

La educación como derecho. Su situación dentro de los derechos económicos, sociales y culturales

Nuestro objetivo en este artículo es, trabajando desde una perspectiva interdisciplinar, mostrar el cambio fundamental que supone para la educación su consideración como derecho humano. Ciertamente no ha sido frecuente esta consideración en el ámbito internacional, algo más en el ámbito nacional, porque la mayoría de las constituciones recientes mencionan este derecho. Pero, aún así, el mundo de la educación y el mundo del derecho han coexistido sin apenas encontrarse en la realidad. Este artículo quiere con modestia evidente tender un puente entre estos mundos que se necesitan mutuamente.

Palabras clave: derecho a la educación, instrumentos internacionales de derechos humanos, libertad de enseñanza, derechos económicos, sociales y culturales.

Education Understood as a Right. Its Place Amongst Economic, Social and Cultural Rights

Considering education as a human right implies a fundamental change. This article's goal is to present this change from an

Ed010

Alfred
Fernández

Director General de la
OIDEL¹
Co-Presidente del Colegio
Universitario Henry Dunant
Profesor tutor de la UNED

¹ www.oidel.ch. ONG con estatuto consultivo ante la ONU, la UNESCO y el Consejo de Europa. Fundada en 1985 por 40 personalidades europeas. Presente en más de 50 países. Su finalidad es la protección del derecho a la educación y la libertad de enseñanza.

interdisciplinary perspective. Indeed, education is frequently considered in an international environment, as well as on a national basis, because the majority of recent constitutions mention this right. However, even so, the sphere of education and the sphere of rights have coexisted without really converging. This article would like to bridge the gap between these two spheres.

Keywords: right to education, international human rights instruments, freedom of education; economical, social and cultural rights.

EL TÍTULO DE NUESTRO ARTÍCULO puede aparecer abstruso a los investigadores en educación. La mención del derecho, en primer lugar, no suele ser –desgraciadamente– frecuente en este contexto. El tipo de derechos al que nos referimos, menos aún: derechos económicos, sociales y culturales, es una expresión consagrada para designar los derechos humanos caracterizados, sin mucha pertinencia, como exigiendo una acción positiva del Estado o de los poderes públicos: creación de centros de enseñanza, por ejemplo. Este conjunto de derechos ha sido objeto de controversia desde su plasmación en el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, tanto por las circunstancias históricas de su configuración jurídica, como por las dificultades conceptuales objetivas que encierran su justiciabilidad o exigibilidad ante los tribunales de justicia².

1. CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD ACTUAL

No es posible acercarse de modo correcto al derecho a la educación en sus múltiples dimensiones –la educación es derecho cultural, social, económico, pero también civil– sin hacer primero referencia a la evolución de la sociedad. No porque el derecho cambie sustancialmente en función de las transformaciones sociales, sino porque todo derecho fundamental sólo puede comprenderse “situado” en un contexto social, económico, político y cultural. No debe esta “situación” relativizarlo, pero sí permitir una “adaptación” a la evolución de la sociedad. La adaptabilidad es una característica de todos los derechos económicos sociales y culturales, como ha puesto de manifiesto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas [CDESC] (1999).

Sería pretencioso, en un artículo breve, caracterizar la sociedad actual de manera exhaustiva, pero sí es posible enumerar algunos rasgos distintivos que tienen relación directa con la educación en general, y con los derechos educativos en particular. Cinco rasgos nos parecen particularmente importantes:

² Sobre este tema puede verse B. de Castro Cid (1993). Existe actualmente un grupo de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos que tiene como finalidad explorar la posibilidad de un Protocolo Facultativo que permita recursos individuales como ante el Comité de Derechos Humanos. Véase la página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: www.ohchr.org/english/issues/escr/group.htm.

1. Sociedad de la información/educación.
2. Sociedad multicultural.
3. Sociedad en ruptura de vínculo social.
4. Sociedad mundial globalizada.
5. Sociedad en busca de sentido.

Vamos a comentarlos brevemente. Sociedad de la información, del saber o del conocimiento, hace referencia al papel del saber en la sociedad post-moderna. A nuestro juicio este rasgo es tan fundamental para la sociedad actual como lo fue la industrialización para el siglo XX. La sociedad de la información recubre la economía del conocimiento, en la que el bien esencial es de tipo inmaterial: el saber y el conocimiento, y que probablemente establecerá un nuevo paradigma económico como han puesto de manifiesto Rifkin (2000) y Etzioni (2000), por ejemplo. La sociedad de la información no hubiese sido posible sin la aparición de las tecnologías de la información y la comunicación, que están en el origen de la sociedad global o al menos de la economía global. El hecho de la globalización está íntimamente conectado con la sociedad multicultural, tomando aquí la noción de multicultural como simple hecho de coexistencia de un pluralismo cultural –reconocido– en los Estados-nación.

La globalización y el pluralismo han inducido tensiones contradictorias en el seno de las sociedades, que llevan a plantearse seriamente la viabilidad del Estado-nación en su configuración del siglo XIX. Quizá su viabilidad esté supeditada a la renegociación del vínculo social e incluso del vínculo político, que probablemente exigirá una coexistencia de pertenencias múltiples, muchas más que de tipo territorial de tipo personal, como las ONG. La ruptura de este vínculo bastante perceptible surge igualmente de la pérdida de un proyecto colectivo libremente asumido y de una pérdida cultural de sentido que va más allá de lo político para incluir la dimensión individual (Altarejos, Rodríguez y Fontrodona, 2003).

La educación tiene que hacer frente a esta remodelación de las sociedades, y parece evidente que la vieja concepción de los sistemas escolares no se adapta a las condiciones de esta nueva situación. Sería éste un tema que convendría desarrollar, pero que las dimensiones de nuestro trabajo nos impiden llevar a cabo. Puede encontrarse una buena introducción en el informe Delors y en los materiales que sirvieron para su elaboración (Comisión Internacional sobre la Educación para el siglo XXI, 1996; 1998).

En este contexto, se produce en el ámbito internacional una reflexión de fondo sobre el derecho a la educación, que no había tenido precedentes en la historia. Vamos a señalar aquí algunos hitos.

2. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO

La norma internacional más reciente sobre la educación aparece en la Declaración universal sobre la diversidad cultural de la UNESCO adoptada en 2001. Dice así: “Toda per-

sona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respete plenamente su identidad cultural” (art. 5).

Esta formulación es emblemática del nuevo contexto internacional por el hecho de que el derecho aparece caracterizado con el adjetivo “de calidad” y porque se proclama el derecho al respeto pleno de las identidades culturales. Estas nociones nos permiten introducir un tercer elemento, que es la noción misma de derecho, poco presente hasta hace pocos años en la reflexión educativa. La educación es ante todo un derecho de la persona humana, y los sistemas educativos deben concebirse en función de esta óptica. Es lo que se denomina actualmente “enfoque de las políticas basado en los derechos humanos” (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002; Comisión de Derechos Humanos [CDH], 2002a).

La ex-relatora de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la educación lo definió así: “marco jurídico global que define los derechos humanos y las obligaciones correspondientes de los gobiernos [...]. La simetría entre los derechos humanos y las consiguientes responsabilidades gubernamentales garantiza la sostenibilidad al vincular la potenciación para el ejercicio de los derechos con la rendición de cuentas. El Estado de derecho, en tanto que base de los derechos humanos, promueve y, al mismo tiempo, requiere el establecimiento de garantías jurídicas del derecho a la educación y de salvaguardia de los derechos humanos en la educación” (CDH, 2004, párr. 43).

Pero conviene antes de seguir adelante, exponer de manera sistemática lo que las normas internacionales prescriben con respecto al derecho a la educación. Nos limitaremos aquí a las normas principales de Naciones Unidas (ONU), de la UNESCO y del Consejo de la Unión Europea.

La Declaración Universal de Derechos Humanos proclama el derecho a la educación para todos, el hecho de que la educación tiene por principal objetivo el desarrollo de la persona y el derecho de los padres a elegir escuela para sus hijos:

“Toda persona tiene derecho a la educación. [...]. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. [...]. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos” (art. 26).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reafirma los mismos elementos:

“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. [...]. Los Estados Partes [...] se comprometen a respetar la libertad de los padres [...] de escoger para sus hijos [...] escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas [...]” (art. 13).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos menciona también la libertad de los padres en el marco más general del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión [...]. Los Estados Partes [...] se comprometen a respetar la libertad de los padres... para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 18).

La Convención de derechos de niño se refiere igualmente a la educación en su artículo 29. Añade referencias a la identidad cultural y reafirma el derecho a crear centros de enseñanza:

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 [...]. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza”.

Hacemos por último referencia al último instrumento categorial que entró en vigor en 2003, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, instrumento de gran importancia en el contexto actual de la globalización. En su artículo 30, la Convención afirma la igualdad de trato, con independencia de la situación legal, y exige el respeto de las identidades culturales de los migrantes, impidiendo las integraciones o asimilaciones forzosas:

“Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios [...] no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres” (art. 30).

“Los Estados Partes velarán porque se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares y no impedirán que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen” (art. 31).

En el ámbito europeo, el Protocolo Adicional n°1 al Convenio para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Consejo de Europa, 1952) hace referencia al derecho a la instrucción, con una formulación negativa, fruto de la época de su redacción –los años 50– así como la libertad de elección de los padres.

“A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de sus funciones que asumirá 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” (art. 2).

En el mismo contexto regional conviene mencionar igualmente la Resolución sobre la Libertad de Enseñanza en la Comunidad Europea de 1984 (Fernández y Jenkner, 1995, pp.

379-381), texto de gran interés porque aborda una cuestión fundamental en Europa: la de la financiación de las escuelas no gubernamentales/privadas³. A la vez que reconoce los elementos esenciales de los textos de las Naciones Unidas, precisa que la libertad de educación y de instrucción estriba también en el derecho de crear un centro y de impartir en él una enseñanza. El texto hace hincapié, además, en la libertad de los padres, libertad que no debe traducirse para ellos en una obligación económica insoportable:

“El derecho a la libertad de enseñanza implica la obligación de los Estados miembros de hacer posible el ejercicio práctico de este derecho, incluso en el aspecto económico, y de conceder a los centros las subvenciones públicas necesarias para el ejercicio de su misión, y el cumplimiento de sus obligaciones en condiciones iguales a las que disfrutan los correspondientes centros públicos, sin discriminación respecto a las entidades titulares, los padres, los alumnos o el personal; sin embargo, esto no impide que se pida a las escuelas creadas por la iniciativa privada una determinada aportación personal que refleje su propia responsabilidad y tienda a fortalecer su independencia” (I. 9)⁴.

Sobre esta base puede resumirse el consenso internacional sobre el derecho a la educación en los cuatro puntos siguientes, que corresponderían al “core content”, núcleo duro del derecho inmediatamente exigible:

1. Toda persona tiene derecho a la educación. El Estado debe asegurar la gratuidad de la enseñanza en todos los niveles, aunque la exigencia es menor en la enseñanza secundaria y superior.
2. La educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y al respeto de los derechos humanos. La educación debe respetar las identidades culturales.
3. Los padres tienen la primera autoridad y responsabilidad en materia de educación,

³ A las escuelas que no están directamente gestionadas por los poderes públicos se les suele denominar privadas independientemente de si reciben o no financiación por parte del Estado. El Pacto las denomina “escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas”. La denominación no es anodina y conlleva una carga ideológica. La denominación usual ‘privada’ no corresponde bien al concepto porque en realidad la gran mayoría de estas escuelas nacen de la sociedad civil y no persiguen fines de lucro. En España se ha empleado la formulación “de iniciativa social”, un poco complicada para ser fácilmente utilizable. En nuestro *Informe sobre las libertades educativas* (2002), para poner de relieve este carácter de iniciativas de la sociedad civil, e intentando buscar una formulación que sea neutral, hemos optado por “escuelas no gubernamentales”, expresión tomada de las ONG (organizaciones no gubernamentales).

La cuestión se vuelve aún más compleja si tenemos en cuenta que estas escuelas pueden ser subvencionadas o no por los poderes públicos y, de hecho, en la mayoría de los Estados existen centros subvencionados y no-subvencionados. Es un tema que urge estudiar para llegar a una formulación consensual.

⁴ Sobre el derecho a la educación en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos puede consultarse el trabajo de C. Ugarte (2004). Dispone de una amplia bibliografía. Una introducción a la cuestión puede encontrarse en nuestro artículo (2003). Ha hecho un buen resumen de la problemática J. L. Martínez López-Muñiz (1999). Los textos fundamentales pueden consultarse en nuestro libro (Fernández y Jenkner, 1995). Para los instrumentos de la UNESCO, ver Y. Daudet y K. Singh (2001).

aunque el ámbito de aplicación de esta autoridad está definida con cierta ambigüedad.

4. El sistema educativo de cada país debe comprender escuelas públicas y “escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas”/no gubernamentales/privadas.

3. DESARROLLOS HERMENÉUTICOS RECIENTES EN LOS ÓRGANOS DE NACIONES UNIDAS

Al mencionar el derecho a la educación sistemáticamente en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales se corre el riesgo de olvidar que la educación es también un derecho de tipo civil y político, un derecho-libertad. Como tal, figura en el Pacto de derechos civiles y políticos, como ya hemos visto. En este contexto, la educación aparece íntimamente ligada a la libertad de pensamiento y de conciencia, lo que ciertamente le confiere una dimensión nueva y más fundamental por cuanto estas libertades pertenecen al núcleo de los derechos humanos.

El derecho a la educación en cuanto derecho-libertad es lo que se denomina en la tradición jurídica occidental libertad de enseñanza, probablemente la única libertad pública objeto de controversia en los países democráticos⁵. Esta libertad ha sido objeto de pronunciamientos de los tribunales constitucionales de varios Estados europeos, en particular de Francia, España y Alemania, que la han situado como uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico por su relación con las libertades de conciencia y pensamiento mencionadas con anterioridad⁶.

Estos pronunciamientos han legitimado igualmente la financiación de los centros no gubernamentales/privados sobre la base de la indivisibilidad de los derechos humanos y de la necesidad de hacer efectivo el ejercicio del derecho de los padres a elegir mediante la gratuidad de los centros no pertenecientes al Estado. En la práctica todos los Estados del Norte financian la enseñanza no gubernamental/privada, aunque a diferentes niveles. A nivel mundial, el 64% contribuyen de algún modo a la financiación de este tipo de centros (Fernández y Nordmann, 2002).

Este hecho contrasta fuertemente con la voluntad de los Estados de no querer aceptar la formulación explícita de esta obligación que puede interpretarse ciertamente como una real desprotección jurídica de esta libertad.

En descargo de los Estados conviene anotar que sólo recientemente se han producido los desarrollos hermenéuticos que posibilitan una delimitación más clara del derecho y de las

⁵ Como afirma con pertinencia J. Robert (1994, p. 33).

⁶ Sobre los pronunciamientos en España, puede verse F. Riu (1998); sobre Francia, ver L. Favoreau y L. Phillip (2001).

obligaciones de los Estados. Entre esos desarrollos cabe señalar de manera especial las Observaciones generales del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales a los artículos 13 y 14 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales (CDESC, 1999a, 1999b).

A otro nivel conviene señalar el informe de M. Mehedi (1999) a la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías, y los de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos (CDH, 1999, 2000, 2002a, 2004).

Todos estos desarrollos permiten hablar hoy de un marco conceptual para el derecho a la educación que permite determinar el contenido, finalidades y obligaciones de los poderes públicos con respecto a la educación. Vamos a referirnos a continuación a los principales elementos de este marco conceptual.

En primer lugar conviene mencionar las características que debe tener el sistema educativo para responder a las exigencias de las normas internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Estas características han sido conceptualizadas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas a finales de los años 90 y son aplicables a todos los derechos de este tipo.

Cuatro son las características que debe reunir el sistema educativo a todos los niveles:

1. **Dotación (Availability):** puesta a disposición de centros suficientes.
2. **Accesibilidad:** física, económica y cultural (no discriminación).
3. **Aceptabilidad:** por parte de las partes implicadas (padres, profesores, alumnos).
4. **Adaptabilidad:** a los cambios sociales.

La Observación general sobre el artículo 13 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales explica así estas características:

1. Disponibilidad. Por disponibilidad se entiende que “debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado [...]. 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 [...], instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.”

2. Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente: no discriminación, accesibilidad material y accesibilidad económica;

3. Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación han de ser Aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y... los padres.

4. Adaptabilidad. La educación debe “adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados”.

Estas características están interrelacionadas y no pueden entenderse de modo separado. Así, por ejemplo, la dotación de centros tendrá que responder a la aceptabilidad por las partes implicadas, y la no-discriminación (accesibilidad) debe extenderse a toda la dotación. Los poderes públicos tienen que poner en marcha un sistema educativo que esté suficientemente dotado de centros que sean accesibles a todos, aceptables por las partes implicadas, y adaptable a la evolución de la situación social. La Relatora sobre el derecho a la educación ha estudiado ampliamente las cuatro características en sus informes de 1999 y 2000 a la Comisión de Derechos Humanos (CDH, 1999, 2000, 2002a, 2004; Mehedi, 1999).

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha también tipificado las obligaciones del Estado con respecto a estos derechos, que son temas de gran dificultad, como se ve por los lentos avances de la comunidad internacional en la materia. Las obligaciones de los poderes públicos con respecto a la educación son de tres tipos:

1. Respeto (del derecho).
2. Protección (contra terceros).
3. Pleno cumplimiento (*achievement* o progresividad del derecho).

El Comité recoge la tipología empleada para otros derechos (respetar, proteger y pleno cumplimiento, “cumplir” en el texto de la Observación), y la combina con las características fundamentales de la educación: “La obligación de respetar exige que los Estados Partes eviten las medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho a la educación. La obligación de proteger impone a los Estados Partes adoptar medidas que eviten que el derecho a la educación sea obstaculizado por terceros. La de dar cumplimiento (facilitar) exige que los Estados adopten medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho a la educación y les presten asistencia. Por último, los Estados Partes tienen la obligación de dar cumplimiento (facilitar el) al derecho a la educación” (CDESC, 1999, 47).

El Comité subraya que la tercera obligación, la de facilitar o “achievement” supone que “como norma general, los Estados Partes están obligados a dar cumplimiento a (facilitar) un derecho concreto del Pacto cada vez que un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí mismo con los recursos a su disposición” (47).

Estas obligaciones son, en primer lugar, del Estado; a él se le reconoce como principal “deudor” de los derechos humanos, aunque no se exima de obligaciones a los otros sectores: privado y sociedad civil. Las responsabilidades de estos dos actores son sensiblemente más difíciles de establecer.

“Está claro –dice la Observación general– 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 prose-

guir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza' (apartado e) del párrafo 2 del artículo 13)" (47).

Sin embargo, prosigue el Comité, las obligaciones no son las mismas para todos los niveles educativos. Así, si es verdad que "la obligación de los Estados Partes de cumplir (facilitar) se acrecienta en relación con el derecho a la educación [...] el alcance de esta obligación no es el mismo respecto de todos los niveles de educación" (48).

4. EL IMPACTO DE LA NOCIÓN DE BUENA GOBERNANZA O BUENA GESTIÓN DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS

Esta referencia a las obligaciones de los otros sectores nos permite introducir una tercera reflexión que tiene un impacto directo en estos derechos. Hacemos referencia a la noción de "good governance", que es relativamente reciente en la política internacional. Desarrollada por el PNUD y otras agencias de Naciones Unidas, hace referencia "al ejercicio de la autoridad económica, política y administrativa para gestionar los asuntos de un país" (PNUD, 1997, p. 3). Implica la interacción entre los tres sectores del sistema social: Estado, sector privado y sociedad civil, que deben ser los tres –y no sólo el Estado– "actores" de la gobernanza.

Los tres actores deben ser concebidos de manera que contribuyan al desarrollo humano sostenible, creando condiciones políticas, jurídicas, económicas y sociales propicias a la erradicación de la pobreza, a la creación de empleo y a la protección del medio ambiente.

Esta responsabilidad conjunta de los asuntos públicos conlleva un cambio fundamental del papel del Estado. Su misión esencial es "la puesta en marcha y el mantenimiento de marcos jurídicos y reglamentarios equitativos, eficaces y estables que rijan las actividades públicas y privadas" (PNUD, 1997, p. 7).

En la buena gobernanza, la sociedad civil, concebida como "la parte de la sociedad que establece vínculos entre los individuos y el dominio público y el Estado", tiene un papel nuevo y fundamental de contrapeso al poder de los gobiernos, y de vigilancia de las irregularidades sociales al permitir al ciudadano participar de manera directa en las actividades económicas y sociales (PNUD, 1997, p. 9).

Teniendo a la vista la historia de los sistemas educativos desde su inicio a comienzos del siglo XX, la anterior Relatora sobre el derecho a la educación había mostrado, en su informe de 2002, la evolución de los sistemas educativos desde la óptica de los derechos humanos. La realización del derecho a la educación, dice Tomasevski, pasa por tres etapas fundamentales:

1. Segregación (mujeres, minorías, minusválidos).
2. Asimilación e integración de los colectivos diferentes.
3. Adaptación a la diversidad (sistema educativo en función del interés del niño/a).

"La primera etapa entraña la concesión del derecho a la educación a aquellos a los que se les ha denegado históricamente (los pueblos indígenas o los no ciudadanos) [...]; entraña habitualmente una segregación, es decir, que se otorga a las niñas, a los pueblos indígenas, a los niños discapacitados o a los miembros de minorías el acceso a la educación, pero se les confina en escuelas especiales;

La segunda etapa requiere abordar la segregación educativa y avanzar hacia la integración, en la que los grupos que acaban de ser admitidos tienen que adaptarse a la escolarización disponible, independientemente de su lengua materna, religión, capacidad o discapacidad; las niñas tal vez sean admitidas en centros escolares cuyos planes de estudios fueron diseñados para niños [...].

La tercera etapa exige una adaptación de la enseñanza a la diversidad de aspectos del derecho a la educación, sustituyendo el requisito previo de que los recién llegados se adapten a la escolarización disponible por la adaptación de la enseñanza al derecho igualitario de todos a la educación y a los derechos paritarios en ese ámbito” (2002, p. 30).

En la fase 2 las categorías recientemente admitidas en las escuelas ordinarias deben adaptarse, abandonar su lengua materna o su religión o su residencia habitual en el caso de pensionados. Las chicas podrán así ser admitidas en escuelas cuyos programas han sido concebidos para chicos. La asimilación implica la imposición de la uniformidad, la integración reconoce la diversidad, pero solamente como una desviación con respecto a la ‘norma’. Sólo en la fase 3 ya no es el alumno el que debe adaptarse al sistema educativo existente, es el sistema educativo quien debe estar en conformidad con el interés superior del niño. El desafío de los sistemas educativos occidentales es el paso de la fase 2 a la fase 3⁷.

Este paso es delicado para delimitar convenientemente las medidas especiales o diferenciales de la discriminación. En la educación, las diferencias siempre han jugado un papel fundamental. Por esto no es posible considerar cada separación como discriminatoria, ya que la educación tiene que adaptarse a las diferencias –como afirma oportunamente Tomasevski– si quiere respetar a la persona. Podríamos afirmar que, ante la educación, somos **todos iguales** (en derecho), pero también **todos diferentes** (en lo que tiene que ver con nuestras necesidades y nuestras características).

5. LA DISCRIMINACIÓN EN LA EDUCACIÓN⁸

Desde el comienzo de la codificación internacional en el terreno educativo, las Naciones Unidas y sus organismos dedicaron una atención prioritaria a la discriminación. El primer instrumento específico sobre educación fue precisamente la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de la UNESCO, adoptada en 1960.

⁷ Para un análisis detallado de los sistemas educativos en Europa, véase Glenn, y De Groof (2002).

⁸ Sobre el tema de la discriminación, sobre todo en el marco del Convenio de la UNESCO, véase Fernández y Ponci (2005). Ver igualmente el libro de Daudet y Singh (2001).

Según ese texto: “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” (art. 1, párr. 1).

Esta definición sitúa la discriminación en la alteración de la igualdad de trato, no en la distinción o diferencia. El informe preliminar a la Convención, realizado por expertos de la UNESCO evidencia que algunas distinciones o diferencias no son solamente legítimas, sino incluso necesarias, y hasta tal punto que, en algunos casos, es paradójicamente la falta de distinciones lo que constituye una situación discriminatoria debida al no-respeto de la diferencia:

“A veces nos preguntamos si la igualdad de acceso a la educación implica una educación idéntica para todos. Los educadores reconocen que ciertas diferencias en la educación dispensada a los niños no constituyen medidas discriminatorias. En general, las diferencias de enseñanza son consideradas como admisibles si constituyen adaptaciones a unas diferencias de aptitudes entre los alumnos, o a las necesidades de la formación profesional o técnica, o a ciertas situaciones, a ciertas necesidades individuales, por ejemplo a los impedidos físicos. Ciertos educadores afirman también que, cuando la enseñanza no se adapta a las aptitudes de los niños, y no tiene en cuenta los fines o las necesidades particulares, llega a ser discriminatoria para los alumnos que se alejan de la media [de la clase]” (UNESCO, 1959, párr. 34).

Desde un punto de vista jurídico, Marc Bossuyt, experto de la Sub-Comisión de Promoción y de Protección de los Derechos Humanos ha hecho un análisis del concepto de discriminación que permite disponer de una terminología mas clara:

“En la actualidad, en el ánimo de todos está que el término ‘discriminación’ queda reservado a las diferencias arbitrarias e ilegales en el trato. [...]. El término ‘diferenciación’, por el contrario, apunta a una diferencia de trato que se considera legítima” (CDH, 2002b, párr. 91).

Es esencial pues disponer de un criterio que permita determinar cuáles son las ‘buenas’ y las ‘malas’ distinciones en la educación. La noción de ‘igualdad cualitativa’, desarrollada por la UNESCO, es de gran utilidad y puede convenir como criterio. Esta noción de ‘igualdad cualitativa’ no implica una igualdad estricta de contenido. Supone más bien que se adapte el contenido a la necesidad del educando, la igualdad se refiere entonces a la inversión por alumno que debería ser independiente del sexo, de la raza, de la religión, etc.

Así queda abierta la posibilidad de separar los alumnos por razones de tipo diverso, siempre que esta separación no ponga en entredicho la igualdad cualitativa o “la igualdad de tratamiento en materia de enseñanza”, según la fórmula del artículo primero. Así, la Convención hace mención, en su artículo 2, de tres casos que no deben ser considerados como discriminaciones si la igualdad de trato se respeta:

- a. los sistemas de enseñanza separados para alumnos de los dos sexos;
- b. los sistemas de enseñanza separados, por motivos de orden religioso o lingüístico;
- c. los establecimientos de enseñanza privados.

6. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO CULTURAL

Recientemente hemos abordado en un artículo esta temática de capital importancia en el contexto de la globalización (Fernández, 2004). Decíamos que es sorprendente la poca consideración que los investigadores han otorgado a este aspecto de la educación que parece, sin embargo, crucial. Retomamos aquí algunas de las ideas expresadas en ese artículo.

Para entender correctamente qué se entiende por derecho cultural es menester entender que en la persona existe una relación fecunda entre naturaleza y cultura: necesidad y posibilidad se articulan para constituir el existente humano. Utilizando una metáfora de Rof Carballo (1997), aunque no estrictamente en el mismo sentido que él la utiliza, el hombre está constituido de trama y urdimbre, sobre la trama biológica (naturaleza), la libertad teje una urdimbre (la cultura). La existencia humana es esa urdimbre construida sobre una trama ya invisible.

Esta concepción del hombre permite una recta comprensión de los derechos culturales como derechos a “ser”, y no solamente como derechos a “poseer” bienes culturales. Los derechos culturales son así “el conjunto de derechos cuyo objeto es la protección y la valoración de la identidad, siendo ésta concebida como el reconocimiento de una singularidad, que hace referencia a la comunicación entre lo particular y lo universal. Si todos los derechos humanos son derechos ‘del otro’, esto es verdad de modo particular en los derechos culturales que son una apertura al otro por la cultura” (Meyer-Bisch, 2002, p. 216).

Así, podemos definir los derechos culturales como “el conjunto de derechos que garantizan el acceso a los recursos necesarios para los procesos de identificación” (Meyer-Bisch, 2002, p. 216).

La formulación de la Declaración sobre la diversidad cultural (supra) muestra bien el núcleo cultural del derecho a la educación. “Sintetiza una trayectoria conceptual que va del derecho social y económico (puesto escolar) al derecho cultural (identidad), pasando por los derechos civiles y políticos (libertad de elección y creación de centros). El derecho a la educación es, efectivamente y a la vez, las tres cosas, pero es la dimensión cultural la que justifica las otras. Es porque de la educación depende la identidad –el existir propiamente humano– que tiene que preverse una prestación estatal, una dotación, y esta prestación tiene que respetar las libertades de los actores para permitir la identificación libre. Como derecho cultural, la educación aparece, ante todo, como el instrumento de la auto-donación de sentido, como el lugar del ‘aprender a ser’ ” (Fernández, 2004, pp. 267-268).

La diversidad y el pluralismo de los sistemas educativos son fundamentales en este sentido. La diversidad es riqueza y fuente de posibilidades para los individuos y las sociedades, co-

mo se observa cuando se reflexiona sobre el hecho de que la diversidad es constitutiva de toda sociedad y de la naturaleza en general⁹. No existen dos personas genéticamente idénticas, pero es más evidente aún desde el punto de vista cultural. La educación, por ello, tiene que ser lo más personalizada o individualizada posible (aceptabilidad). Sólo la diversidad garantiza adecuadamente los derechos de la persona: “el respeto y el desarrollo de la diversidad de las personas, de los actores y de los valores son el fundamento clásico de las libertades en todos los campos de la sociedad. Por la función específica del campo cultural que puede definirse como una circulación de saberes [...] la diversidad cultural es el primer componente de todo desarrollo humano. Garantiza y agranda las posibilidades de elección, las capacidades de las que cada uno dispone, individualmente o en comunidad” (Meyer-Bisch, 2002, p. 215).

7. UN PROGRAMA DE TRABAJO, A MODO DE CONCLUSIÓN

La educación como derecho ha adolecido hasta fecha reciente de concreción a nivel internacional. Es difícil exigir un cumplimiento del derecho a los Estados cuando el derecho mismo no está bien delimitado, sobre todo por lo que se refiere a las obligaciones de los poderes públicos. Se ha avanzado mucho pero queda todavía mucho por hacer, sobre todo a nivel de indicadores socio-económicos indispensable para evaluar la progresión de las políticas públicas.

Es evidente, en efecto, que sin una materia de indicadores consensuada a nivel internacional será difícil vigilar de modo eficaz el cumplimiento del derecho internacional. Estos indicadores deberán ser pocos y escogidos, basados en el derecho, particularmente en las cuatro características de la educación: dotación, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad; y en la triple obligación: respetar, proteger y facilitar. Ya hay intentos de gran mérito y pertinencia¹⁰, pero falta un consenso internacional que podría venir de la colaboración entre las Naciones Unidas –Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales– y la UNESCO, a través del Comité Conjunto (UNESCO-CESCR, 2003).

Urge igualmente llevar a cabo una extensa tarea de formación de los responsables de los gobiernos en este terreno, sobre todo de los responsables de las políticas educativas, cosa que será costosa por el cambio de mentalidad que supondrá a agentes públicos más preocupados habitualmente por las soluciones técnicas a los problemas que por la pertinencia de las acciones con respecto a los derechos humanos.

No es menos importante fortalecer la cultura de la evaluación en un sector que se basaba hasta ahora en otros valores y ejercitaba otro tipo de prácticas. Esta cultura de evaluación

⁹ Como demuestra el Informe 2004 sobre el desarrollo humano del PNUD.

¹⁰ Ver el proyecto del Institut Interdisciplinaire d'Éthique et des Droits de l'Homme (s.f.), de la Universidad de Friburgo (Suiza).

necesita un aumento de investigación aplicada, por ejemplo, en el terreno de la calidad y de las dimensiones de la educación, que resulta difícil medir con útiles matemáticos, como la ciudadanía o la educación en valores.

Por último, el enfoque basado en derechos y la gobernanza introducen cambios radicales en la gestión de los sistemas educativos¹¹. Es imperativo pensar correctamente estos cambios para no caer en un caos de confrontación de lógicas. El papel de la sociedad civil, la participación y la autonomía, por ejemplo, deben estudiarse de manera que se pueda establecer un cambio en los sistemas, que facilite el cumplimiento del derecho. Es importante decir esto con valentía, porque la constatación hoy es clara: los sistemas educativos en la mayoría de los países del mundo no respetan los derechos fundamentales de la persona, tal como éstos están plasmados en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. El desafío es de talla, quizá el mayor que tienen planteado actualmente los sistemas democráticos.■

Fecha de recepción del original: 20-05-2005

Fecha de recepción de la versión definitiva: 06-04-2006

¹¹ Esta temática fue abordada por un proyecto que OI DEL ha realizado con la Universidad de Ginebra y la OIE sobre el diálogo político en educación, financiado por el RUIG. Véase el número especial de la revista *Perspectivas*, 130(2004).

REFERENCIAS

- Altarejos, F., Rodríguez, A. y Fontrodona, J. (2003). *Retos educativos de la globalización*. Pamplona: EUNSA.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2002). *Projet de directives: Les stratégies de lutte contre la pauvreté sous l'angle des droits de l'homme* (HR/PUB/2002/5d).
- Castro Cid, B. de. (1993). *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. León: Universidad de León.
- Comisión de Derechos Humanos. (1999). *Derechos económicos, sociales y culturales. Los derechos del hombre y las medidas coercitivas unilaterales. Informe del Secretario general* (E/CN.4/1999/44).
- Comisión de Derechos Humanos. (2000). *Derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a la educación. Informe provisional de la Relatora Especial, Katarina Toma_evski* (E/CN.4/2000/6).
- Comisión de Derechos Humanos. (2002a). *Derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a la educación. Informe anual de la Relatora Especial, Katarina Toma_evski* (E/CN.4/2002/60).
- Comisión de Derechos Humanos. (2002b). *Prévention de la discrimination. La notion d'action positive et son application pratique. Rapport final présenté par M. Marc Bossuyt, Rapporteur spécial, en application de la résolution 1998/5 de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme* (E/CN.4/Sub.2/2002/21).
- Comisión de Derechos Humanos. (2004). *Derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a la educación. Informe de la Relatora Especial, Katarina Toma_evski* (E/CN.4/2004/45).
- Comisión Internacional sobre la Educación para el siglo XXI. (1996). *La Educación encierra un tesoro*. Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la Educación para el siglo XXI, presidida por Jacques Delors. Madrid: Santillana / París: UNESCO.
- Comisión Internacional sobre la Educación para el siglo XXI. (1998). *L'éducation pour le XXIème siècle. Questions et perspectives*. Contributions à la Commission Internationale sur l'Éducation pour le vingt et unième siècle, présidée par Jacques Delors. Paris: UNESCO Publishing.
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1999a). *Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 13: El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)* (E/C.12/1999/10).
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1999b). *Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 11: Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto)* (E/C.12/1999/4).
- *Convención internacional sobre protección de derechos de trabajadores migrantes y sus familias*. (1990). Extraído del sitio Web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/m_mwctoc_sp.htm
- *Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza*. (1960). Extraído del sitio Web de la UNESCO: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- *Convención sobre los Derechos del Niño*. (1989). Extraído del sitio Web de UNICEF: <http://www.unicef.org/spanish/crc/crc.htm>
- Daudet, Y. y Singh, K. (2001). *Le droit à l'éducation: analyse des instruments normatifs de l'UNESCO*. Paris: UNESCO.

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. (1948). Extraído del sitio Web de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>.
- Etzioni, A. (2000). *La Tercera Vía hacia una buena sociedad*. Madrid: Minima Trotta.
- Favoreau, L. y Philip, L. (2001). *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. Paris: Dalloz.
- Fernández, A. (2003). Le droit à être (homme). Le droit à l'éducation comme droit culturel. En A. Fernández y R. Trocmé, *Vers une culture des droits de l'homme* (pp. 367-391). Genève: Diversités.
- Fernández, A. (2004). La educación como derecho cultural. *Persona y Derecho*, 50, 259-76.
- Fernández, A. y Jenkner, S. (1995). *Déclarations et conventions internationales sur le droit à l'éducation et la liberté d'enseignement*. Frankfurt: Info 3 Verlag.
- Fernández, A. y Nordmann, J. D. (Eds.). (2002). *El estado de las libertades educativas en el mundo: Informe educativo 2002*. Madrid: Santillana.
- Fernández, A. y Ponci, J. D. (Eds.). (2005). *Discriminación y educación*. Genève: Diversités Genève.
- Glenn, C. L. y De Groof, J. (2002). *Finding the Right Balance: Freedom, Autonomy and Accountability in Education*. Utrecht: Lemma.
- UNESCO. (1959). *Rapport préliminaire établi conformément aux dispositions de l'article 10.1 du règlement relatif aux recommandations aux Etats membres et aux conventions internationales prévues par l'article IV, paragraphe 4, de l'Acte constitutif* (UNESCO/ED/167).
- Institut Interdisciplinaire d'Éthique et des Droits de l'Homme. (s.f.). *Les Indicateurs du Droit à l'Éducation*. Recherche en cours. Extraído, en septiembre de 2005, del sitio Web de la Universidad de Friburgo: <http://www.unifr.ch/iedh/indicateurs/indicateurs.htm>
- Martínez López-Muñiz, J. L. (1999). Le droit à l'éducation dans les instruments internationaux. *Revue de droit africain*, 10, 141-162.
- Mehedi, M. (1999). *El contenido del derecho a la educación*. Documento de trabajo presentado ante la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías (E/CN.4/Sub.2/1999/10).
- Meyer-Bisch, P. (2002). Propositions et recommandations. En B. Boutros-Ghali (Pref. de), *Diversité et droits culturels* (pp. 213- 221). Paris: Organisation internationale de la Francophonie.
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. (1966). Extraído del sitio Web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. (1966). Extraído del sitio Web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_cescr_sp.htm
- Consejo de Europa. (1952, 20 de marzo). Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocol No. 11 (ETS N° 009). Extraído de <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/009.doc>
- PNUD. (1997). *La bonne gouvernance et le développement humain durable*. Washington, D.C.: American Writing, division de Communications Development Incorporated. Extraído de <http://magnet.undp.org/Docs/!UN98-21.PDF/!GOVERNA.NCE/!GSHD.FRE/!gshdfo.pdf>
- PNUD. (2004). *Informe sobre el desarrollo humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*. Madrid: Mundi-Prensa.

- *Revista Perspectivas*, 130(2004).
- Rifkin, J. (2000). *La era del acceso*. Barcelona: Paidós.
- Riu, F. (1998). *Todos tienen derecho a la educación*. Madrid: CGEC.
- Robert, J. (1994). *Droits de l'homme et libertés fondamentales* (5ª ed.). Paris: Montcrestien.
- Roí Carballo, J. (1997). *Violencia y ternura*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Ugarte, C. (2004). *Las Naciones Unidas y la educación en derechos humanos*. Pamplona: EUNSA.
- UNESCO. (2001). *Proyecto de Declaración de la UNESCO sobre la diversidad cultural* (31 C/44 Rev.2).
- UNESCO-CESCR. (2003). *Informe del Grupo Mixto de expertos UNESCO (CR)/Consejo Económico y Social (CESCR) sobre el seguimiento del derecho a la educación* (Doc. 167 EX/CR 2).