

El derecho a la educación como derecho social fundamental en sus tres dimensiones: educación primaria, secundaria y superior*

The right to education as a fundamental social right in its three dimensions: primary, secondary and higher education

O direito à educação como direito social - fundamental em suas três dimensões: educação primária, secundária e superior

FRANCISCO CORTÉS RODAS**

Universidad de Antioquia

FECHA DE RECEPCIÓN: 6 DE JUNIO DE 2012 • FECHA DE APROBACIÓN: 5 DE SEPTIEMBRE DE 2012

RESUMEN

En este artículo, se plantea el problema de si puede considerarse a la educación como un derecho fundamental. Se analizan las implicaciones que ha tenido su no inclusión como tal derecho en la Constitución en el capítulo de los derechos fundamentales. Se estudian dos grandes tradiciones sobre los derechos fundamentales: el neoliberalismo afirma que los derechos fundamentales son únicamente los derechos liberales civiles y políticos. Y el liberalismo social concibe que los derechos fundamentales son, además de los derechos liberales civiles y políticos, los económicos y sociales. En la parte final, se hace una reconstrucción del desarrollo del derecho a la educación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; termina con unas críticas al proyecto de reforma de la educación superior y unas sugerencias con miras a proponer a la educación como un derecho fundamental.

Palabras clave: educación, derechos fundamentales, derechos sociales, liberalismo social, neoliberalismo.

* Agradezco los comentarios y sugerencias de orden jurídico y constitucional a Rodolfo Arango, Leonardo García Jaramillo y Catalina Arbeláez. Agradezco también a los evaluadores anónimos por las críticas y sugerencias tan precisas y bien fundamentadas. Este artículo hace parte de un grupo de trabajo sobre la fundamentación de los derechos sociales en el contexto de la crisis de la democracia social y del proyecto de investigación “Los fundamentos normativos de la democracia y el problema de la representación política”, aprobado por el Centro de Investigación de la Universidad de Antioquia CODI.

** Doctor en Filosofía, Universidad de Konstanz (Alemania). Director del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia). Correo electrónico: franciscocortes2007@gmail.com

ABSTRACT

This paper tackles the question: Can universal access to education be considered a fundamental right? Here we analyze the implications of having excluded universal access to education from the Constitution's chapter on basic rights. We also examine two important traditions in the field of fundamental rights. The neo liberalist tradition, which holds that only civil and political rights are fundamental rights, and the social liberal tradition, which holds that fundamental rights should include civil and political as well as economic and social rights. We then review the history that the right to an education has had in the jurisprudence of the constitutional court. The paper concludes with a critique of the higher education reform bill and some suggestions with a view to introducing universal access to education as a fundamental right.

Key words: education, fundamental rights, social rights, social liberalism, neo-liberalism

RESUMO

Neste artigo, se expõe o problema de se pode considerar-se a educação como um direito fundamental. Analisam-se as implicações que tem tido sua não inclusão como direito na Constituição no capítulo dos direitos fundamentais. Estudam-se duas grandes tradições sobre os direitos fundamentais: o neoliberalismo afirma que os direitos fundamentais são unicamente os direitos liberais civis e políticos; e o liberalismo social concebe que os direitos fundamentais são, além dos direitos liberais civis e políticos, os econômicos e sociais. Na parte final, se faz uma reconstrução do desenvolvimento do direito à educação na jurisprudência da Corte Constitucional; finaliza com umas críticas ao projeto de reforma da educação superior e umas sugestões com o objetivo de propor a educação como um direito fundamental.

Palavras chave: educação, direitos fundamentais, direitos sociais, liberalismo social, neoliberalismo.

Para citar este artículo: Cortés Rodas, Francisco, "El derecho a la educación como derecho social fundamental en sus tres dimensiones: educación primaria, secundaria y superior", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14, (2), pp. 185-205.

En la Constitución Política de 1991, la educación no está contemplada dentro del capítulo que habla de los derechos fundamentales, pero aparece en el capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales, donde es considerada un derecho fundamental de los niños. El artículo 44 dice:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. [...] Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Más adelante en el artículo 67 se establece que

la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social: con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura, para la adecuada formación del ciudadano. [...] El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. [...] La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Las preguntas que se desprenden de esto son ¿es la educación un derecho fundamental? Y si lo es, ¿por qué no se incluyó en el capítulo de los derechos fundamentales? Aun reconociendo la educación como un derecho fundamental, esta solo puede garantizarse progresivamente, entonces, ¿cuáles serían los contenidos mínimos exigibles de este derecho? ¿Cómo resolver la tensión entre la educación como un derecho y la educación como servicio público con función social? Estas son algunas de las preguntas que se han planteado en el marco de discusiones sobre el derecho a la educación, con motivo de la presentación por la Ministra de Educación del proyecto de reforma de la Ley 30 de 1992 en febrero de 2011.

Ahora bien, es importante destacar en relación con la pregunta que nos hemos planteado que, para el actual gobierno, la educación superior universitaria no es considerada como derecho fundamental. El artículo 1° del primer proyecto presentado por el gobierno expresa: “La educación es un servicio público cultural, inherente a la finalidad social del Estado”. Y el artículo 1° del proyecto radicado en el Congreso y posteriormente retirado señala: “La educación es un derecho, un bien público basado en el mérito y la vocación, y un servicio público inherente a la finalidad social del Estado”. De forma que, aunque en la segunda versión radicada en el Congreso se acogió la idea de la educación como un derecho, sin embargo, la normativa no fue coherente ni sistemática, puesto que no explicó a quiénes acoge este derecho, cómo se garantizan las condiciones de accesibilidad a toda la población y de qué manera el Estado garantiza la financiación de la educación superior para los sujetos de derecho. ¿Por qué ese cambio tan fundamental entre la primera versión y la segunda? ¿Qué quiere decir que el ejecutivo no asuma de forma directa la educación superior como un derecho fundamental?

Antes de analizar las normas constitucionales y legales colombianas sobre el derecho a la educación, es importante ver cómo en la filosofía política contemporánea se considera si la educación es, como uno de los derechos sociales, un derecho fundamental.

La educación no es un derecho. La primera cuestión que tenemos que plantear es, entonces, si los derechos económicos y sociales son derechos fundamentales. De un lado, el neoliberalismo afirma que los derechos fundamentales son únicamente los derechos liberales civiles y políticos. Uno de sus más eminentes representantes, Robert Nozick, concibe todo el conjunto de derechos subjetivos dentro del espacio normativo de la “libertad negativa”.¹ En la tradición liberal clásica, inspirada en el primado de la libertad individual y de la propiedad privada, la libertad fue entendida básicamente como “ausencia de constricción” y esfera de no interferencia política. De otro lado, el liberalismo social concibe que los derechos fundamentales son, además de los derechos liberales civiles y políticos, los económicos y sociales.

Nozick rechaza la idea de la libertad positiva, es decir, aquella idea normativa que afirma que el sujeto sea titular no solo de derechos de libertad,

¹ Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, FCE, México, 1988.

sino también de derechos políticos y sociales, de derechos colectivos y del nuevo conjunto de derechos (la igualdad entre géneros, el medio ambiente, los derechos de los extranjeros y de los inmigrantes).² Para Nozick, la idea normativa definida en el concepto de libertad positiva involucra una serie de asuntos que no tienen que ver con la libertad de las personas ni con su conjunto de derechos. Para Nozick, así como para Hayek y Berlin, la libertad negativa es el único ideal político compatible con una concepción auténtica del pluralismo ético y filosófico.³

Nozick quiere comprimir todo el conjunto de derechos individuales en el área de la libertad de no ser limitados ni obstaculizados por otras personas o por el Estado. En un sentido muy similar, Onora O'Neill considera que es obvio que los derechos del hombre a la libertad, propiedad y seguridad cuentan como derechos en un sentido normativo debido a que las inferencias sobre las situaciones deónticas de los otros agentes son claras: cada uno tiene la obligación de respetar a los otros.⁴ Lo mismo no puede ser dicho sobre los “derechos abstractos a bienes y servicios”, vistos ahora como “derechos humanos universales”, tales como el derecho a la alimentación y a la salud. Esto es debido a que no es claro cómo esos supuestos derechos pueden generar obligaciones para todos; el desempeño de aquellas resultaría en la satisfacción para todos de los intereses que los derechos protegen. Pero, sin una base para asignar obligaciones a agentes específicos, no podemos conocer que un derecho ha sido violado. Debemos por esto considerar a los derechos de esta última forma como “meras aspiraciones” y “normativamente inertes”.⁵

Pero Nozick y O'Neill desconocen con esta definición tan estrecha de la libertad los problemas de una parte muy importante de los habitantes del planeta y desconocen que el lenguaje de los derechos y las reivindicaciones de derechos, contenidas en documentos de validez nacional e internacional, van mucho más allá de la esfera de la libertad negativa.

La libertad negativa es una noción universal que comprende a las libertades civiles y políticas, pero este liberalismo, limitado a asegurar solo

² Ibid.

³ Ibid., pp. 183 y ss.

⁴ O'Neill, Onora, “The dark side of human rights”, *International Affairs*, (81), 2005, pp. 428-430.

⁵ Beitz, Charles, *The idea of human rights*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2009, loc. 2038-2042.

un mínimo fijo mediante los derechos y libertades civiles y políticas, deja sin ninguna protección a una parte muy grande de los habitantes del planeta, que requieren que el Estado les asegure y garantice no solamente las libertades individuales, sino también los elementos normativos contenidos en la idea de libertad positiva, es decir, los derechos económicos, sociales, y los derechos colectivos. El punto crucial que no se ha de perder de vista es que ese desconocimiento de los problemas de una parte muy importante de los habitantes del planeta es resultado de proponer una idea tan estrecha de la libertad. La trampa es que la libertad negativa es una noción universal que comprende a las libertades civiles y políticas, pero también, por medio de una necesidad estructural, las libertades positivas subvierten esta noción universal. La concepción de la libertad de Nozick es un argumento ideológico, el de la prioridad de la libertad negativa sobre las otras libertades, prioridad por medio de la cual el aseguramiento de las primeras funciona como la forma misma de la exclusión.

Este liberalismo tan limitado ha sido funcional a las transformaciones de las instituciones del Estado que permitan realizar los imperativos sistémicos impuestos por los poderes financieros y empresariales privados en esta época de globalización de los mercados y de la economía. Estas transformaciones afectan básicamente las garantías institucionales de los derechos fundamentales, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos y sociales. Mediante la privatización de derechos sociales, como la salud o la educación, al permitir la sustitución, en todo o en parte, del servicio público por seguros privados voluntarios, por préstamos o por becas-préstamos, se termina degradando el derecho social de derecho fundamental a derecho patrimonial de crédito. Esta degradación tiene consecuencias muy problemáticas para la construcción de una sociedad democrática.⁶

La educación es un derecho fundamental. Habiendo visto en función de que rechaza el neoliberalismo la idea de incluir en el núcleo de los derechos fundamentales a los derechos económicos y sociales, voy a exponer ahora cómo el paradigma del liberalismo social afirma que los derechos económicos y sociales son parte del núcleo de los derechos fundamentales.

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia*, tomo 2, Trotta, Madrid, 2011, pp. 298 y ss.

Para determinar este núcleo, el liberalismo social establece lo que puede ser denominado “el ámbito de acción del individuo”. Este “ámbito o territorio del individuo” está conformado no solo por los derechos individuales, que son la libertad individual, la libertad de conciencia, la libertad de opinión, el disfrute de la propiedad, la garantía contra todo acto arbitrario, sino, también, los derechos económicos y sociales. Para el liberalismo social, entonces, toda autoridad política que viole ese espacio de acción de la libertad individual es ilegítima, así como lo es toda autoridad que no actúe positivamente para darles a los derechos sociales las garantías positivas de prestaciones requeridas en materia de subsistencia, previsión, asistencia sanitaria y educación. El liberalismo social representa de este modo una ampliación del paradigma del Estado liberal de derecho, que comprende, en el pacto constitucional de convivencia, la afirmación de los derechos sociales y no solo de los de libertad. La estructura del Estado constitucional de derecho, cuyo fundamento es el liberalismo social, se caracteriza por la tutela de las necesidades vitales de las personas a través de su reconocimiento como derechos humanos fundamentales y por el establecimiento de un sistema de garantías que comprende prohibiciones de lesión –negativas– y obligaciones de prestación –positivas–. El liberalismo social se focaliza no en promover los más altos estándares de vida, ni en identificar la mejor o más justa forma de sistema económico, sino, más bien, se orienta hacia los más graves problemas y abusos en la esfera económica.

Así, el liberalismo social se focaliza al hambre, la malnutrición, las enfermedades, la ignorancia y la exclusión frente a oportunidades productivas. El discurso de los derechos humanos, escribe James Nickel, “no debe intentar dar una completa explicación de los requerimientos de justicia distributiva. Más bien, debe mostrar cuáles son los requerimientos más imperativos de equidad distributiva y de igual ciudadanía, y dejarle a los países un espacio considerable para responder por sus propios estándares de equidad social y económica a través de los procesos de decisión democrática”.⁷

En similar sentido, entiende Charles Beitz a los derechos sociales como parte de los derechos humanos. “Lo primero y más importante es su amplio alcance normativo. Los derechos humanos son concebidos algunas veces

⁷ Nickel, James W., *Making sense of human rights*, Blakwell Publishing Ltd., Malden, USA, 2007, loc. 1857-1861.

como requerimientos mínimos –condiciones mínimas para cualquier forma de vida en general–, o protecciones contra las más inequívocas formas de abuso del poder”.⁸

La relación estructural y sistemática entre los derechos de libertad y los sociales la expresa Luigi Ferrajoli así:

Si es verdad que el fin del derecho y la razón social de las instituciones políticas es la tutela de la vida, entonces es la satisfacción de los mínimos vitales, y no sólo la garantía de la prohibición de matar lo que debe entrar a formar parte de las cláusulas del pacto de convivencia como corolario del derecho a la vida. Naturalmente, privar de la vida de forma voluntaria, como sucede con la pena de muerte y con el homicidio, es algo distinto de no garantizar la supervivencia. Es, precisamente la diferencia que existe entre los derechos individuales negativos, que requieren garantías negativas de no lesión, y los derechos sociales positivos, que requieren garantías positivas de prestaciones –en materia de subsistencia, previsión, asistencia sanitaria, educación–, y, por lo mismo, entre agresión intencional a la vida y omisión de socorro.⁹

Para el liberalismo social, los derechos humanos fundamentales incluyen, entonces, el derecho a la satisfacción de las necesidades vitales, como el alimento, la vivienda, la salud y la educación. Los derechos contenidos en esta lista permiten decir que los derechos sociales, al igual que otros derechos humanos, afectan las condiciones requeridas para poder tener una vida mínimamente buena.

Aquí tenemos una gran división entre los derechos fundamentales: por un lado, los derechos sociales, consistentes en expectativas positivas de prestaciones, y, por otro lado, los derechos negativos, consistentes en expectativas negativas de no lesiones. Entre los primeros, están todos los “derechos a” comportamientos o prestaciones de otros: los derechos sociales fundamentales; entre los segundos, además de las inmunidades fundamentales como la libertad personal y el derecho a la vida, todos los “derechos de” actuar sin interferencias o constricciones por parte de otros, como el derecho de propiedad y los distintos derechos de libertad y de autodeterminación.

⁸ Beitz, *The idea of human rights*, óp. cit., loc. 381-386.

⁹ Ferrajoli, *Principia iuris...*, óp. cit., p. 380.

El derecho a la educación básica está enfocado hacia la alfabetización, los conocimientos básicos de aritmética, la preparación para la participación social, ciudadana y la actividad económica. El derecho a la educación ayuda a orientar a los derechos sociales hacia la acción, la elección, la autoayuda, la mutua ayuda y la participación social, política y económica. La Declaración Universal de los Derechos Humanos enfatiza que la educación básica debe ser tanto libre como obligatoria. Los padres de familia no tienen la libertad de dejar a sus hijos sin educación y analfabetas.¹⁰

La ampliación de la razón social del Estado a los derechos sociales se ha convertido para este en una condición de su legitimación, similar a como fue la tutela del derecho a la vida y las libertades fundamentales en los orígenes de la cultura política moderna. “Hacer vivir y no dejar morir es, en suma, tan esencial para la convivencia pacífica como no hacer morir y dejar vivir”.¹¹

La enunciación constitucional de estos derechos se remonta a la formación, después de la segunda posguerra, del paradigma de la democracia constitucional mediante la formulación no solo de deberes políticos, sino también de una larga serie de derechos sociales, sancionados como fundamentales, al igual que los derechos de libertad. Así sucedió con la Constitución italiana de 1948, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Constitución portuguesa de 1976, la Constitución española de 1978, la Constitución brasileña de 1988, la Constitución argentina reformada en 1994 y la Constitución colombiana de 1991, entre otras. En estas se sancionaron los derechos al trabajo, la salud, la educación, la subsistencia y la seguridad social como derechos fundamentales.¹²

Para el paradigma de la democracia constitucional –fundamentado en el liberalismo social–, se establece, entonces, que los derechos fundamentales son el núcleo del orden constitucional. El fundamento de legitimidad de la Constitución es la igualdad de todos en las libertades fundamentales liberales, civiles, políticas, y en los derechos sociales.

Los mayores problemas relativos a los derechos sociales son los que se producen por su forma lógica de expectativas positivas universales y por

¹⁰ Nickel, *Making sense...*, óp. cit., loc. 1876-1881.

¹¹ Ferrajoli, *Principia iuris...*, óp. cit., p. 381.

¹² Aclarando que en Colombia este reconocimiento se ha dado en virtud del desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional.

las garantías positivas que estas requieren. Los derechos sociales plantean problemas de carácter económico y político. Las garantías de los derechos sociales tienen un alto costo y requieren una pesada y compleja mediación burocrática. Pero la garantía de los derechos sociales, por económicamente costosa que resulte y por difícil que sea su organización burocrática, lo es bastante menos que su ausencia o violación. Además, no solamente es costosa la garantía de los derechos sociales, también lo es la de los derechos individuales. “Los derechos cuestan dinero. Es imposible protegerlos o exigirlos sin fondos y apoyo públicos. [...] Tanto el derecho al bienestar como la propiedad privada tienen costos públicos. El derecho a la libertad de contratar supone costos no menos que la atención médica, el derecho a la libertad de expresión o a una vivienda decente. Todos los derechos reciben algo del tesoro público”.¹³

Sobre esto, Rodolfo Arango escribió: “El mito de que los derechos liberales no cuestan ha sido develado ya, incluso por reconocidos economistas. Es así como Amartya Sen ha mostrado con lujo de detalles que la reducción del concepto de derechos a la mera titularidad del derecho encubre la dimensión de su ejercicio, y que los derechos liberales, al igual que los derechos sociales, también cuestan”.¹⁴ Es esencial considerar también las consecuencias positivas que se han dado en aquellos países en los que se ha invertido en el aseguramiento de los mínimos vitales, garantizando a todos subsistencia, salud y educación: se ha generado un florecimiento de la democracia, de la economía, y una disminución de las desigualdades y de la pobreza. El derecho a la educación como derecho a la supervivencia es una consecuencia lógica del derecho a la vida.

Para concluir esta parte, afirmamos que las garantías de los derechos a la subsistencia, a la salud y a la educación son las condiciones elementales no solo de los mínimos vitales, sino también del desarrollo económico de una sociedad. Por ello, la garantía de estos derechos, aun siendo costosa, constituye la inversión productiva más importante. “El derecho fundamental al mínimo vital solo es reconocido en casos de urgencia en los que las subsistencia de la persona o de su familia se ve comprometida. La jurisdic-

¹³ Holmes, Stephen & Sunstein, Cass, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, p. 33.

¹⁴ Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 33, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 181.

ción social de la tutela no es una de máximos, donde se garantice la justicia plena, sino una de mínimos, que impide que la persona caiga por debajo del nivel de vida que le permite reconocerse y ser reconocida como una persona digna de igual consideración y respeto por los demás”.¹⁵

La Constitución y la educación. La Constitución colombiana ofrece una respuesta a las demandas de fondo planteadas por los derechos sociales. El artículo 44 de la Carta Política reconoce como derecho fundamental de los niños la educación, lo cual implica el deber del Estado de promover y velar por la educación y el progreso de la juventud, teniendo en cuenta, además, que estos derechos prevalecen sobre los derechos de los demás. La Corte Constitucional de Colombia mediante varias sentencias se ha pronunciado frente a la educación como derecho fundamental y, para ello, ha dicho que el criterio para determinar si un derecho es fundamental o no consiste en que se otorga “el calificativo de fundamental en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, económico, cultural y social del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible”.¹⁶

El carácter de fundamental del derecho a la educación no solo se refiere a la educación de los niños, sino también a la formación de los adultos, puesto que la educación es inherente y esencial al ser humano, dignificadora de la persona humana, además de constituir el medio a través del cual se garantiza el acceso al conocimiento, la ciencia, la técnica y los demás bienes y valores de la cultura.¹⁷

Por otro lado, el artículo 67 de la Constitución consagra que la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social. También establece que el Estado, la sociedad y la familia

¹⁵ *Ibíd.*, pp. 59-93.

¹⁶ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-227 de 2003*.

¹⁷ Véase C.P., art. 67. Ver también lo que la Corte dijo en la Sentencia T-002 de 1992: “El hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991. El juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalística o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una ‘especial labor de búsqueda’ científica y razonada por parte del juez”.

son responsables de la educación, la cual será obligatoria entre los 5 y los 15 años de edad y que comprenderá como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica.¹⁸ En otras sentencias, la Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la educación, considerando que esta se constituye como un valor del Estado social de derecho. Adicionalmente, la posible vulneración del derecho fundamental a la educación puede ser reclamada por vía de tutela.¹⁹

¹⁸ En igual sentido, la Sentencia T-787 de 2006 señaló que el derecho a la educación comprende cuatro dimensiones de contenido prestacional: "(i) la asequibilidad o disponibilidad del servicio, que puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras; (ii) la accesibilidad, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema eludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico; (iii) la adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice continuidad en la prestación del servicio, y (iv) la aceptabilidad, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse.

Desde el preámbulo enunciado en nuestra Carta Fundamental, el constituyente de 1991 destacó el valor esencial de la educación al consagrar como elementos que caracterizan el Estado social de derecho, la igualdad y el 'conocimiento', cuyos bienes afianzan y consolidan la estructura de un marco jurídico tendiente a garantizar la existencia de un orden político, económico y social justo, en aras de la prevalencia del interés general sobre el de los particulares. (C.P., art. 1º).

De ahí que dentro del contexto constitucional, la educación participa de la naturaleza de derecho fundamental propio de la esencia del hombre y de su dignidad humana, amparado no solamente por la Constitución Política de Colombia sino también por los tratados internacionales.

Además de su categoría como derecho fundamental plenamente reconocido como tal en el ordenamiento jurídico superior y por la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, la educación constituye una función social que genera para el docente, los directivos del centro docente y para los educandos y progenitores, obligaciones que son de la esencia misma del derecho, donde el Estado se encuentra en el deber ineludible e impostergable de garantizarla realmente como uno de los objetivos fundamentales de su actividad y como servicio público de rango constitucional, inherente a la finalidad social del Estado no solamente en lo concerniente al acceso al conocimiento, sino igualmente en cuanto respecta a su prestación de manera permanente y eficiente para todos los habitantes del territorio nacional, tanto en el sector público como en el privado" (Sentencia T-543 de 1997).

¹⁹ "La Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que éste se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas puestas en situación evidente de indefensión.

La verificación de la mencionada omisión, en el caso del derecho a la educación, debe tener en cuenta el momento y la forma en que la que el Estado colombiano debe cumplir con sus com-

Sobre el rango constitucional fundamental del que goza el derecho a la educación, la Corte ha dicho que es

indudable que el derecho a la educación pertenece a la categoría de los derechos fundamentales, pues, su núcleo esencial, comporta un factor de desarrollo individual y social con cuyo ejercicio se materializa el desarrollo pleno del ser humano en todas sus potencialidades. Esta corporación, también ha estimado que este derecho constituye un medio para que el individuo se integre efectiva y eficazmente a la sociedad; de allí su especial categoría que lo hace parte de los derechos esenciales de las personas en la medida en que el conocimiento es inherente a la naturaleza humana.²⁰

El reconocimiento de la educación como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano coincide con la génesis y desenvolvimiento del derecho a la educación en el ámbito internacional. Así, podemos ver que la educación es un derecho fundamental de los colombianos consagrado como tal en nuestra Carta Fundamental (arts. 44 y 67), al igual que en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, principalmente la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales²¹ (art. 13),²² la Declaración Universal de

promisos en la materia según la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país. Tales normas distinguen entre las obligaciones de cumplimiento inmediato y las de cumplimiento progresivo y atribuyen compromisos prioritarios en torno a la obligatoriedad de la educación básica de los niños y las niñas y la gratuidad de la educación primaria.

El derecho a la educación es un derecho fundamental, no sólo de los niños y las niñas, sino de todas las personas y que, cuando se presenten alguno de los dos eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal. En este sentido, la nueva postura de la Corte Constitucional en torno a la fundamentalidad de todos los derechos constitucionales releva al juez de amparo de la carga de argumentar, en cada caso, porque el derecho a la educación es fundamental, pero le impone la obligación de verificar si se presenta alguna de las dos hipótesis mencionadas" (Sentencia T-306 de 2011).

²⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-087 de 2010*.

²¹ El artículo 11 del Pacto reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado. Esto incluye el derecho a una alimentación adecuada, vestido, vivienda. El artículo 13 reconoce el derecho de todos a la educación. Esto se dirige hacia "el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad". La educación se percibe como un derecho humano y como "un medio indispensable de realizar otros derechos humanos". El artículo 13.2 requiere, primero, la prestación de una educación primaria libre, universal y obligatoria; segundo, que la educación secundaria sea accesible en sus diversas formas (incluida la formación técnica y profesional), e igualmente accesible la educación superior para los más talentosos. Todos estos derechos deben estar disponibles para todos sin discriminación.

²² Es un tratado multilateral general que reconoce derechos económicos, sociales y culturales,

Derechos Humanos (art. 26), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador. Por otra parte, se convierte en presupuesto fundamental para la efectividad de otros derechos, como la igualdad de oportunidades, la libertad de escoger profesión, la libertad de enseñanza, cátedra e investigación, y el libre desarrollo de la personalidad. De lo anterior, se desprende que la prestación del servicio público de la educación constituye un fin primordial en un Estado social de derecho como Colombia.

Sobre el alcance del derecho a la educación como derecho fundamental, la Corte ha sostenido:

El derecho a la educación goza de una proyección múltiple: es un derecho fundamental (T-002 de 1992);²³ es un derecho prestacional –como servicio público que requiere desarrollo legal, apropiación de recursos y de la ejecución de procesos programáticos–, y a la vez es un derecho-deber, que según la jurisprudencia, exige el cumplimiento de obligaciones académicas y disciplinarias por parte de los educandos.²⁴ También se erige como un presupuesto básico para el ejercicio de otros derechos, como la libertad de escoger profesión u oficio, el libre desarrollo de la personalidad²⁵ o la igualdad, al favorecer la eficacia del mandato del artículo 13 superior, en el sentido de promover la igualdad de oportunidades.²⁶

y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI) del 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976.

²³ Ver, además, las sentencias T-423 de 1996 y T-1336 de 2001. No obstante que la Corte en materia de la determinación de la naturaleza fundamental de los derechos ha oscilado entre diferentes posturas que van desde la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata hasta la concepción de que son aquellos de carácter esencial e inalienable para la persona; en su jurisprudencia, ha considerado que el derecho a la educación goza de naturaleza fundamental, porque, como lo explicó en la Providencia T-321 de 2007, existe una íntima relación de ese derecho “con la dignidad humana, en su dimensión de autonomía individual como quiera que su ejercicio comporta la elección de un proyecto de vida, a la vez que permite materializar otros valores, principios y derechos inherentes al ser humano”.

²⁴ Ver, además, entre otras, las sentencias T-772 de 2000 y T-974 de 1999.

²⁵ Ver las sentencias T-689 de 2005 y T-780 de 1999.

²⁶ Cfr. las sentencias T-787 y T-1030 de 2006, así como las sentencias T-396 de 2004 y T-087 de 2010.

De esto, puede entonces concluirse que el derecho a la educación de los menores y a la formación de los adultos en la secundaria y en el nivel de estudios superiores es, sin duda, un derecho fundamental que implica obligaciones de contenido prestacional a cargo del Estado. Aquí, sin embargo, hay que hacer unas precisiones siguiendo el sentido de lo afirmado en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y en las mencionadas sentencias de la Corte Constitucional. El Estado debe asegurar educación primaria gratuita para todos, en tanto que la secundaria debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, mediante la implantación progresiva de la enseñanza gratuita. Y en la educación superior debe promoverse la implementación progresiva de la gratuidad sobre la base de la igualdad y el mérito. El artículo 13.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que la enseñanza superior debe hacerse accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

Finalmente, es importante señalar que, en la medida en que el carácter fundamental del derecho a la educación supone también la formación de los adultos en la enseñanza secundaria y superior, sobre la base de una garantía progresiva de su cumplimiento, entonces, corresponde preguntarse ¿cuáles serían los contenidos mínimos exigibles de este derecho? Sobre este punto, la Corte Constitucional afirmó: “En consonancia con los instrumentos internacionales sobre la materia, este ámbito de protección –un contenido mínimo de acceso y permanencia en el sistema educativo que el Estado debe asegurar a toda la población colombiana– debe ir ampliándose progresivamente, de manera que a futuro exista la posibilidad de que dicha cobertura cubra el nivel de educación superior”.²⁷

Hemos dicho hasta aquí que la educación puede ser encauzada y reglada autónomamente, pero no negada en su núcleo esencial. Pero ¿puede alguien argumentar pobreza, por ejemplo, para que el Estado le pague una maestría o un doctorado? ¿Puede argumentarse gratuidad para la educación superior como se estableció constitucionalmente para la educación primaria y secundaria?²⁸

²⁷ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-306 de 2011*.

²⁸ Sobre esto, la Corte dijo: “Siendo la educación un derecho constitucional fundamental, el incumplimiento de las condiciones para el ejercicio del derecho, como sería el no responder el

Precisamente ahí radica un problema que debe tratarse con la debida atención, ahora que el movimiento estudiantil demanda la gratuidad de la educación superior. Según la doctrina y la jurisprudencia, no puede extenderse el carácter iusfundamental de un derecho por, digamos, extensión: de la gratuidad en la educación primaria no se deriva la gratuidad de la educación superior. Además, hay que considerar lo que dice el artículo 67 constitucional: “La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos”.

No sería justo que personas provenientes de familias económicamente acomodadas, que cuentan con el dinero para matricular a sus hijos en universidades privadas, estudiaran en universidades públicas gratuitas. Así la Corte afirmó:

Empero, lo anterior, no supone que la protección del derecho a la educación en la Carta se restrinja a su etapa básica y se desconozca la protección del derecho en niveles de educación superior (pregrado y postgrado). Lo que ocurre, es que dado que la Constitución Política señala como una obligación la prestación de la educación básica por parte del Estado para los menores de edad, en el caso de los mayores, el derecho al acceso a la educación como obligación de la administración, deja de ser fundamental y adquiere un carácter esencialmente prestacional y programático, salvo que se trate de personas con discapacidad.²⁹

También estableció:

En este sentido, el cobro de derechos académicos resulta incompatible con el principio de gratuidad universal de la educación en el nivel de primaria, comoquiera que se trata de una obligación inequívoca e inmediata del Estado; pero esos cobros pueden ser compatibles con la obligación del Estado de implantar progresivamente la gratuidad en los niveles de en-

estudiante a sus obligaciones académicas y al comportamiento exigido por los reglamentos, puede dar lugar a la sanción establecida en el ordenamiento jurídico para el caso y por el tiempo razonable que allí se prevea, pero no podría implicar su pérdida total, por ser un derecho inherente a la persona. El principio de la autonomía universitaria consagrado en el artículo 69 de la Constitución, debe ser leído en el marco del artículo 2º, por ser la primera una norma orgánica mientras que este último es un principio material que irradia toda la Constitución. La educación puede ser encauzada y reglada autónomamente pero no negada en su núcleo esencial”.

²⁹ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-002 de 1992*.

señanza secundaria y superior, siempre y cuando consulten de manera razonable la capacidad de pago de los individuos o las familias.³⁰

Así, en Colombia, sucede lo mismo que en muchos otros países; hay claridad sobre la obligación de asegurar el acceso gratuito a la educación primaria, pero en relación con la educación secundaria y superior se dan grandes diferencias de opinión acerca de su exigibilidad inmediata.

Según lo dicho hasta aquí, el Estado debe asegurar y garantizar educación primaria y secundaria para todos, y progresivamente garantizar la educación superior gratuita y de calidad a toda persona sin recursos económicos que apruebe los exámenes de ingreso. En este sentido, se puede decir que el Estado tiene unas obligaciones que son exigibles de manera inmediata y otras que son exigibles de forma progresiva. Esta diferenciación en las obligaciones que tiene el Estado es conveniente tenerla en cuenta, pues es muy importante conocer con detalle qué se le puede y qué no se le puede exigir al Estado en materia educativa. Si bien a partir de la Constitución y de la práctica jurisprudencial de la Corte Constitucional se considera el derecho a la educación de los menores y a la formación de los adultos en la secundaria y en el nivel de estudios superiores como un derecho fundamental, la nueva propuesta de ley de educación superior debería desarrollar un planteamiento más razonado y argumentado de este derecho fundamental en relación con la educación superior, clarificar a quiénes corresponde este derecho, fundamentar su otorgamiento en razones de equidad a las personas o familias necesitadas y mostrar de qué manera el Estado garantizará la financiación de la educación superior para los sujetos de derecho.

Finalmente, considero incompatible concebir el derecho fundamental a la educación como un bien público con la teoría de los derechos fundamentales. De hecho, pienso que es inconstitucional concebir un derecho como “bien”, sea público o no, meritorio o no. En la literatura especializada de acción colectiva, el bien meritorio por definición descarta de forma absoluta la gratuidad, lo que es realmente muy inconveniente para una sociedad tan desigual, con niveles de pobreza como la nuestra. La doctrina de los bienes meritorios es el vehículo del gobierno para entregar la educación

³⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-376 de 2010*.

superior a la empresa privada, convencido de que ella debe colaborar en la financiación del sistema, con lo cual lo único que hace es encarecer los costos y bajar la calidad.³¹

Al inicio de este ensayo, planteé esta pregunta: ¿qué quiere decir que el ejecutivo no asuma de forma directa a la educación superior como un derecho fundamental? Pienso que la respuesta que se puede dar es que este gobierno, por medio del Ministerio de Educación, pretende construir un marco normativo para avanzar en el proceso de la privatización de este derecho social.³²

Una de las características de los procesos de transformación del mundo contemporáneo es la alteración de la relación entre la esfera privada del mercado y la esfera pública del Estado. Como una consecuencia de la globalización de los mercados y de la economía, los poderes financieros y empresariales privados tal como se manifiestan en el mercado global han terminado erosionando el conjunto de garantías de los derechos fundamentales, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos y sociales. En suma, la ley de mercado se ha ido convirtiendo en la norma fundamental que determina la formación de los órdenes institucionales en el plano interno de los Estados nacionales, así como las estructuras jurídicas transnacionales y supranacionales. La consecuencia de la alteración de la relación entre la esfera privada del mercado y la esfera estatal es que ya no es la política la que regula el mercado, sino que es este el que gobierna a aquella. De lo que se sigue una creciente reducción del ámbito político estatal, como conjunto de funciones de aseguramiento para todos de los derechos fundamentales, en beneficio de la progresiva extensión de la esfera privada del mercado. De este modo, en la mayoría de los países democráticos, mediante la implementación de políticas neoliberales, se ha

³¹ Agradezco a Rodolfo Arango las sugerencias que me hizo para precisar este punto.

³² Sobre este punto, véanse mis artículos: “La privatización de la universidad pública significa su desnaturalización”, *La Palabra*, (42), Asociación de Profesores de la Universidad de Antioquia, 2011; “Democracia y educación”, *Revista Debates*, (59), Universidad de Antioquia, mayo/agosto 2011; “¿En qué medida se puede hablar de privatización de la educación superior con el proyecto de reforma de la Ley 30 de 1992?”, Federación Nacional de Profesores Universitarios, en <<http://www.fenalprou.org.co/debate-ley-30/academia/372-ien-que-medida-se-puede-hablar-de-privatizacion-de-la-educacion-superior-con-el-proyecto-de-reforma-de-la-ley-30-de-1992-.html>>; “El proyecto de reforma de la educación pública y la política democrática. Cobertura, calidad y financiación”, Federación Nacional de Profesores Universitarios, en <<http://www.fenalprou.org.co/debate-ley-30/academia/358-el-proyecto-de-reforma-de-la-educacion-publica-y-la-politica-democratica.html>>.

producido una reducción de los gastos sociales y una progresiva privatización del ámbito estatal en aspectos de educación, salud y seguridad social.³³

Así también, en nuestro país, como sucede hoy en muchas naciones del mundo, con la implementación de políticas neoliberales, se ha buscado reducir los gastos en educación, salud y seguridad social. La privatización de la sanidad, comenzando por la sustitución, en todo o en parte, del servicio público por seguros privados voluntarios, tiene el efecto de degradar el derecho a la salud de derecho fundamental a derecho patrimonial de crédito. La posible privatización de la educación terminaría convirtiendo el derecho social a la educación en un derecho patrimonial de crédito. Los derechos a la salud y a la educación, que, como derechos sociales, son derechos universales, indisponibles e iguales, se convierten, como derechos patrimoniales, en derechos particulares, disponibles y que se hallan en la base de la desigualdad jurídica.

El derecho fundamental a la salud y su vínculo con los servicios de sanidad y de prevención de las enfermedades, y el derecho fundamental a la educación están en riesgo de verse comprometidos por las reformas implementadas para ajustar la esfera pública del Estado a los imperativos impuestos por los poderes financieros y empresariales. Aquí encuentra aplicación una idea general planteada anteriormente sobre los cambios institucionales en la esfera de lo público estatal determinados por el dominio creciente de la ley de mercado. Los imperativos sistémicos y la racionalidad de la esfera del mercado amenazan con convertirse en la norma fundamental que determina la formación del orden institucional relacionado con los temas sociales: educación, salud, trabajo, asistencia social. Esto puede apreciarse en las políticas que se están adelantando: la progresiva privatización de la sanidad y la seguridad social, la privatización y mercantilización de la educación en general, y la monopolización de la información.

El proyecto de reforma de la educación superior (en las tres versiones presentadas el año pasado) está dirigido a crear las condiciones institucionales para, por medio de la educación, preparar los sujetos que puedan incorporarse en los nuevos mercados laborales de la economía global. Como lo dije anteriormente, estos cambios en la naturaleza de los derechos terminan degradando el derecho social de derecho fundamental a derecho

³³ Ferrajoli, *Principia iuris...*, óp. cit., pp. 298 y ss.

patrimonial de crédito. Estos cambios se pueden entender en el sentido de las “amenazas” de las que habló Henry Shue:

¿Qué son la seguridad y el derecho básico a la subsistencia? Cada uno es esencial para una vida normal saludable. Debido a que la privación de cada uno de ellos puede ser o muy seria, potencialmente incapacitadora, paralizante o fatal, incluso la amenazada privación de cada uno de ellos puede ser un arma poderosa contra cualquiera cuya “seguridad” o “subsistencia” no está de hecho garantizada socialmente. Las personas que no pueden proveerse por sí mismas su propia “seguridad” y “los medios de subsistencia”, y que carecen de garantías sociales para tener estos dos son muy débiles y posiblemente desamparadas contra cualquier individuo o institución que esté en posición de privarlos a ellos de cualquier cosa que ellos valoren por medio de amenazas a su “seguridad” o “subsistencia”. Un propósito fundamental del conocimiento de los derechos básicos es prevenir o eliminar, en la medida de lo posible el grado de vulnerabilidad que deja a las personas a merced de los otros.³⁴

Bibliografía

1. Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 33, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
2. Beitz, Charles, *The idea of human rights*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2009.
3. Collier, Paul, *The Bottom Billion: Why the poorest countries are failing und what can be done about it*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
4. Cranston, Maurice, *What are human rights?*, Bodley Head, London, 1973.
5. Declaración Universal de los Derechos Humanos, documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, en París.
6. Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia*, tomo 2, Trotta, Madrid, 2011.
7. Holmes, Stephen & Sunstein, Cass, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011.

³⁴ Shue, *Basic rights*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1996. p. 30.

8. López, Diego, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2000.
9. Nickel, James W., *Making sense of human rights*, Blakwell Publishing Ltd., Malden, USA, 2007.
10. Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, FCE, México, 1988.
11. O'Neill, Onora, "The dark side of human rights", *International Affairs*, (81), 2005, pp. 427-439.
12. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.
13. República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-227 de 1992*.
14. República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-406 de 1992*.
15. República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-543 de 1997*.
16. República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-787 de 2006*.
17. República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-016 de 2007*.
18. República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-192 de 2008*.
19. República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-087 de 2010*.
20. República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-306 de 2011*.
21. República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-306 de 2011*.
22. Shue, Henry, *Basic rights*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1996.

