1981-1987, los tribunales superiores dejaron sentado que “la conculcación del derecho a la educación, al estar excluida de la protección constitucional del derecho a la educación, no puede razonarse sobre la base de otros derechos” (NAVARRO, p. 149). A vía de ejemplo se resolvió que no era posible invocar el derecho de propiedad sobre el título profesional, dado que no tienen el carácter de bienes incorporales.

La Corte Suprema resolvió en un sentido distinto el año 1989: la calidad de estudiante universitario faculta al interesado para acceder al título, lo que configura una especie de propiedad, que se encuentra amparada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política (Corte Suprema, 6.04.89. Gaceta Jurídica 106. pág. 27)⁸.

También se ha resuelto que la negativa de un establecimiento educacional de entregar certificados de notas y estudios, vulnera el derecho de propiedad del recurrente sobre los “logros académicos”. (Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°60.845).

⁸ Dicha doctrina se ha mantenido en los últimos años (C.A.S, Rol N° 1.182-2001).

También ha sido objeto de decisión de los Tribunales Superiores de Justicia la expulsión de estudiantes por aplicación del reglamento de disciplina del colegio. Dice al respecto el profesor Navarro que a fines de la década de 1980, la Corte de Apelaciones de Santiago estimó violado el artículo 19 número 2 de la Constitución, pues no se había seguido el procedimiento fijado en el reglamento respectivo, al expulsarse un alumno.

Arturo Matte⁹ señala que esta doctrina se encuentra en la década de 1980 en sentencias de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Santiago y Concepción. Los jueces tutelaron la vigencia del derecho al debido proceso del estudiante sometido a procedimiento sancionatorio por su establecimiento educacional: “Es un principio fundamental de antigua data el de que ‘nadie puede ser sancionado sin ser oído’. Basta recordar que Dios mismo interrogó a Adán, a Eva y a Caín antes de castigarlos” (Martín Donoso Villaseñor con Subdirector Ejecutivo del Instituto Nacional de Capacitación Profesional (Inacap) (1989), Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Protección (MATTE IZQUIERDO, p. 172).

La protección se extendió incluso al nivel universitario. Cuestión no menor si consideramos el contexto sociopolítico de la época. Señala Matte que entre los primeros fallos que tomaron en cuenta las normas de un debido proceso en los procedimientos sancionatorios aplicados por un establecimiento educacional, destacan Olivos Marín, Oriana, con Vicerrector Académico de la Universidad de Santiago (1982) y Bernardo Espinoza Bancalari a favor de Alejandro Navarro Brain y otros estudiantes con Rector de la Universidad de Concepción, don Carlos von Plessing Baentsch (1988). En ambos casos, las respectivas Cortes de Apelaciones, luego de hacer un detallado análisis de las omisiones que se cometieron en los procedimientos aplicados por los recurridos para imponer las sanciones impugnadas, acogieron los

9 MATTE IZQUIERDO, Arturo. En, “Recurso de protección y garantía constitucional del debido proceso en los procedimientos seguidos contra establecimientos educacionales en la adopción de medidas disciplinarias. Análisis de jurisprudencia”. Revista Chilena de Derecho, vol. 36, número 1,

respectivos recursos de protección interpuesto por los alumnos afectados, fundado en que, como consecuencia de estas omisiones, se habría procedido en forma arbitraria en la aplicación de las referidas sanciones.

Destaca el citado autor el fallo de Lobos Sandoval, Oscar con Rector de la Universidad de Antofagasta (1983): la Corte de Apelaciones de Antofagasta, al momento de analizar el recurso de protección, estimó que

Para desvirtuar los reparos hechos por el recurrente a la resolución impugnada, es previo analizar si ella ha sido dictada por la autoridad correspondiente, si esta lo ha hecho dentro del ámbito de sus atribuciones y conforme a un procedimiento establecido con antelación y si la medida guarda proporción con los fundamentos de hecho que la han motivado. (MATTE IZQUIERDO, p. 172)

A propósito del fenómeno de las tomas (ocupaciones de colegios por los estudiantes impidiendo el normal desarrollo de las clases) del año 2011, y la aplicación de la sanción de cancelación de matrícula del colegio a estudiantes protagonistas de la mismas o respecto de los cuales existía sospecha de que hubieran participado, hay una abundante jurisprudencia. Así la Corte de Apelaciones y Suprema, pronunciándose sobre la cancelación de matrícula resolvieron dejarla sin efecto, por que “es una medida extrema, por las graves consecuencias que acarrea, por lo cual el (establecimiento), debe justificarla, debiendo considerar las consecuencias que de ella se derivan” (CAT. ROL 747-97. Confirmado por CS, y CAS N° 2091-96).

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas en autos rol 59-2011¹⁰, resolvió acoger la acción cautelar presentada por alumnos y apoderados del Colegio Punta Arenas y que fueron expulsados del establecimiento. El fallo resuelva que la decisión adoptada el 16 de agosto de 2011 por la dirección del colegio es arbitraria, ya que se adoptó sin respetar la reglamentación interna del propio recinto escolar:

¹⁰ Disponible en: <http://www.poderjudicial.cl/modulos/Home/Noticias/PRE_noticias.php?cod=3292&opc_menu=0&opc_menu=&opc_item=>>.

La sanción de caducar la matrícula y expulsar a los recurrentes deviene en arbitraria, porque no es posible entender que se haya adoptado el 16 de agosto de 2011 por un hecho cometido el 13 de agosto de 2011, esto es, tres días antes -según se estableció el motivo tercero- y sólo podría explicarse en que se adoptó sin aplicar el procedimiento fijado en el Reglamento que la contempla, toda vez que fue decidida de inmediato sin siquiera oír a los afectados. Además, tratándose de medidas extremas, debieron ser resueltas en forma restrictiva y excepcional, lo que no se dio. Para así decirlo se tiene presente que dicha medida implica una alteración radical en la normalidad del proceso de enseñanza y aprendizaje de los recurrentes que se vio abruptamente interrumpido sin observancia del Reglamento que lo rige (...).

La Corte de Apelaciones de San Miguel acogió un recurso de protección presentado por padres de cuatro alumnos de un colegio de la comuna de La Granja, los que fueron expulsados del establecimiento educacional por participar en una toma del recinto: “Al imponerse una sanción de última *ratio* como lo es la expulsión del establecimiento sin contar con un ordenamiento jurídico interno que contenga un procedimiento donde se expresen con claridad los medios de defensa recursos e instancias que pueden abordarse por los afectados, la acción necesariamente al carecer del debido sustento de derecho deviene en ilegal, quedando entregada la decisión a la mera liberalidad o arbitrio de quien la adopta”.

El fallo agrega que “el actuar del Colegio recurrido ha vulnerado el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, esto es la igualdad ante la ley, al haberse impuesto la sanción extrema de expulsión del establecimiento por un conjunto de autoridades del Colegio que no tienen dentro de sus atribuciones privativas el aplicar una sanción de tal naturaleza, por cuanto no se encuentran establecidas en ninguna orgánica del establecimiento en lo referido al número de personas que la integran, la forma como se adoptan sus acuerdos y los recursos que proceden en contra de sus decisiones, sino que todo se es-

tablece de forma general y desordenadamente en un Manual de Convivencia, que en definitiva lo que expone son principios y formas de actuar, pero no contiene un procedimiento racional y preestablecido para ejercer debidamente los derechos de los educandos, y que les permita a estos estar en condiciones equivalentes frente a otros que se encuentren en igual situación”.

La Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de protección presentado por padres de tres menores que fueron expulsados del Liceo Alberto Widmer de Maipú. En fallo unánime (rol 14504-2011) determinaron que el actuar del sostenedor del establecimiento fue arbitrario al no probar que los alumnos expulsados participaron en un intento de toma:¹¹

Aparece como poco razonable, exagerado y excesivo, que por una conducta no ejecutada, se recurra a la aplicación de una sanción tan drástica como lo es la expulsión o cancelación de matrícula, como quiera que se llame a la desvinculación de los alumnos recurrentes del Liceo, la que, además, es aplicada encontrándose próximo a concluir el año escolar, lo que aparece a todas luces como la utilización por parte del recurrido de un procedimiento disciplinario que adopta medidas de máxima severidad, sin que los afectados o sus representantes legales hayan dispuesto de la instancia para hacer valer sus descargos, lo que de por sí es una transgresión del Reglamento Institucional por la Dirección del Establecimiento.

Agrega que:

La expulsión o suspensión de los alumnos recurrentes, sólo puede entenderse como legítima cuando exista un riesgo real, concreto, actual para alguno de los estamentos del Liceo y luego de un justo y debido proceso, que no consta que en este caso haya existido. El recurrido, aludió sólo a intenciones en las comunicaciones indicadas anteriormente, razón por la que su proceder ha sido carente de razonabilidad y por ende, arbitrario (...) Todo lo anterior permite concluir a la Corte que lo obrado por el recurrido al decidir la expulsión o suspensión de los alumnos es contrario a

11 Disponible en: <http://www.poderjudicial.cl/modulos/Home/Noticias/PRE_noticias.php?cod=3446&opc_menu=0&opc_menu=&opc_item=>>.

la ley, opuesto al procedimiento o normativa interna del establecimiento contenida en el Reglamento Interno y carente de justificación. Se trata de un acto ilegal y arbitrario y lo analizado hace innecesarios otros estudios y referirse en particular a las Garantías Constitucionales violentadas.

En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Santiago causa rol 15352-2011.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt (rol 3-2012)¹² acogió la acción cautelar presentada por el estudiante de tecnología médica Wilson Mella Valenzuela. A quien no dejaron rendir su examen:

Que de los antecedentes aportados a estos autos por las partes, analizados conforme las normas de la sana crítica, especialmente la copiosa documentación acompañada al recurso por la parte recurrente, se desprende que la recurrida no dio cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 39 del reglamento, norma incumplida que priva además al recurrente del derecho que le confiere el artículo 46 del mismo. Las diversas solicitudes efectuadas por el alumno Wilson Alexis Mella Valenzuela no ingresaron al sistema según reglamento interno, ni se dictó resolución alguna en los términos dispuestos por el artículo 39 del reglamento, tantas veces citado, limitándose a dar respuesta a través de un medio no contemplado en el mismo - correo electrónico- carente de toda forma y seriedad pasando por alto la normativa que los rige y que emana de la propia recurrida, privando de esta manera al recurrente del legítimo ejercicio de los derechos que le asisten conforme reglamento.

También se ha recurrido al derecho a la igualdad. La Corte Suprema acogió un recurso de protección presentado por el padre de un menor al que se le comunicó que se le cancelaría la matrícula para el año 2012 y se le prohibió participar en una actividad extra-programática fallo unánime (causa rol 6788-2011)¹³:

¹² Disponible en: <http://www.poderjudicial.cl/modulos/Home/Noticias/PRE_noticias.php?cod=3637&opc_menu=0&opc_menu=&opc_item=>.

¹³ Disponible en: <http://www.poderjudicial.cl/modulos/Home/Noticias/PRE_noticias.php?cod=3274&opc_menu=0&opc_menu=&opc_item=>.

Que los hechos establecidos en el fallo que se revisa afectan la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, porque al decidirse que en la próxima temporada escolar no sería aceptada la solicitud de matrícula y, en lo actual, que el menor no podrá participar en actividades extracurriculares como el viaje de estudios, se le discrimina injustificadamente afectando su proceso de formación. Que, además, es útil consignar que en el razonamiento anterior también **se ha tenido presente lo previsto en la carta fundamental a propósito del derecho a la educación.** (el subrayado es mío).

PROTECCIÓN POR VÍA ADMINISTRATIVA EN CHILE

La Superintendencia de educación (Título III de la Ley 20.529 de 27 de agosto de 2011) es definida por la ley como una institución fiscalizadora del cumplimiento de la normativa educacional relativa a la enseñanza parvularia, básica y media.

Tiene también la tarea de informar, en el ámbito de su competencia, a las comunidades educativas, y otros usuarios e interesados.

Según el MINEDUC, cuatro son las funciones básicas de esta institución:

Fiscalizar y sancionar el cumplimiento de la normativa:

La fiscalización que realizará la Superintendencia en los colegios se enfoca en aspectos de infraestructura y administrativos, como por ejemplo, el verificar si el recinto cuenta con una infraestructura adecuada y segura para los niños y el personal, si los profesores cuentan con el título para enseñar, si existe un manual de convivencia claro y conocido por la comunidad escolar, si se registra de manera adecuada la asistencia de los alumnos, el estado del mobiliario, el pago de las cotizaciones de los profesores, entre otros aspectos.

Fiscalizar los recursos y auditar rendición de cuentas: La Superintendencia exigirá a los colegios una rendición de ingresos y gastos, lo que permitirá fiscalizar la legalidad del uso de los recursos que le entrega el Estado a los estable-

cimientos, es decir las subvenciones. Esta institución velará para que los recursos que entrega el Estado se usen para la educación de los alumnos.

Investigar y resolver denuncias y hacer de mediador con los reclamos: La Superintendencia recibirá las denuncias y los reclamos que se formulen por los miembros de la comunidad educativa u otros directamente interesados y que se refieran a materias de su competencia, sin perjuicio de las acciones legales correspondientes. Recibirá y mediará en casos de bullying, negación de matrícula, cobros indebidos, discriminación, entre otros.

Entregar información de interés a la comunidad escolar: Con el objetivo de alcanzar una mayor transparencia e informar a la comunidad escolar, especialmente a los padres y estudiantes, la Superintendencia entregará información de interés sobre los resultados del proceso de fiscalización y sanción de cada establecimiento.

3 REGULACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO Y FORMULAS DE PROTECCION EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

¿Cómo se regula el derecho en el Derecho Constitucional comparado? Cabría agregar también ¿qué mecanismos existen en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

3.1 DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Es posible distinguir en el contexto latinoamericano al menos tres grupos de regulaciones constitucionales según la definición que contienen de educación y la protección que prestan a la educación pública.

En el primer grupo tenemos a las constituciones que prestan menos atención a la determinación de fines al fenómeno educativo y a la educación pública y universitaria; en el segundo a los que regulan la materia estableciendo algún grado de protec-

ción; en el tercero a los propiamente protectores y promotores del Derecho.

En el primer grupo podemos señalar a la Constitución de Panamá de 1972¹⁴.

En el segundo grupo se ubica la Constitución de Honduras (1982-2005): sus artículos 160 y 161 regulan la universidad pública, establecen su autonomía, el deber del estado de financiarla fijando un porcentaje de los ingresos netos del Presupuesto de la Nación para gastar en educación. El artículo 171 dispone:

La educación impartida oficialmente será gratuita y la básica será además, obligatoria y totalmente costeadada por el Estado. El Estado establecerá los mecanismos de compulsión para hacer efectiva esta disposición.¹⁵

14 Artículo 87. Todos tienen derecho a la educación y la responsabilidad de educarse. El Estado organiza y dirige el servicio público de la educación nacional y garantiza a los padres de familia el derecho de participar en el proceso educativo de sus hijos.

La educación se basa en la ciencia, utiliza sus métodos. Fomenta su crecimiento y difusión y aplica sus resultados para asegurar el desarrollo de la persona humana y de la familia, al igual que la afirmación y fortalecimiento de la Nación panameña como comunidad cultural y política.

La educación es democrática y fundada en principios de solidaridad humana y justicia social; Artículo 98. El Estado establecerá sistemas que proporcionen los recursos adecuados para otorgar becas, auxilios u otras prestaciones económicas a los estudiantes que lo merezcan o lo necesiten; En igualdad de circunstancias se preferirá a los económicamente más necesitados; Artículo 99. La Universidad Oficial de la República es autónoma. Se le reconoce personería jurídica, patrimonio propio y derecho de administrarlo. Tiene facultad para organizar sus estudios y designar y separar su personal en la forma que determine la Ley. Incluirá en sus actividades el estudio de los problemas nacionales así como la difusión de la cultura nacional. Se dará igual importancia a la educación universitaria impartida en Centros Regionales que a la otorgada en la capital; Artículo 100. Para hacer efectiva la autonomía económica de la Universidad, el Estado la dotará de lo indispensable para su instalación, funcionamiento y desarrollo futuro, así como del patrimonio de que trata el Artículo anterior y de los medios necesarios para acrecentarlo; Artículo 101. Se reconoce la libertad de cátedra sin otras limitaciones que las que, por razones de orden público, establezca el Estatuto Universitario.

15 Artículo 160. La Universidad Nacional Autónoma de Honduras es una Institución Autónoma del Estado, con personalidad jurídica, goza de la exclusividad de organizar, dirigir y desarrollar la educación superior y profesional. Contribuirá a la investigación científica, humanística y tecnológica, a la difusión general de la cultura y al estudio de los problemas nacionales. Deberá programar su participación en la transformación de la sociedad hondureña.

Por su parte la Constitución de Costa Rica señala que el gasto público en educación estatal no será inferior al 6% anual del Producto Interno Bruto. Dispone que en su artículo 78: “El Estado facilitará la prosecución de estudios superiores a quienes carezcan de recursos pecuniarios. La adjudicación de las becas y los auxilios estará a cargo del Ministerio del ramo, por medio del organismo que determine la ley”.

Respecto de la educación superior pública establece en el artículo 85:

El Estado dotará de patrimonio propio a la Universidad de Costa Rica, al Instituto Tecnológico de Costa Rica, a la Universidad Nacional y a la Universidad Estatal a Distancia y les creará rentas propias, independientemente de las originadas en estas instituciones. Además, mantendrá -con las rentas actuales y con otras que sean necesarias- un fondo especial para el financiamiento de la Educación Superior Estatal... Las rentas de ese fondo especial no podrán ser abolidas ni disminuidas, si no se crean, simultáneamente, otras mejoras que las sustituyan.

Dispone asimismo la libertad de cátedra a nivel universitario.¹⁶

La Ley y sus estatutos fijarán su organización, funcionamiento y atribuciones. Para la creación y funcionamiento de Universidades Privadas, se emitirá una ley especial de conformidad con los principios que esta Constitución establece...

Artículo 161. El Estado contribuirá al sostenimiento, desarrollo y engrandecimiento de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, con una asignación privativa anual no menor del seis por ciento del Presupuesto de Ingresos netos de la República, excluidos los préstamos y donaciones.

La Universidad Nacional Autónoma está exonerada de toda clase de impuestos y contribuciones.”

- 16 Artículo 77.- La educación pública será organizada como un proceso integral correlacionado en sus diversos ciclos, desde la pre-escolar hasta la universitaria; artículo 78.- La educación preescolar y la general básica son obligatorias. Estas y la educación diversificada en el sistema público son gratuitas y costeadas por la Nación.

En la educación estatal, incluida la superior, el gasto público no será inferior al seis por ciento (6%) anual del producto interno bruto, de acuerdo con la ley, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 84 y 85 de esta Constitución.

El Estado facilitará la prosecución de estudios superiores a quienes carezcan de recursos pecuniarios. La adjudicación de las becas y los auxilios estará a cargo del

El tercer grupo se integra con la Constitución de Ecuador de 2008: define a la educación como derecho de las personas a lo largo de la vida y como un deber ineludible e inexcusable del Estado.

Agrega su artículo 26:

Ministerio del ramo, por medio del organismo que determine la ley...; Artículo 82.- El Estado proporcionará alimento y vestido a los escolares indigentes, de acuerdo con la ley; Artículo 83.- El Estado patrocinará y organizará la educación de adultos, destinada a combatir el analfabetismo y a proporcionar oportunidad cultural a aquéllos que deseen mejorar su condición intelectual, social y económica; Artículo 84.- La Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios. Las demás instituciones de educación superior universitaria del Estado tendrán la misma independencia funcional e igual capacidad jurídica que la Universidad de Costa Rica; Artículo 85.- El Estado dotará de patrimonio propio a la Universidad de Costa Rica, al Instituto Tecnológico de Costa Rica, a la Universidad Nacional y a la Universidad Estatal a Distancia y les creará rentas propias, independientemente de las originadas en estas instituciones. Además, mantendrá -con las rentas actuales y con otras que sean necesarias- un fondo especial para el financiamiento de la Educación Superior Estatal. El Banco Central de Costa Rica administrará ese fondo y, cada mes, lo pondrá en dozavos, a la orden de las citadas instituciones, según la distribución que determine el cuerpo encargado de la coordinación de la educación superior universitaria estatal. Las rentas de ese fondo especial no podrán ser abolidas ni disminuidas, si no se crean, simultáneamente, otras mejoras que las sustituyan.

El cuerpo encargado de la coordinación de la Educación Superior Universitaria Estatal preparará un plan nacional para esta educación, tomando en cuenta los lineamientos que establezca el Plan Nacional de Desarrollo vigente.

Ese plan deberá concluirse, a más tardar, el 30 de junio de los años divisibles entre cinco y cubrirá el quinquenio inmediato siguiente. En él se incluirán, tanto los egresos de operación como los egresos de inversión que se consideren necesarios para el buen desempeño de las instituciones mencionadas en este artículo.

El Poder Ejecutivo incluirá, en el presupuesto ordinario de egresos de la República, la partida correspondiente, señalada en el plan, ajustada de acuerdo con la variación del poder adquisitivo de la moneda.

Cualquier diferendo que surja, respecto a la aprobación del monto presupuestario del plan nacional de Educación Superior Estatal, será resuelto por la Asamblea Legislativa; Artículo 87.- La libertad de cátedra es principio fundamental de la enseñanza universitaria.

Artículo 88.- Para la discusión y aprobación de proyectos de ley relativos a las materias puestas bajo la competencia de la Universidad de Costa Rica y de las demás instituciones de educación superior universitaria, o relacionadas directamente con ellas, la Asamblea Legislativa deberá oír previamente al Consejo Universitario o al órgano director correspondiente de cada una de ellas.

Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tienen el derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo.

Dispone por su parte el artículo 28: “La educación pública será universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive”.¹⁷

Resulta de enorme relevancia para esta ponencia la disposición del artículo 347:

Artículo 347. Será responsabilidad del Estado:

1. Fortalecer la educación pública y la coeducación; asegurar el mejoramiento permanente de la calidad, la ampliación

¹⁷ Artículo 26. La educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tienen el derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo; Artículo 27. La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar. La educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional; Artículo 28. La educación responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos. Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente.

Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones.

El aprendizaje se desarrollará de forma escolarizada y no escolarizada.

La educación pública será universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive. Artículo 29. El Estado garantizará la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra en la educación superior, y el derecho de las personas de aprender en su propia lengua y ámbito cultural.

Las madres y padres o sus representantes tendrán la libertad de escoger para sus hijas e hijos una educación acorde con sus principios, creencias y opciones pedagógicas.

de la cobertura, la infraestructura física y el equipamiento necesario de las instituciones educativas públicas.

2. Garantizar que los centros educativos sean espacios democráticos de ejercicio de derechos y convivencia pacífica. Los centros educativos serán espacios de detección temprana de requerimientos especiales.

3. Garantizar modalidades formales y no formales de educación.

4. Asegurar que todas las entidades educativas impartan una educación en ciudadanía, sexualidad y ambiente, desde el enfoque de derechos.

5. Garantizar el respeto del desarrollo psicoevolutivo de los niños, niñas y adolescentes, en todo el proceso educativo.

6. Erradicar todas las formas de violencia en el sistema educativo y velar por la integridad física, psicológica y sexual de las estudiantes y los estudiantes.

7. Erradicar el analfabetismo puro, funcional y digital, y apoyar los procesos de post-alfabetización y educación permanente para personas adultas, y la superación del rezago educativo.

8. Incorporar las tecnologías de la información y comunicación en el proceso educativo y propiciar el enlace de la enseñanza con las actividades productivas o sociales.

9. Garantizar el sistema de educación intercultural bilingüe, en el cual se utilizará como lengua principal de educación la de la nacionalidad respectiva y el castellano como idioma de relación intercultural, bajo la rectoría de las políticas públicas del Estado y con total respeto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

10. Asegurar que se incluya en los currículos de estudio, de manera progresiva, la enseñanza de al menos una lengua ancestral.

11. Garantizar la participación activa de estudiantes, familias y docentes en los procesos educativos.

12. Garantizar, bajo los principios de equidad social, territorial y regional que todas las personas tengan acceso a la educación pública.

3.2. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hay varios fenómenos jurídicos que merecen especial atención desde la perspectiva de la protección de los desc., por una parte los Principios de Limburgo de 1986; las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1997; el relator especial para el derecho a la educación; el Comité de Derechos Sociales Económicos y Culturales; y y el Protocolo Facultativo del PIDESC de junio de 2008.

3.2.1. PRINCIPIOS DE LIMBURGO

En los citados principios de Limburgo se dejó establecido que

Teniendo en cuenta que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, se debería prestar la misma atención y consideración urgente a la aplicación, fomento y protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los económicos, sociales y culturales.

Respecto de su interpretación, tema no menor en relación con el asunto de la gratuidad del derecho a la Educación Superior, se dispuso:

El Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales...debería, de acuerdo a lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 1969), ser interpretado con buena fe, teniendo en cuenta su objetivo y sus propósitos, su significado común, el trabajo preparatorio y la práctica pertinente.

Se estableció con absoluta claridad la responsabilidad estatal. “Los Estados Partes del Convenio son responsables ante la comunidad internacional y ante sus propios pueblos por el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Pacto”.

Se determinaron con claridad ciertos principios básicos a ser respetados para velar por una adecuada consecución: “Todos

los organismos que velen por la buena ejecución del Pacto deberían prestar especial atención a los principios de no discriminación y de igualdad ante la ley al evaluar el cumplimiento del Pacto por parte de los Estados Partes”.

Por otra parte, se llamó la atención sobre la necesidad de atender a ciertos sectores de la población:

Teniendo en cuenta la especial relación entre el desarrollo y a realización progresiva de los derechos formulados en el Pacto, se debería prestar esmerada atención a las medidas destinadas a mejorar las condiciones de vida de los grupos sociales pobres y menos privilegiados, además de prever la necesidad de medidas especiales para proteger los derechos culturales de los pueblos indígenas y de las minorías.

Especial interés tiene para este trabajo, las reglas de interpretación respecto del alcance de la obligación estatal de la adopción de medidas apropiadas, en efecto, se estableció que:

Los Estados Partes deberán hacer uso, a nivel nacional, de todos los medios apropiados, tales como medidas legislativas, judiciales, administrativas, económicas, sociales y educativas consistentes con la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir con las obligaciones por ellos aceptadas bajo el Pacto... Los Estados Partes deberán dotarse de recursos efectivos, tales como las apelaciones ante un magistrado, cuando sea necesario.

En relación con las discriminaciones legales los Principios señalan:

Las leyes que impongan limitaciones al ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales no deberán ser arbitrarias, ni insensatas, ni discriminatorias.

50. Todos los actos legales que limiten el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales deberán ser claros y accesibles para todos.

51. Se deberá proporcionar todo tipo de salvaguardias adecuadas y recursos eficaces contra la imposición ilegal o abusiva de limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.

Los Principios fijaron los casos de violación del PIDESC:

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, intencionalmente, 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, deliberadamente, 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 fuerza mayor;
- no logra presentar los informes exigidos por el Pacto.

3.2.2 DIRECTRICES DE MAASTRICHT

En relación con las Directrices de Maastricht el propio texto señala que las directrices:

[...] reflejan la evolución del derecho internacional a partir del año 1986. Estas directrices tienen como propósito ser de utilidad para todos los que se dedican a conocer e identificar las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y ofrecer recursos a las mismas, y en particular, aquellas entidades encargadas de la vigilancia y administración de justicia a los niveles nacional, regional e internacional.

Se deja expresa constancia de la amenaza de cierta concepción y práctica económica para los Desc:

Desde el final de la guerra fría, se observa en todas las regiones del mundo cierta tendencia a reducir la función del

Estado y a confiar al mercado la solución de los problemas de bienestar social, en muchos casos en respuesta a las condiciones creadas por los mercados y las instituciones financieras nacionales e internacionales y con la finalidad de atraer inversiones de empresas multinacionales cuya riqueza y poder son superiores a los de muchos Estados.

Ha dejado de darse por supuesto que el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales depende de manera apreciable de medidas adoptadas por el Estado, aunque en el plano del derecho internacional éste sigue teniendo en último término la responsabilidad de garantizar el ejercicio de estos derechos. Aun cuando estas tendencias compliquen todavía más la tarea de reprimir las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, es más urgente que nunca valorar estos derechos como es debido y, en consecuencia, procurar que se determinen las responsabilidades de los gobiernos cuando no cumplen con sus obligaciones en esta esfera.

El Estado es susceptible de imputación de violación del Pacto,

Como ocurre en relación con los derechos civiles y políticos, el hecho de que un Estado Parte no cumpla con una obligación contractual en materia de derechos económicos, sociales y culturales es, según el derecho internacional, una violación del Pacto.

Desde el punto de vista de su obligatoriedad los desc. tienen la misma cobertura que los otros derechos:

Al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen a los Estados obligaciones de tres clases distintas: la de respetar, la de garantizar y la de satisfacer. El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación de estos derechos. La obligación de respetar exige de los Estados que se abstengan de ingerirse en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, se viola el derecho a la vivienda si el Estado practica desalojos arbitrarios y forzosos. La obligación de garantizar exige de los

Estados que se opongan a las violaciones de estos derechos por terceros. Así, el hecho de que el Estado no garantice el cumplimiento por empleadores privados de las normas laborales básicas puede constituir una violación del derecho al trabajo o del derecho a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. La obligación de satisfacer exige de los Estados que adopten disposiciones legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otra índole para promover el pleno ejercicio de estos derechos. Así, puede constituir una violación el hecho de que el Estado no facilite cuidados médicos esenciales a los que los necesiten.

Se desarrolla la distinción entre obligación de comportamiento y obligación de resultado:

Cada una de las obligaciones de respetar, garantizar y satisfacer contiene elementos de la obligación de comportamiento y de la obligación de resultado. La obligación de comportamiento exige la adopción de medidas razonables concebidas para hacer efectivo el goce de un derecho concreto. Por ejemplo, en relación con el derecho a la salud, la obligación de comportamiento puede exigir la aprobación y ejecución de un plan de acción para reducir la mortalidad materna. La obligación de resultado exige de los Estados que consigan objetivos concretos en armonía con una norma sustantiva detallada. Por ejemplo, en relación con el derecho a la salud, la obligación de resultado exige la reducción de la mortalidad materna a los niveles convenidos en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994 y en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995.

Vuelve sobre el aspecto del logro progresivo:

El hecho de que la plena efectividad de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales sólo se pueda lograr progresivamente, consideración que en realidad se aplica también a la mayoría de los derechos civiles y políticos, no modifica el carácter de la obligación jurídica de los Estados, en virtud de la cual algunas medidas se han de adoptar inmediatamente y otras, lo antes posible. Por con-

siguiente, incumbe al Estado demostrar que está realizando progresos apreciables hacia la plena efectividad de los derechos mencionados.

El Estado no puede utilizar lo dispuesto sobre <<logro progresivo>> en el artículo 2 del Pacto como pretexto para el incumplimiento. El Estado no puede justificar tampoco excepciones o limitaciones de los derechos reconocidos en el Pacto haciendo referencia a tradiciones sociales, religiosas y culturales diferentes.

Hay un abordaje expreso del tema de la formulación de Política Pública disponiéndose al efecto:

Políticas estatales. 11. Se produce una violación de los derechos económicos, sociales y culturales cuando un Estado, por acción u omisión, desarrolla una política o práctica que vulnera deliberadamente o pasa por alto las obligaciones del Pacto o no alcanza a aplicar la norma exigida en materia de comportamiento o resultado. Además, constituye una violación del Pacto cualquier discriminación basada en consideraciones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición con el fin u objetivo de anular o menoscabar el goce o el ejercicio por un igual de los derechos económicos, sociales y culturales.

Tan significativa como esta materia es el listado ejemplificador que contienen las Directrices en materia de acción y omisión por parte del Estado.

Violaciones por actos de comisión

14. Pueden producirse violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales por una acción directa del Estado o de otras entidades insuficientemente administradas por el Estado.

Como ejemplos de tales violaciones cabe citar las siguientes:

a) La derogación o suspensión oficiales de las disposiciones legislativas necesarias para el goce permanente de un derecho económico, social y cultural ya reconocido;

- b) La denegación activa de estos derechos a individuos o grupos concretos por una discriminación de carácter legislativo o por la fuerza;
- c) El apoyo activo a medidas adoptadas por terceros que son incompatibles con los derechos económicos, sociales y culturales;
- d) La adopción de disposiciones legislativas o de políticas que son manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas preexistentes relacionadas con estos derechos, salvo si ello se hace con el firme objetivo de acrecentar la igualdad y aumentar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales para los grupos más desvalidos;
- e) La adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance de la garantía de este derecho;
- f) La obstrucción deliberada o la interrupción del logro progresivo de un derecho garantizado por el Pacto, salvo en el caso de que el Estado actúe dentro de los límites autorizados por el Pacto o de que su acción se deba a la falta de recursos disponibles u obedezca a fuerza mayor;
- g) La reducción o el mal uso de inversiones públicas concretas, cuando la reducción o el mal uso tengan como consecuencia la anulación de los derechos y no vayan acompañados por medidas adecuadas para garantizar derechos mínimos de subsistencia para todos.

Violaciones por actos de omisión.

15. Pueden producirse también violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales por omisión o por la incapacidad del Estado a adoptar las medidas que dimanen necesariamente de sus obligaciones jurídicas. Como ejemplos de tales violaciones cabe citar las siguientes:

- a) El hecho de no adoptar las medidas apropiadas según lo dispuesto en el Pacto;
- b) El hecho de que no reformar o no derogar disposiciones legislativas que son manifiestamente incompatibles con una obligación enunciada en el Pacto;

El hecho de no poner en vigor disposiciones legislativas o de no poner en práctica políticas destinadas a hacer efectivas las disposiciones del Pacto;

d) El hecho de no regular las actividades de individuos o grupos a fin de impedir que violen los derechos económicos, sociales y culturales;

e) El hecho de no utilizar al máximo los recursos disponibles para la plena aplicación del Pacto;

f) El hecho de no velar por la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales con la elaboración y aplicación de criterios e indicadores que permitan evaluar el cumplimiento;

g) El hecho de no eliminar con prontitud los obstáculos que tenga el deber de suprimir para hacer posible el ejercicio inmediato de un derecho garantizado por el Pacto;

h) El hecho de no hacer efectivo sin demora un derecho que ha de reconocer inmediatamente según lo dispuesto en el Pacto;

i) El hecho de no ajustarse a una norma internacional mínima que es de aceptación general y que está al alcance de sus posibilidades;

j) El hecho de que un Estado no tenga en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales cuando concierte acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales o empresas multinacionales.

3.2.3 COMITÉ DE DERECHOS SOCIALES ECONÓMICOS Y CULTURALES

El Comité fue establecido por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 28 de mayo de 1985, es un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del PIDESC por sus Estados Partes. Quienes están obligados a presentar al Comité informes periódicos (a los dos años de aceptar el Pacto y luego cada cinco años) sobre la manera en que se ejercitan esos derechos. Recibida esta información el Comité formula las denominadas Observaciones Finales, donde da a co-

nocer las conclusiones del examen del Informe, así como sus preocupaciones y recomendaciones¹⁸.

Cabe hacer presente que ya se han formulado críticas al Estado de Chile en esta materia, según da cuenta la obra *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004)*. Se señala a este respecto:

28. “Aunque tiene en cuenta los progresos realizados en la cobertura de educación, el Comité está preocupado por la calidad dispar de la educación que se imparte en las escuelas públicas y privadas, así como por las tasas de deserción relativamente altas, especialmente entre las adolescentes”;
 58. “El Comité recomienda al Estado Parte que siga intensificando sus esfuerzos por mejorar la calidad de la educación en las escuelas públicas y que aborde la cuestión de la deserción, especialmente entre las adolescentes, por ejemplo prestando el apoyo adecuado a las madres adolescentes para que puedan seguir sus estudios”;
 201. Al referirse a la aplicación de los artículos 13 y 14 del Pacto, los miembros del Comité preguntaron cuáles eran las tasas de alfabetización, si el conjunto de la población tenía acceso a los tres niveles de educación, por qué subvencionaba el Gobierno las escuelas privadas en vez de promover las escuelas públicas, en qué medida se impartía educación gratuita en los sectores público y privado, si todos tenían acceso a la universidad y qué asistencia se prestaba con tal fin” (PNUD, 2004).

3.2.4 RELATOR ESPECIAL PARA EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

En el año de 1998 la Comisión de Derechos Humanos mediante nombró un relator especial para el derecho a la educación, y por un espacio de tiempo de tres años. Dicho mandato se ha renovado sucesivamente y actualmente ejerce el cargo Kishore Singh.

¹⁸ Disponible en: <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>>.

Sobre sus actividades se señala en la página web de la ONU.

El Relator Especial informa ante la el Consejo de Derechos Humanos sobre sus investigaciones, conclusiones y recomendaciones. Cada año, enfoca su informe sobre un aspecto temático de su mandato.

El Relator Especial organiza visitas de investigación a países... Las visitas normalmente se organizan en coordinación con el equipo de Naciones Unidas en el país, en colaboración estrecha con UNESCO, UNICEF, y otras agencias que tratan del derecho a la educación.

Durante sus visitas, el Relator Especial se relaciona con actores del sector gubernamental y de la sociedad civil, incluyendo parlamentarios, miembros del sistema judicial, académicos, representantes de organizaciones de maestros, estudiantes y otras ONGs de derechos humanos, y también con la prensa.

Después de cada visita, se prepara un informe que se somete ante el Consejo de Derechos Humanos. El informe analiza la situación del país en relación a los temas de competencia del mandato y contiene una serie de recomendaciones dirigidas al Gobierno, el equipo de las Naciones Unidas en el país y a las ONGs. El informe proporciona un marco para acción que puede ser utilizado por los diferentes actores involucrados en la promoción del derecho a la educación a nivel nacional.

En el marco de su mandato, el Relator Especial recibe información sobre presuntas violaciones del derecho a la educación. Si las alegaciones recibidas se hallan bajo competencia del Relator, éste escribirá al gobierno en cuestión, invitándole a hacer algún comentario sobre la acusación, buscando una clarificación, recordando sus obligaciones bajo el derecho internacional y pidiendo información sobre las medidas que las autoridades tomarán para reconducir dicha situación. El Relator Especial pide a todas las partes una respuesta temprana a sus comunicaciones con el fin de adoptar todas las medidas necesarias para reparar aquella situación en la que se viole el derecho a la educación.

La información presentada puede abordar violaciones que se dice que han ocurrido, que están teniendo lugar o a punto de ocurrir.

Nosotros hemos hecho operar este mecanismo a propósito de la demanda del movimiento estudiantil. En mi calidad de abogado y representando a la Asociación de Académicos de la Universidad de Chile (ACAUCH), la Asociación de Académicos de la Universidad del Bío-Bío (sede Chillán), la Asociación de Académicos de la Universidad de Antofagasta, y el Foro de Educación Nacional para Todos, en tanto que organizaciones de base representativas de la comunidad, así como a numerosos profesores universitarios de La Serena, y en interés del cumplimiento cabal y oportuno de los deberes jurídicos del Estado de Chile en relación con el derecho a la educación de sus habitantes, presenté ante el relator KISHORE SINGH, Relator Especial para el derecho a la Educación, un conjunto de antecedentes relativos a la falta de eficacia del derecho a la educación en Chile.

Nuestro planteamiento central en dicha presentación fue que el Estado de Chile:

1. No está cumpliendo con el deber de implantar progresivamente la gratuidad de la educación en la Enseñanza Superior, permitiendo incluso el lucro para algunas instituciones educativas.
2. Ha violado el deber jurídico de no regresión al pasar desde una situación de gratuidad a una de pago¹⁹.
3. Ha violado el deber jurídico de no discrimina-

19 Cabe recordar lo dispuesto en esta materia por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador" en su artículo 13. Derecho a la Educación. 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

ción. Todos los cuales son deberes de ejecución inmediata. Se ha hecho presente este problema por la ciudadanía, sin embargo, el Gobierno se empeña en aplicar una política pública que busca legalizar y legitimar esta situación contraria a Derecho.²⁰

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”.

- 20 La presentación generó un Comunicado de Prensa del Relator “Hay que oír con atención el reclamo estudiantil en Chile”, dado a conocer el 9 de septiembre de 2011.

GINEBRA (9.09.2011). – El Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, Kishore Singh, afirmó este viernes que las protestas estudiantiles vividas en Chile ante los cambios en el sistema educativo vigente deben ser seguidas con atención. “Si bien el país ha logrado expandir su sistema educativo en las últimas décadas, hay que escuchar el clamor popular”, dijo.

“El debate público generado en los últimos meses de protestas presenta una gran oportunidad para reevaluar las políticas educativas en el país, teniendo como referencia central el marco de los derechos humanos”, señaló el Sr. Singh.

Para el experto de la ONU, toda nueva discusión sobre el tema debe partir del reconocimiento de la educación como un derecho fundamental, asegurado por tratados internacionales y regionales de derechos humanos, así como un medio indispensable para la realización de otros derechos.

“La educación de calidad debe estar al alcance de todos”, recalcó el Relator Especial al comentar la preocupación de los manifestantes chilenos por la calidad y el costo de la educación. “El acceso a una educación de calidad sea primaria, secundaria o superior, no puede estar condicionado a la capacidad de pago o endeudamiento de los estudiantes o sus familias”.

“Los tratados de derechos humanos son claros”, subrayó el Sr. Singh. “Si bien la enseñanza primaria debe ser totalmente gratuita, los estados también están obligados a adoptar medidas para implantar la enseñanza secundaria y superior progresivamente gratuitas”.

En su opinión, la educación es una herramienta fundamental para la superación de todas las formas de desigualdad y discriminación así como posibilita la movilidad social. “Garantizar la igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho a la educación es una obligación fundamental de los Estados”, dijo el experto.

Sin embargo, explicó que la adopción de un enfoque de derechos humanos en la

3.2.5 PROTOCOLO FACULTATIVO

El Protocolo Facultativo *reafirma* “la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”, y faculta a:

Personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto... El Comité no examinará una comunicación sin antes haberse cerciorado de que se han agotado todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente... Tras haber recibido una comunicación y antes de pronunciarse sobre su fondo, en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales que sean necesarias en circunstancias excepcionales a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación... Al examinar las comunicaciones recibidas en virtud del presente Protocolo el Comité considerará hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte de conformidad con la parte II del Pacto. Al hacerlo, el Comité tendrá presente que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto...

conducción de la política educacional no significa estatizar al sistema educacional. “El sector privado, cuando regulado, puede desempeñar un papel en la provisión de educación en todos sus niveles, a la par con el Estado, cuya obligación es garantizar que los grupos desfavorecidos económicamente o marginados no sean excluidos del sistema educativo”.

“En las últimas décadas, Chile ha alcanzado grandes logros en el restablecimiento del estado de derecho y de la democracia”, dijo el Relator. “Asegurar una educación de calidad y accesible a todos, es parte fundamental en la consolidación de esos avances”.

Finalmente, el Sr. Singh lamentó la muerte de un estudiante y los hechos de violencia durante las protestas. “La manifestación pacífica es parte fundamental del proceso democrático y debe estar protegida. Todo acto de violencia en estos contextos es lamentable y debe ser debidamente investigado”.

Disponible en: <<http://www.politicaspublicas.net/panel/ed/deduc/1518-relator-educacion-chile.html>>.

Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar a las partes interesadas su dictamen sobre la comunicación, junto con sus recomendaciones, si las hubiere. 2. El Estado Parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité... Si un Estado Parte en el presente Protocolo considera que otro Estado Parte no está cumpliendo con sus obligaciones en virtud del Pacto, podrá, mediante comunicación por escrito, señalar el asunto a la atención de ese Estado Parte. El Estado Parte podrá también informar al Comité del asunto. El Comité transmitirá, según estime conveniente y con el consentimiento del Estado Parte interesado, a los organismos especializados, fondos y programas de las Naciones Unidas y otros órganos competentes sus dictámenes o recomendaciones acerca de las comunicaciones e investigaciones en que se indique la necesidad de asesoramiento técnico o de asistencia, junto con las eventuales observaciones y sugerencias del Estado Parte sobre esos dictámenes o recomendaciones.²¹

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. **Jura Gentium - Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale**. Año 2005. Disponible en: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/courtis.htm>>.

MATTE IZQUIERDO, Arturo. Recurso de protección y garantía constitucional del debido proceso en los procedimientos seguidos contra establecimientos educacionales en la adopción de medidas disciplinarias. Análisis de jurisprudencia. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 36, número 1,

NAVARRO, Enrique. 30 años del recurso de Protección. In: **Temas actuales de Derecho Constitucional. Libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic**. Editorial Jurídica de Chile.

21 63/117 Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

NOGUEIRA, Humberto. El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos. **Ius et**

PNUD, OHCHR. **Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004)**. Santiago de Chile, Noviembre de 2004.

Praxis, Facultad de Derecho, Universidad de Talca, Talca, vol. 14, número 2, 2008. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000200007&script=sci_arttext>.



Rua c 0 São Leopoldo-RS Brasil Telefone

CASA LEIRIA