

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

**“La exigibilidad y justiciabilidad del derecho a la educación básica,
obligatoria en términos de gratuidad en el Ecuador”**

María Daniela Pacheco Posso

Tesis de Grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, mayo del 2007

© Derechos de Autor
María Daniela Pacheco Posso
2007

A mi padre, mi madre, mis hermanos: Alfredo y Alex, quienes con su ejemplo, me han demostrado que para volar solo necesito mis propias alas.

Un agradecimiento muy especial al Dr. Farith Simon Campaña por su orientación académica y oportunas sugerencias en la dirección de esta tesina.

También un agradecimiento muy especial a Juan Pablo Bustamante (UNICEF), Milton Luna, Hugo Venegas y Francisco Enríquez (Contrato Social por la Educación), Rafael Donoso (Grupo Faro) y Rafael Albuja (MEC) por su apoyo y colaboración en la fase investigativa de este trabajo.

RESUMEN

El derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita, ha sido clasificado por la Doctrina como un derecho económico social y cultural (DESC), reconocido en el ordenamiento jurídico internacional por la Declaración Universal de DDHH, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y el Protocolo de San Salvador. En nuestra legislación lo garantizan la Constitución Política, el Código de la Niñez y Adolescencia y la Ley Orgánica de Educación.

Para algunos, los DESC son derechos programáticos, que generan obligaciones progresivas de prestación para los Estados y que dependen de sus recursos disponibles, por tanto gozan de poca exigibilidad y justiciabilidad ante los tribunales nacionales e internacionales.

¿Es exigible y justiciable el derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita en el Ecuador? En esta tesina se analiza que este derecho sí es justiciable en virtud de la existencia de contenidos mínimos esenciales respecto a la obligatoriedad, gratuidad y educación básica y de estándares internacionales sobre educación, que los Estados están obligados a cumplir, y porque la legislación ecuatoriana cuenta con acciones concretas como: el Amparo Constitucional, la Acción Judicial de Protección, las Acciones Administrativas de Protección de los Derechos y acciones a través de la Supervisión Educativa del Ministerio de Educación y Cultura.

ABSTRACT

The right to free primary education has been classified by the Doctrine as an economic, social and cultural right (ESCR), and recognized in International Law in: the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the American Declaration of Rights and Duties of Man, and the Protocol of San Salvador. Ecuador's Political Constitution, its Children's Law and Education Law recognize and guarantee this right.

Some consider the ESCR to be programmatic rights that require progressive obligations from States and that depend on their available resources; and are therefore considered non enforceable and non justiciable in national and international courts.

Is the right for free and mandatory education enforceable and justiciable in Ecuador? This thesis will analyze that this right is, as a matter of fact, enforceable and justiciable in this country. There are minimum legal duties in relation to mandatory, free, and primary education as well as international standards in regards to education that all States are expected to meet; also, because our legislation counts on constitutional actions that protect human rights, on judiciary actions and administrative procedures that come in the Children's Law and on actions within the Department of Educational Supervision of the Ministry of Education and Culture.

INDICE

	Páginas
Abreviaturas	xii
Introducción	xiv

**Capítulo I: Nociones Generales: los Derechos Económicos,
Sociales y Culturales**

1.1	Preámbulo	19
1.2	Reseña Histórica	20
1.3	¿Qué son los DESC?	24
1.3.1	Naturaleza jurídica	24
1.3.2	Principales DESC contenidos en Instrumentos Internacionales	25
1.3.3	Carácter programático de los DESC	26
1.3.4	Obligaciones de los Estados en relación a los DESC	27
1.4	Diferencias y similitudes entre DESC y DCP	29
1.5	El Estado Garantiza los DESC: El Estado Social de Derecho	31

Capítulo II: El Derecho a la Educación Básica Obligatoria y Gratuita

2.1	El derecho a la educación como un derecho fundamental	33
2.2	Reconocimiento del derecho a la Educación	33
2.2.1	En Instrumentos Internacionales	38
2.2.2	En la Legislación Nacional	38
2.2.2.1	Los derechos humanos en la Constitución	43
2.2.2.2	Principios y finalidades de la Educación en el Ecuador	45
2.3	El derecho a la educación básica obligatoria y gratuita	46
2.3.1	Reconocimiento de la educación básica y gratuita	47
2.3.2	Definición de Obligatoriedad, Educación Básica y Gratuidad	48
2.3.2.1	Obligatoriedad	49
2.3.2.2	Educación Básica	
2.3.2.3	Qué tipo de aprendizaje debe garantizarse: aprender a	51
	conocer aprender a hacer, aprender a vivir juntos,	54
	aprender a vivir con los demás y aprender a ser	57
2.3.2.4	Gratuidad	
2.3.3	Mínimo esencial del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita	62

2.3.3.1	Contenido mínimo del derecho a la educación	63
2.3.3.2	Contenido mínimo de obligatoriedad	63
2.3.3.3	Contenido mínimo de educación básica	64
2.3.3.4	Contenido mínimo de gratuidad	65
2.3.3.5	Contenido mínimo esencial del derecho a la educación básica, obligatoria, y gratuita	65
2.3.4	A quién le corresponde asegurar la educación básica, obligatoria, gratuita en el Ecuador	67
2.3.4.1	Principio de corresponsabilidad	68
2.4	Estado general de la educación en el Ecuador (Cifras)	75
2.4.1	Cumplimiento de derechos	81
2.5	¿Existe gratuidad en la educación ecuatoriana?	83
2.5.1	Presupuesto General del Estado	84
2.5.2	La CEREPS	86
2.5.3	Aportes voluntarios	87
2.5.4	Costos uniformes	89
2.5.5	Textos escolares	90
2.5.6	Iniciativas del Estado para asegurar el acceso a la permanencia en el sistema educativo	92
2.5.6.1	PAE	92
2.5.6.2	Transferencia directa de recursos a través del Bono de Desarrollo Humano	93 95
2.6	Relación de la gratuidad con la calidad en la educación	96
2.6.1	La importancia de garantizar una educación de calidad	
2.6.2	Los principales problemas de calidad en la educación Ecuatoriana	98
2.6.3	¿Cuáles son los estándares que se utilizan para medir la calidad?	99
2.6.4	Recomendaciones para concretar niveles mínimos de calidad	101

Capítulo III: La Exigibilidad y la Justiciabilidad del Derecho a la Educación Básica Obligatoria gratuita	103
3.1 Alcance	103
3.2 Conceptos	104
3.2.1 La exigibilidad y la justiciabilidad	104
3.3 Argumentos sobre la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC	105
3.3.1 Elaboración de los Pactos de DDHH y su implementación	106
3.3.2 Argumentos frecuentes en contra de la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC	108
3.4 Determinación de responsabilidad y cumplimiento de los DESC	118
3.4.1 Mecanismos no jurisdiccionales	119
3.4.1.1 Principios de Limburgo	119
3.4.1.2 Directrices de Maastricht	119
3.4.1.3 Observaciones generales del Comité de DESC y del Comité de los derechos de los niños	120
3.4.1.4 Opiniones consultivas de la Corte Interamericana de DDHH	121
3.4.2 Obligaciones de los Estados para el cumplimiento de los DESC	122
3.4.2.1 Obligaciones genéricas	122
3.4.2.2 Obligación de adoptar medidas	123
3.4.2.3 Obligación de garantizar niveles esenciales de los Derechos	125
3.4.2.4 Obligación de progresividad y prohibición de regresividad	128
3.4.2.5 Obligación estatal de no discriminación	130
3.5 Estrategias de exigibilidad	130
3.5.1 Exigibilidad directa	131

3.5.2	Exigibilidad indirecta	134
3.6	Exigibilidad y justiciabilidad del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita en la legislación ecuatoriana	139
3.6.1	En la Constitución Política	139
3.6.1.1	Las Garantías Constitucionales para los DDHH	
3.6.1.2	Amparo Constitucional	139
3.6.2	En el Código de la Niñez y Adolescencia	142
3.6.2.1	La Acción Judicial de Protección	146
3.6.2.2	El Procedimiento Administrativo de Protección de los Derechos	149
3.6.3	En la Ley Orgánica de Educación y Reglamento	155
3.6.4	¿Qué se puede exigir a través de estas acciones?	156
	Conclusiones	159

ABREVIATURAS

CEREPS	Cuenta Especial de Reactivación Productiva y Social del Desarrollo Científico-Tecnológico y de la Estabilización Fiscal
CESCR	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CNA	Código de la Niñez y Adolescencia
CP	Constitución Política
CRC	Comité de los Derechos del Niño
CSE	Contrato Social por la Educación
DCP	Derechos Civiles y Políticos
DDHH	Derechos Humanos

DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DINSE	Dirección Nacional de Servicios Educativos
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
FEIREP	Fondo de Estabilización, Inversión Social y Productiva y Reducción del Endeudamiento Público
IDN	Índices de los Derechos de la Niñez
INEC	Instituto Nacional de Estadística y Censos
LOCC	Ley Orgánica de control constitucional
LOE	Ley Orgánica de Educación
MEC	Ministerio de Educación y Cultura
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas
ODNA	Observatorio de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PAE	Programa de Alimentación Escolar
PIDCP	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNUD	Programa de las Naciones para el Desarrollo
RLOE	Reglamento a la Ley Orgánica de Educación
SELBEN	Sistema de Identificación y Selección de Beneficiarios de programas Sociales
SIISE	Sistema Integrado de Indicadores sociales del Ecuador.
SNDPINA	Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
SINEC	Sistema Nacional de Estadísticas Educativas
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

INTRODUCCIÓN

El derecho *a la educación* está catalogado dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Éstos son derechos humanos considerados de segunda generación por el orden de reconocimiento histórico que han tenido en el marco jurídico internacional. Algunas características señaladas por la Doctrina a los DESC, es que éstos son derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para los Estados; que implican acciones positivas, es decir de prestación, de erogación de recursos por parte de los Estados, y que gozan de poca exigibilidad y justiciabilidad ante los tribunales nacionales e internacionales.

Quienes afirman que los DESC son exigibles y justiciables, señalan entre sus argumentos más importantes, el reconocimiento de la existencia de estándares

internacionales de derechos humanos o niveles mínimos de protección, que son obligatorios para todos los Estados; que no pueden resultar en interpretaciones inconsistentes con los DDHH y frente a los cuales no son suficientes los argumentos relacionados con la progresividad de las obligaciones o la falta de recursos económicos para garantizar tales derechos.

Así también, reconocen la noción de la integralidad de los derechos humanos consagrada por la Conferencia de Viena, la misma que establece que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí, por tanto, la comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global, de manera justa y equitativa, en pie de la igualdad y dándoles a todos los derechos el mismo peso.”

Al contrario, quienes niegan la eficacia de la exigibilidad y justiciabilidad de estos derechos, manifiestan que el cumplimiento de las obligaciones de los DESC está íntimamente relacionado con la capacidad efectiva de erogación de recursos del Estado y la imposibilidad de ciertos países de alcanzar en su totalidad las obligaciones contraídas en sus textos legales.

El *derecho a la educación* está reconocido en el ordenamiento jurídico internacional, por varios instrumentos como: la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", entre otros.

Así por ejemplo, el art. 13 del PIDESC reconoce el derecho de toda persona a la *educación*. Este Pacto establece que para lograr el pleno ejercicio de este derecho: la

enseñanza primaria deberá *ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente*; y que incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, deberá ser generalizada y hacerse accesible a todos.

En la normativa nacional, la Constitución Política es el instrumento que garantiza en primer lugar la educación básica, obligatoria y gratuita. En su art. 67 manda que: “la educación pública será laica en todos sus niveles, obligatoria hasta el nivel básico y gratuita hasta el bachillerato o su equivalente (...)”

En virtud del mandato constitucional, el Estado tiene el deber de realizar todas las acciones pertinentes para alcanzar las garantías contenidas en la Constitución y contraídas a través de instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador respecto al derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita.

Si bien el derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita está garantizado por algunas normas dentro de la legislación ecuatoriana, como la Constitución, Código de la Niñez y Adolescencia, la Ley Orgánica de Educación y su respectivo Reglamento, el contenido de este derecho no está claramente definido y concretado en una sola disposición. Esto dificulta determinar, cuál es el contenido mínimo esencial del derecho, entendido este concepto, como el mínimo legal al que el Estado se obliga respecto de un determinado derecho, o el techo mínimo bajo el cual estarán enmarcadas las actuaciones del Estado en relación a ese derecho, y por tanto qué obligaciones son plenamente exigibles y justiciables.

Es así que la exigencia del cumplimiento por parte del Estado, de sus obligaciones de garantizar la gratuidad, obligatoriedad de la educación básica, acorde al contenido mínimo esencial del derecho, es un tema prácticamente inexplorado en el campo de la exigibilidad y justiciabilidad en el Ecuador. En consecuencia, cabe plantear la siguiente

pregunta: ¿es exigible y justiciable el derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita en el Ecuador?

Mi hipótesis responde afirmativamente a esta pregunta. Sí, el derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita en el Ecuador es exigible y justiciable. En primer lugar, porque existen contenidos mínimos esenciales en cada uno de los elementos que conforman este derecho inferidos de la normativa nacional vigente; en segundo lugar, porque existen en el ámbito internacional estándares generales sobre la educación que los Estados están obligados a cumplir para garantizar este derecho; y finalmente, porque la legislación ecuatoriana tiene acciones concretas para hacerlo exigible.

Para la elaboración de esta tesina dividí mi investigación en dos objetos de estudio: el derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita y la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC.

Para tratar el primero, realicé un análisis de la normativa nacional e internacional, un estudio de las Observaciones Generales que han hecho Comités especializados en DDHH, una revisión de los estándares internacionales y directrices formulados por la comunidad internacional sobre DESC, todo esto, con el fin de establecer el contenido mínimo esencial de este derecho y las obligaciones a las que el Ecuador está comprometido en virtud de su legislación interna y de los instrumentos internacionales ratificados.

Además, investigué la problemática actual de la educación en nuestro país y específicamente los temas de gratuidad y calidad, para lo cual entrevisté a especialistas en Educación vinculados a organizaciones no gubernamentales, así como, a funcionarios del Ministerio de Educación y Cultura que trabajan en el área de Educación Básica.

Respecto al segundo objeto de estudio, hice en primer lugar, una revisión de las posiciones doctrinarias frente a la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC y examiné

casos concretos en la jurisprudencia internacional. Analicé las estrategias de exigibilidad directa e indirecta existentes en la Doctrina y finalmente esboqué las acciones concretas que tiene la legislación ecuatoriana para hacer exigible el contenido mínimo esencial del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita.

Para desarrollar mi hipótesis, en el Capítulo I presentaré un breve recuento histórico de los derechos civiles y políticos y su relación con los derechos económicos, sociales y culturales, luego realizaré un análisis de la naturaleza jurídica de los DESC relacionada con las obligaciones que acarrearán a los Estados y finalmente una identificación del tipo de Estado al que le corresponde garantizarlos. Este capítulo permitirá tener una noción general de los DESC y un marco referencial que ayude a comprender el contenido de esta tesina.

En el Capítulo II, con la finalidad de tratar específicamente el alcance del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita, en primer lugar, haré una síntesis de los instrumentos internacionales y nacionales más trascendentes que reconocen este derecho. A continuación, intentaré definir los conceptos de Obligatoriedad, Educación Básica y Gratuidad, determinaré cuál es el mínimo esencial de este derecho y a quién le corresponde asegurarlo.

A manera de estudio de caso, en este mismo capítulo, abordaré con mayor profundidad el elemento gratuidad, y dentro de éste tres aspectos: 1) el cobro de aportes voluntarios a los padres de familia, 2) la provisión de uniformes y 3) la entrega gratuita de textos escolares. Para ello, estableceré el estado general en que se encuentra la educación en el Ecuador (en cifras), analizaré si efectivamente existe educación gratuita en la educación básica obligatoria, y si ésta es de calidad. Todo esto me proporcionará el contenido exigible y justiciable de este derecho.

En el capítulo III, desarrollaré la exigibilidad y justiciabilidad del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita. Iniciaré mi análisis diferenciando los conceptos de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC. A continuación, trataré los obstáculos que se alegan a la exigibilidad y justiciabilidad de estos derechos, así como, los mecanismos existentes para hacerlos efectivos en términos de reclamos individuales y colectivos.

También indicaré qué tipo de parámetros se aplican para medir la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de los DESC. Luego, abordaré las acciones concretas en la legislación ecuatoriana para hacer exigible y justiciable el contenido mínimo del derecho a la educación básica obligatoria y gratuita. Es así, que este capítulo desembocará en un conjunto de acciones propositivas de exigibilidad y justiciabilidad aplicables en el Ecuador que respaldarán mi hipótesis.

Finalmente expondré mis conclusiones y plantearé algunas recomendaciones para la exigibilidad y justiciabilidad al derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita en el Ecuador.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES: LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

1.1 Preámbulo

La expresión derechos humanos es relativamente nueva, viniendo a ser parte de nuestro lenguaje cotidiano a partir de la II Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas en 1945.¹ Los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales son parte integrante de los derechos humanos, concebidos como derechos inherentes al ser humano, derechos de la dignidad humana, derechos de los que todos somos titulares por el solo hecho de ser personas, derechos universales, indivisibles, e interdependientes.²

La clasificación de los derechos responde a antecedentes históricos, en los que en primera instancia, se buscó reivindicar aquellos derechos que limitaran el poder absoluto

¹ Cfr. B. WESTON, *Human Rights*, 20 New Encyclopaedia Británica (15th ed. 1992) en H. STEINER Y P. ALSTON, *International Human Rights in Context: Laws, Politics, Morals*, Clarendon Press Oxford, New York, 1996, p. 656.

² E. BERNALES BALLESTEROS, *Las políticas públicas desde la perspectiva de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2004.

del Estado, para garantizar la libertad y participación política de los ciudadanos; en segunda, se pretendió garantizar los derechos que aseguraran calidad de vida de los mismos.

Iniciaré por tanto, el análisis de los derechos económicos, sociales y culturales DESC, a través de una breve retrospectiva, que permita entender: el origen de los derechos humanos, la división histórica entre los derechos civiles y políticos y los DESC y los Convenios, Tratados, Declaraciones, Pactos Internacionales más importantes que se han firmado³ y ratificado⁴ para garantizarlos.

1.2. Reseña Histórica

Hasta el siglo XVIII el debate sobre los derechos se centró sobre tres temas: la tolerancia religiosa, los límites del poder y las primeras garantías del Derecho Penal y Procesal. La limitación al poder, aparece luego de la constitución del Estado moderno (Westphalia 1648) y se produce a la par del “desarrollo del comercio y la tenencia de los bienes de producción en manos de sectores sociales”; las garantías procesales nacen como respuesta humanitaria a los excesos de la monarquía absoluta.⁵

Durante el siglo XVIII, se dan la Independencia de los EEUU y la Revolución Francesa. Se redactan instrumentos constitutivos como la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos (1776), la Declaración de Derechos de Virginia (1776) y la

³ “Firma de un tratado no constituye en sí el consentimiento de un Estado para someterse al tratado. En su lugar, constituye un paso preliminar a la ratificación, una demostración de su intención para consentir con los términos del tratado en un momento posterior.” T. MELISH, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, Orville h. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales CDES, Quito, 2003, p. 6.

⁴ “Ratificación es el acto internacional por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado. Un Estado que ratifica está legalmente comprometido a sujetarse, de buena fe, a cada una de las disposiciones de éste.” *Ibid.*, p. 5.

⁵ J. TRAVIESO, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1990, p. 12.

Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)⁶, basados en la concepción liberal clásica de los derechos y el individualismo.

El siglo XIX fue escenario de la Revolución Industrial, el boom del Capitalismo, la esclavitud, y el surgimiento de movimientos sociales, inspirados por las ideas socialistas y marxistas, que buscaron la reivindicación de malas condiciones de vida generadas por el sistema⁷. Durante el siglo XIX el Constitucionalismo reconoció como *derechos fundamentales* a los derechos humanos civiles y políticos.

Durante el siglo XX, se buscó la garantía de los derechos que aseguren la calidad de vida, el “bienestar social”, denominados derechos económicos sociales y culturales (DESC). El primer instrumento que consagró esta categoría de derechos fue la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de Rusia (1919). Los DESC fueron incorporados en varias constituciones: México, alemana de Weimar, España, Rusia, Irlanda.⁸

Luego de las atrocidades de la II Guerra Mundial, los derechos humanos se convirtieron en tema de legítimo interés internacional⁹. Se creó la Organización de Naciones Unidas (1945) y se elaboraron dos instrumentos con contenido de derechos humanos: la Carta de constitución de las Naciones Unidas¹⁰ y la Declaración Universal de los Derechos Humanos DUDH (1948).¹¹

⁶ *Ibíd.*, p. 13

⁷ Por ejemplo, los bajos sueldos, trabajo riesgoso en fábricas, talleres textiles y minas donde se empleaban tanto hombres como niños, malas condiciones sanitarias y contaminación urbana

⁸ Cfr. J. BENVENUTO LIMA, *Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales*, Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 1era edición, La Paz, Bolivia, 200, p.45.

⁹ *Ibíd.* p.48

¹⁰ La Carta de las Naciones Unidas, fue firmada en San Francisco el 26 de junio 1945, entrada en vigor: 24 de octubre de 1945.

¹¹ Cfr. J. BENVENUTO LIMA, *op. citado*, p. 45.

¹¹ *Ibíd.*, p.49.

La Carta de las Naciones Unidas, marca el preámbulo mundial del reconocimiento de los derechos humanos¹². La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclama la condición de “inalienables”, de los derechos civiles y políticos¹³ como económicos, sociales y culturales, conjugando los valores de la libertad (liberalismo) y de la igualdad (socialismo). Representa en síntesis, la superación de la dicotomía entre liberalismo y socialismo en torno a la primacía de los derechos humanos¹⁴, tomando la idea contemporánea de la *indivisibilidad de los derechos*.

Posterior a la DUDH, se elaboran dos instrumentos fundamentales¹⁵: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los mismos que fueron adoptados en 1966 y entraron en vigor diez años más tarde.

A nivel regional, dentro de lo que constituye el Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹⁶ se elaboraron cuatro instrumentos sobre derechos humanos: La Carta de la OEA, Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador.

¹²Uno de los propósitos de las Naciones Unidas consensuado en la Carta es: 3) realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

¹³ Se incluye entre los DCP: el derecho a la vida, la libertad, la igualdad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a tener un recurso efectivo ante tribunales nacionales, a no ser arbitrariamente detenido, a circular libremente y elegir su residencia en el territorio de un Estado, derecho a la propiedad, a tener una nacionalidad, libertad de pensamiento conciencia y religión, libertad de reunión, a ejercer funciones públicas en su gobierno.

¹⁴ Cfr. J. BENVENUTO LIMA op. citado, p. 49.

¹⁵ Se elaboraron dos pactos diferentes de derechos debido a la pugna ideológica entre el bloque capitalista y el bloque comunista durante la Guerra Fría. En relación a los derechos, los capitalistas querían un mínimo “listado de derechos exigibles y estrictamente relacionados a los civiles y políticos mientras que los países comunistas impulsaban los DESC con un papel activo del Estado en su implementación y deberes específicos.”. N. WRAY REYES, *Tesis previa a la obtención del título de doctor en Jurisprudencia: La exigibilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2003, p. 33.

¹⁶ El Sistema Interamericano tiene entre sus instrumentos rectores: la Carta de la OEA, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador.

La Carta de la OEA¹⁷, es un Tratado internacional¹⁸, que contiene disposiciones sobre DESC (derechos a la educación, bienestar material, al trabajo, a percibir una remuneración justa, a la huelga, a la negociación colectiva, entre otros.¹⁹ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre enumera varios derechos sin hacer distinción entre los DCP y los DESC, sin embargo, no tiene status de tratado internacional.

20

La Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene por objeto la “protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.” Crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹ y establece las funciones actuales de la Comisión Interamericana de DDHH.²²

Finalmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San

¹⁷ La Carta de la OEA fue adoptada en 1948 y constituye el instrumento constitutivo de la entidad política denominada Organización de Estados Americanos.

¹⁸ Debe entenderse el término Tratado en virtud de lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 2a) “se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” Crea obligaciones para las partes contratantes.

¹⁹ Cfr. T. MELISH, op. citado, p. 9.

²⁰ *Ibid.*, p. 10.

²¹ La Corte es una “institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana” e inició funciones en 1979. La Corte tiene una función consultiva y una contenciosa. Entre sus funciones judiciales están la resolución judicial de casos concretos que involucran a personas protegidas y Estados Partes en la Convención; resolver peticiones individuales presentadas por la Comisión o por los Estados; y adoptar medidas provisionales. La fase consultiva se refiere a emitir opiniones relativas a la interpretación de la Convención u otros tratados de DDHH. *Ibid.*, p.31.

²² La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada en 1959, constituye un órgano autónomo de la OEA que representa a todos los Estados miembros de la Organización. La función de la Comisión es la de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos. Entre sus funciones están: 1) conocimiento de peticiones individuales sobre violaciones a la Convención o Declaración; 2) Seguimiento de la situación de DDHH en los países partes; 3) desarrollo de legislación y programas de educación en pro de los derechos humanos. *Ibid.*, p.26

Salvador²³, fue creado para garantizar protección de los DESC dentro del Sistema Interamericano de DDHH incorporando una larga lista de tales derechos.²⁴

1. 3. ¿Qué son los DESC?

1.3.1. Naturaleza jurídica

Los derechos económicos sociales y culturales son aquellos derechos que tienen como principal objetivo asegurar la participación en los recursos sociales a los distintos miembros de la comunidad²⁵. De esta definición se pueden entender a estos derechos en sentido objetivo, como “el conjunto de normas a través de las cuales el Estado, lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de desigualdades sociales. En tanto que, en su sentido subjetivo, podrían entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos.”²⁶

Es importante considerar que los DESC son derechos del hombre en virtud de su entorno colectivo, sin embargo, de ninguna manera se puede interpretar que estos derechos se dirijan a defender solo intereses del grupo, los mismos, servirán también para la satisfacción de los intereses de los individuos que los componen.²⁷

M. Mazziotti en este sentido, explica que el fin inmediato de los DESC, es la tutela de un interés individual a la subsistencia y no el de un interés colectivo para que una determinada categoría de individuos pueda subsistir. Es así que la “relevancia dada por los

²³ Entró en vigor en 1999. El Protocolo enfatiza la importancia de contar con una “tutela y promoción permanente” de los DESC, para lo cual establece dos mecanismos institucionales para dicha protección: un sistema de presentación de informes por parte de los Estados y 2) trámite de peticiones individuales regulado por la Convención.

²⁴ J. BENVENUTO LIMA, op. citado p. 63.

²⁵ Cfr. A. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 84.

²⁶ *Ibid.*, p. 84.

²⁷ *Ibid.*, p.84.

DESC a quienes forman parte de un determinado grupo deriva del presupuesto de que así se pueden satisfacer mejor las necesidades de aquellos a quienes se intenta proteger.” En consecuencia, no se intenta proteger a los grupos en cuanto a tales sino a los individuos en el seno de sus situaciones concretas en la sociedad.²⁸

1.3.2 Principales DESC contenidos en instrumentos internacionales

La DUDH, enumeró en su articulado tanto a los derechos civiles y políticos como a los DESC, dentro de esta segunda categoría, se encuentran por ejemplo: el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo, al descanso, derecho a un nivel de vida adecuado que garantice la salud, el bienestar y en especial la alimentación, el derecho al vestido, a la vivienda, a la asistencia médica, el derecho a la educación, entre otros.

El PIDESC realiza una protección positiva a los tres tipos de derechos: los económicos, los sociales y los culturales. Dentro de la categoría de los *Derechos Económicos* se encuentran: el derecho al trabajo, el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias y el derecho a la libertad sindical (artículos 6, 7 y 8). Los *Derechos Sociales* comprenden el derecho a la seguridad social, familia, salud y nivel de vida adecuado (artículos 9, 10, 11 y 12). Finalmente, dentro de la categoría de los *Derechos Culturales* se encuentran el derecho a la educación y derecho a la cultura (artículos 13, 14, 15).

El Protocolo de San Salvador desarrolla en profundidad los derechos sociales, económicos y culturales mencionados, pero además integra otros derechos como: el derecho a un medio ambiente sano (art.11), derecho a la alimentación (art. 12), protección a los minusválidos (art.18), entre otros.

²⁸ Ibid. p.84.

1.3.3 Carácter programático de los DESC

Una parte considerable de la doctrina jurídica, considera que los derechos civiles y políticos permiten crear una esfera dentro de la cual, los individuos pueden actuar libremente, “las libertades públicas son claras y precisas y las obligaciones del Estado se refieren a una abstención”; al contrario, los derechos económicos sociales y culturales tienden a obtener la intervención del Estado para satisfacer exigencias fundamentales de los ciudadanos.²⁹ Esta tesis ha pretendido negar el carácter de justiciabilidad de los DESC.

La amplitud del contenido de los DESC en las actuales Declaraciones Universales o Multinacionales, han corroborado la idea de que estos derechos se “mantengan en el terreno de lo *programático*”. Es así, que se ha considerado que los DESC “implican una pretensión frente al Estado, la cual solo puede ser satisfecha mediante la creación de un aparato destinado a responder estas exigencias en términos de servicio público, y de ahí, que la satisfacción de estas pretensiones implícitas en los DESC deje al Estado un amplio margen de discrecionalidad sobre su organización”.³⁰

El carácter programático está relacionado con la idea de que los DESC no pueden traducirse en “normas concretas que especifiquen poderes de hacer y queden relegados al plano de los meros poderes de exigir”, no se los considera como derechos positivos al igual que a los DCP. A lo mucho, los DESC “constituyen un programa de acción del legislador, pero en tanto, éste no organiza los servicios necesarios para su satisfacción, solo son libertades virtuales.”³¹

Es decir, que el cumplimiento de las obligaciones por parte del Estado en relación a los DESC, se vuelve programático, pues depende de la aplicación de programas, creación

²⁹ Cfr. A. PÉREZ LUÑO, op. citado, p. 84.

³⁰ Ibid., p.85.

³¹ Ibid., p.85.

de políticas públicas y que está ligado a un tema de asignación de recursos para alcanzar determinadas metas en dichos derechos.

1.3.4 Obligaciones de los Estados en relación a los DESC

El rol de los órganos estatales, en la implementación de las obligaciones del derecho internacional de derechos humanos, es crucial, pues muchas disposiciones solamente serán operativas si los Estados ponen en funcionamiento su sistema legal interno para darle eficacia.³²

El derecho interno por tanto, deberá aplicar los compromisos internacionales adquiridos a través de medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole.³³ Es por tal razón, que “los Estados no son agentes externos a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, sino que son piezas centrales pues de ellos depende la implementación de los tratados internacionales.”³⁴

Se tiende a diferenciar a los DCP y a los DESC en virtud de las obligaciones que acarrearán por parte de los Estados. Por lo general, se concibe que los derechos civiles y políticos generen exclusivamente obligaciones negativas o de abstención de los Estados, como por ejemplo, no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar correspondencia ni los papeles privados, no interferir con la propiedad privada, entre otras.³⁵

³² Cfr. A. CACÉESE, *Modern Constitutions and International Law*” en A. DULITZKY, *Alcance de las obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana A.C; Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington Collage of Law, American University, Distribuciones Fontamara S.A, México, 2004, p. 79.

³³ Cfr. A. DULITZKY, op. citado, p. 79.

³⁴ F. MELÉNDEZ, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: Estudio constitucional comparado*, Honrad-Adenauer-Stiftung, México, 2004, p. 23.

³⁵ Cfr. V. ABRAMOVICH Y C. COURTIS, C, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002. p. 21

Al contrario, los derechos económicos sociales y culturales, se caracterizarían por obligar al Estado a hacer algo, es decir a brindar prestaciones como: proveer servicios de salud, asegurar la educación, elaborar políticas públicas o planes de vivienda, crear programas de alimentación, en consecuencia obligaciones positivas que en la mayoría de casos deberían solventarse con recursos del erario público³⁶.

Como explicaré más adelante en este trabajo, el deber del Estado respecto a DCP y DESC no se agota en la observancia de obligaciones de hacer y no hacer, sino que además, el Estado deberá cumplir con obligaciones para garantizar niveles esenciales de los derechos y adopción de medidas inmediatas para su pleno goce y ejercicio; tendrá que alcanzar las obligaciones genéricas de respetar, proteger y satisfacer los derechos; deberá cumplir con la obligación de progresividad y prohibición de regresividad respecto a las medidas que se hayan adoptado para garantizar un derecho; y finalmente le corresponderá garantizar el ejercicio de un derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, entre otras.

1.4. Diferencias y similitudes entre los DESC y los DCP

Como lo mencioné en la sección 1.1 de este capítulo, la división y diferenciación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales tiene un origen histórico, que se formalizó con la elaboración de dos Pactos de Derechos Humanos diferentes, en los que primó la idea de que los DCP eran exigibles y justiciables

³⁶ Ibid., p. 21.

de carácter absoluto y de aplicación inmediata, mientras que, los DESC se les consideró de aplicación progresiva.³⁷

Así también, se suele diferenciar entre DCP y DESC en razón de obligaciones positivas o negativas, aunque la misma no sea precisa, puesto que, ambas categorías de derechos requieren tanto de abstenciones del Estado como de sus actuaciones. Clasificar a los DESC como derechos que implican solamente acciones positivas del Estado y que se relacionan directamente con la erogación de recursos, tiende a justificar el incumplimiento de las obligaciones del Estado en razón de que no tiene los recursos económicos para hacerlo. Tal situación, transforma a los DESC, en derechos que son exigibles dependiendo del presupuesto del Estado, y por tanto, a no ser directamente justiciables como los derechos civiles y políticos.

Entre las similitudes está, que los DCP y DESC acarrearán similares obligaciones positivas como negativas por parte de los Estados. “El Estado tiene la obligación negativa de abstenerse de destruir la fuente alimenticia (DESC) de una familia como abstenerse de torturar (DCP) a quienes han sido detenidos bajo custodia; o la obligación positiva para crear un sistema electoral (DCP) en el cual se garantice el voto secreto como crear un sistema de salud (DESC).”³⁸

Finalmente, una idea que conecta tanto a derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales es el concepto de “indivisibilidad o integralidad de los DDHH”.

³⁷ Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights, en PHILIP ALSTON, *Economic and Social Rights in International Human Rights in Context :Laws, Politics, Morals*, Clarendon Press Oxford, New York, 1996, p.260.

³⁸ T. MELISH, op. citado, p.41.

La *indivisibilidad o integralidad* de los derechos humanos nace en virtud de la Declaración y Programa de acción de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, la misma que establece:

“5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”³⁹

Es decir, que no se debe permitir primar la importancia de unos derechos sobre otros, ni menos sacrificar un tipo de derecho en menoscabo de otro.⁴⁰ Se puede interpretar entonces, que la integralidad⁴¹ de los derechos humanos, depende de la interacción entre ambas categorías de derechos; que “sin la efectividad de DESC, los DCP se reducen a meras categorías formales, en cuanto que, sin la realización de los derechos civiles y

³⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración y programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993*, en [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument) (06/04/07)

⁴⁰ Cfr. A. URIBE MUÑOZ, *Estado Actual de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Derecho al Desarrollo en el Derecho Internacional*, en Terre des Hommes, *El Derecho a la Equidad: Ética y Mundialización Social*, Ed. Icaria Antrazyt, Barcelona, 1997, p. 86.

⁴¹ Respecto a la interpretación de los derechos, tanto el art. 5 del PIDCP y del PIDESC, manifiestan que: “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquier de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. de las disposiciones de los Pactos podrán ser interpretadas. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”

políticos, o sea, sin la efectividad de la libertad entendida en su más amplio sentido, los derechos económicos, sociales y culturales, carecen de significación.”⁴²

1. 5. El Estado garantiza los DESC: El Estado Social de Derecho

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones y el pleno goce y ejercicio de los DESC, es preciso que exista una estructura institucional, jurídica, económica y política adecuada, basada en principios que consagren la primacía y respeto de los derechos humanos, la dignidad humana, que asegure a los individuos la igualdad, la libertad, la justicia, así como, la calidad de vida. Esta estructura es el Estado, y para el caso concreto de la garantía de los DESC: el *Estado Social de Derecho*.

En principio, el Estado de Derecho nació como una “fórmula de compromiso que implicaba aunar diversas *garantías formales*, proclamadas por una Constitución que consagrara la división de poderes y el principio de legalidad, con una serie de *garantías materiales*, ya que el primado de la ley reposaba en su carácter de expresión de la voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.”⁴³ En primera instancia, el Estado de Derecho se personificó en el Estado Liberal.

El *Estado liberal*, fue la base estructural de la consolidación de sociedades con ideología individualista. Se caracteriza por defender los derechos naturales (seguridad, libertad, propiedad individual y el derecho a la vida), derechos cuyo titular es el hombre, y

⁴² F. PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.*, Max Limonad, Sao Paulo, 1997, p. 161.

⁴³ A. PÉREZ LUÑO, op. citado p. 220.

por su contenido y objeto se los denomina derechos civiles y políticos, éstos pretenden establecer los límites para la actuación estatal.⁴⁴

Entre sus características están: ser un Estado absentista, que garantiza que los individuos disfruten sus derechos y libertades mas no interfiere en las esferas de dominio del individuo; evita que terceros vulneren los derechos y libertades convirtiéndose en un Estado Policía.⁴⁵

El *Estado Social de Derecho*, surge como una expresión diferente a los estados autoritarios o fascistas y tiene como principios fundamentales: la sujeción al imperio de la ley; la división de poderes, sometimiento al principio de legalidad y garantía de los derechos fundamentales. Nace luego de la II Guerra Mundial, como respuesta ante el absentismo del Estado. Ideológicamente, es una estructura que pretende alcanzar los ideales la justicia social, por tanto, no solo garantizar los derechos civiles sino también los DESC.⁴⁶

Es por tanto la estructura del Estado Social de Derecho, la que permite garantizar los DESC, convirtiéndose en un sujeto activo, que responde ante las necesidades de sus ciudadanos, que busca el bienestar económico, político y cultural, sobre la base de la justicia social, la equidad e igualdad ante la ley, y la libertad personal.

⁴⁴ J. MARTÍNEZ DE PISON, *Políticas de bienestar: Un estudio sobre los derechos sociales*, Ed. Tecnos S.A, Madrid, 1998. P. 23.

⁴⁵ *Ibid.*, p.23.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 23.

CAPÍTULO II: EL DERECHO A LA EDUCACIÓN BÁSICA OBLIGATORIA Y GRATUITA

2.1 El derecho a educación como un derecho fundamental

El derecho a la educación ha sido ampliamente reconocido en varios instrumentos internacionales por su importancia y su relación directa con la dignidad humana, siendo elevado a la categoría de *derecho fundamental* por diversas Constituciones a nivel mundial.

Luigi Ferrajoli, propone una definición teórica de los *derechos fundamentales* como: “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por status la condición de un sujeto, prevista

asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas”.⁴⁷

El autor aclara que, cualquier ordenamiento jurídico, reconocerá como derechos fundamentales (derechos humanos, públicos, civiles y políticos) todos aquellos derechos que sean atribuidos universalmente⁴⁸ a clases de sujetos determinadas por la identidad de persona, ciudadano o capacidad de obrar.⁴⁹

Ferrajoli, caracteriza a los derechos fundamentales como derechos indisponibles⁵⁰, inalienables, intransigibles, inviolables y personalísimos. Así también, señala que “los derechos fundamentales tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido de que son todos ex lege, o sea, conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional”.⁵¹

Finalmente, este autor nos da la pauta para comprender la estrecha relación entre derechos fundamentales y democracia sustancial. Manifiesta que son sus caracteres estructurales de “universalidad, igualdad, indisponibilidad, atribución ex lege y rango habitualmente constitucional” de este tipo de derechos, los que permiten garantizar los intereses y necesidades vitales de todos los ciudadanos.⁵²

Julián Tolé Martínez, define a los derechos fundamentales como, derechos “representantes de un sistema de valores concretos (de un sistema cultural) y que resume el

⁴⁷ L. FERRAJOLI, *Los Fundamentos de los Derechos fundamentales*, Ed. Trotta S.A. Madrid, 2001, p. 19.

⁴⁸ Es decir derechos que no impliquen exclusión como por ejemplo los patrimoniales, que requieren titulares determinados con exclusión de todos los demás. *Ibíd.* p. 30.

⁴⁹ *Ibíd.* p.19.

⁵⁰ El autor manifiesta que el carácter de indisponibles quiere decir que están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado. En virtud de su indisponibilidad, no son alienables por el sujeto que es su titular. *Ibíd.* p. 32

⁵¹ *Ibíd.* p. 34.

⁵² *Ibíd.* p. 35.

sentido de la vida estatal contenido en la Constitución.”⁵³ Por tal razón, no existe estado constitucional sin derechos fundamentales: “estos derechos se convierten en la razón de ser del Estado, cuya función básica es la protección y la efectiva realización de las prerrogativas fundamentales”.⁵⁴

Este autor manifiesta que los derechos fundamentales se mueven en dos dimensiones: una subjetiva y otra objetiva. La primera se refiere a la “expresión inmediata de la dignidad humana que se traduce en la posibilidad que tiene un ciudadano de reclamar la protección de determinada potestad fundamental violada o amenazada por el poder público o un particular. Esto garantiza al individuo un status jurídico, es decir, determinan, aseguran y limitan la posición jurídica del individuo en sus bases y en sus relaciones jurídicas, con otros individuos.”⁵⁵

La dimensión objetiva se refiere al “deber ser”, pues los derechos fundamentales consisten en principios objetivos, “que imponen mandatos de actuación y deberes de protección a todos los destinatarios de la Constitución (poderes públicos y particulares)”⁵⁶.

La Corte Interamericana de DDHH, en su Opinión Consultiva No. 17 se ha manifestado sobre el derecho fundamental a la educación:

“todos los niños tienen derecho a la educación como un derecho fundamental, universalmente reconocido, sin embargo, existen millones de niños en edad para asistir a la escuela primaria que no tienen la posibilidad de hacerlo, encontrándose en una situación de negación del derecho a la educación, la cual está unida a violaciones de derechos civiles y políticos, (...) constituyen obstáculos al acceso a la educación que los Estados deben comprometerse a eliminar.”⁵⁷

⁵³ J. TOLE MARTÍNEZ, *La teoría de la doble dimensión de los Derechos Fundamentales en Colombia, el Estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación*, Cuestiones Constitucionales, Número 15, julio-diciembre 2006, p. 256, en www.ejournal.unam.mx/cuestiones/cconst15/CUC1510.pdf (14/03/07)

⁵⁴ *Ibid.* p. 256.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 256.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 258.

⁵⁷ CORTE IDH, Opinión Consultiva OC- 17/02 de 28 de agosto del 2002.

Así mismo ha expresado que, el reconocimiento efectivo de los derechos de los niños hace “necesario un gran movimiento social y cultural, más que un marco legislativo adecuado, en donde diversos agentes tienen un papel fundamental: la sociedad civil, en tanto en la *educación* y promoción de los derechos del niño; las ONG’s, en la denuncia, defensa y exigibilidad de los derechos, los Estados en asegurar el cumplimiento de las medidas de protección que infiere el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.”⁵⁸

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 1 sobre los Propósitos de la Educación, también ha establecido algunas consideraciones importantes sobre este derecho, como por ejemplo:

“2. (...) La educación a que tiene derecho todo niño es aquella que se concibe para prepararlo para la vida cotidiana, fortalecer su capacidad de disfrutar de todos los derechos humanos y fomentar una cultura en la que prevalezcan unos valores de derechos humanos adecuados. (...)En este contexto la "educación" es más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permiten al niño, ya sea de manera individual o colectiva desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad.”⁵⁹

“3. El derecho del niño a la educación no sólo se refiere al acceso a ella (art. 28), sino también a su contenido (...)”⁶⁰

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ NACIONES UNIDAS, Convención sobre los Derechos del Niño, Propósitos de la Educación 17/04/2001, CRC/GC/2001/1. (General Comments), *Observación General No. 1 Propósitos de la Educación Párrafo 1 del Art. 29 2001*, en <http://www.unhchr.ch.>, (04/03/07).

⁶⁰ *Ibid.*

“9. En tercer lugar, si en el artículo 28 se destacan las obligaciones de los Estados Partes en relación con el establecimiento de sistemas educativos y con las garantías de acceso a ellos, (...)se subraya el derecho individual y subjetivo a una determinada calidad de la educación (...)La educación también debe tener por objeto velar por que se asegure a cada niño la preparación fundamental para la vida activa y por que ningún niño termine su escolaridad sin contar con los elementos básicos que le permitan hacer frente a las dificultades con las que previsiblemente se topará en su camino. Los conocimientos básicos no se limitan a la alfabetización y a la aritmética elemental sino que comprenden también la preparación para la vida activa (...)”⁶¹

El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 13 también ha elaborado importantes consideraciones respecto al derecho a la educación, así entre ellas encontramos las siguientes:

“1.- La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades (...)”

“4.- (...) la educación debe orientarse al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana, debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y debe favorecer la comprensión entre todos los grupos étnicos, y entre las naciones y los grupos raciales y religiosos.”

“5. (...) que los Estados Partes tienen la obligación de velar por que la educación se adecue a los propósitos y objetivos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13, interpretados a la luz de la Declaración Mundial sobre Educación para Todos (Jomtien, Tailandia, 1990) (art. 1), la Convención sobre los Derechos del Niño (párrafo 1 del artículo 29), la Declaración y Plan de Acción de Viena (parte I, Párr.33, y parte II, Párr. 80), y el Plan de Acción para el Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos (Párr. 2).”

⁶¹ Ibid.

Por lo tanto, el derecho a la educación es un derecho fundamental en virtud de ser indisponible, inalienable, intransigible, inviolable y personalísimo, por sus caracteres estructurales de universalidad, igualdad, atribución ex lege y rango habitualmente constitucional, y también, por ser un mandato de actuación para el Estado y los particulares que permite garantizar los intereses y necesidades de la colectividad.

Así, el derecho a la educación es un derecho fundamental, un derecho humano intrínseco, reconocido a todas las personas y un medio indispensable en la preparación para la vida cotidiana y para el ejercicio de otros derechos humanos. El derecho a la educación es más que una escolarización oficial, pues abarca un conjunto de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permiten a los individuos desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes con el fin de llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad. Finalmente, el derecho a la educación no puede concebirse solamente como el acceso a un sistema educativo sino también como la provisión de contenidos de calidad.

Analizado el derecho a la educación como un derecho fundamental es preciso aproximarme al objeto de estudio de este trabajo: el derecho a la educación básica obligatoria y gratuita, para ello iniciaré mi análisis con el reconocimiento de este derecho tanto en los instrumentos internacionales como en la legislación ecuatoriana.

2.2 Reconocimiento del derecho a la educación

2.2.1 En Instrumentos Internacionales

El derecho *a la educación* está reconocido dentro de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) en varios instrumentos internacionales. La Declaración Mundial sobre Educación para Todos (Jomtien, 1990), declara “que todos los niños, jóvenes y adultos, en su condición de seres humanos, tienen derecho a beneficiarse de una

educación que satisfaga sus necesidades básicas de aprendizaje en la acepción más noble y más plena del término, una educación que comprenda aprender a asimilar conocimientos, a hacer, a vivir con los demás y a ser.” Por tanto, el derecho a la educación comprende diferentes niveles de enseñanza para los individuos según las etapas de la vida, sin embargo, en mi análisis solamente abordaré la educación básica también conocida como escolaridad.

A continuación haré una compilación de los instrumentos más importantes que garantizan el derecho a la educación básica:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 26, proclama que:

“1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción *elemental y fundamental*. *La instrucción elemental será obligatoria* (...) 2. 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; (...) 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.”

El art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales:

“reconoce el derecho a toda persona a la *educación*. Este derecho, en el marco del Pacto, debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre (...).”

Así mismo, el Pacto reconoce que para lograr el pleno ejercicio de este derecho: *la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente*; incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos;(…) que el Estado debe establecer un sistema adecuado de becas, y mejorar

continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente; así como también asegurar la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

La Convención de los Derechos del Niño garantiza en su art. 28 el derecho a la educación de los niños con el fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, para lo cual los Estados deberán en particular:

“1. a) *Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita* para todos; (...)e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar. (...) 2. Adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención. 3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo. (...)”

Así también, la Convención en su art. 29 establece que, la educación deberá estar encaminada a desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades, a inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales así como el respeto por sus padres, su identidad cultural, su idioma, valores y el respeto al medio ambiente.

Dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos el derecho a la educación básica está contenido en los siguientes instrumentos: la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador.

La Carta de la OEA reconoce en su art. 47 que los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso.

En su art. 49 establece que los Estados llevarán a cabo los mayores esfuerzos para asegurar, de acuerdo con sus normas constitucionales, el ejercicio efectivo del derecho a la educación, sobre las siguientes bases:

“a) *La educación primaria será obligatoria* para la población en edad escolar, y se ofrecerá también a todas las otras personas que puedan beneficiarse de ella. Cuando la imparta el Estado, será gratuita;”

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre declara que toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humana. Respecto a la educación básica establece que “toda persona tiene derecho a recibir *gratuitamente la educación primaria*, por lo menos.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y Deberes del Hombre no hace una referencia expresa al derecho a la educación, ni a ningún derecho económico, social y cultural en particular, sin embargo, establece el principio de desarrollo progresivo de los DESC en general. El art. 26 establece que:

“Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para *lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura*, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

El Protocolo de San Salvador en su art. 13 *reconoce el derecho de toda persona a la educación, para lo cual los Estados partes* convienen en que la “educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad

y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. (...)"

El numeral 3 del art. 13 del Protocolo reconoce que para lograr el ejercicio pleno del derecho a la educación:

“a) *la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;* (...) d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria (...)"

Finalmente, es importante considerar *la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (UNESCO)*, que establece en su art. 4 que los Estados Partes en la Convención se comprometerán a:

“a formular, desarrollar y aplicar una política nacional encaminada a promover, por métodos adecuados a las circunstancias y las prácticas nacionales, la igualdad de posibilidades y de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial, a: a) *Hacer obligatoria y gratuita la enseñanza primaria,* (...) velar por el cumplimiento por todos de la obligación escolar prescrita por la ley; b) Mantener en todos los establecimientos públicos del mismo grado una enseñanza del mismo nivel y condiciones equivalentes en cuanto se refiere a la calidad de la enseñanza proporcionada; (...)"

De los textos citados podemos extraer, que el derecho a la educación está ampliamente reconocido a nivel internacional y regional por instrumentos de distinta naturaleza jurídica como las Convenciones, las Declaraciones, los Pactos y el Protocolo. Estos instrumentos internacionales imponen compromisos y obligaciones a los Estados que los han ratificado, con el fin de asegurar el respeto, la protección y garantía de pleno goce y ejercicio de este derecho a sus ciudadanos.

De los instrumentos mencionados, la DUDH, el PIDESC, la Convención de los Derechos del Niño, la Declaración Americana y la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo de San Salvador y la Convención relativa a la Lucha

contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, destacan la importancia de la provisión de educación básica (primaria), de manera obligatoria y gratuita a todas las personas para alcanzar a plenitud los objetivos del derecho a la educación.

2.2.2 En la legislación Nacional

El derecho a la educación se encuentra garantizado por la Constitución Política de la República, el Código de la Niñez y Adolescencia y la Ley Orgánica de Educación y su respectivo Reglamento.

En el Ecuador el reconocimiento y garantía del derecho a la *educación básica y gratuita* se da a partir de la Constitución de 1878, “se establece que la enseñanza primaria es obligatoria y gratuita, así como la de artes y oficios, y que estas deben ser costeadas por los fondos públicos (art. 17).” A partir de la Constitución Liberal de 1906, se establece por primera vez a la enseñanza oficial como laica y que el Estado y los Municipios únicamente subvencionarán o auxiliarán a la educación oficial y municipal.⁶²

En las constituciones de 1978 y la codificación de 1996: se reitera el principio establecido en anteriores constituciones de que la educación es deber primordial del Estado y la sociedad, derecho fundamental de la persona y derecho y obligación de los padres, se fija por primera vez la obligación de asignación de al menos un 30% de los ingresos corrientes del presupuesto general del Estado para la educación, “se mantuvo el carácter laico de la educación pública y se amplió el principio de la gratuidad de la educación a todos los niveles , inclusive el universitario.”⁶³

⁶²Cfr. F. SIMON, *La educación en la Constitución ecuatoriana de 1998*, Hacia una educación de calidad y descentralizada: Una propuesta de reforma de la educación ecuatoriana”, en *Visión a Futuro de la Educación*, Ministerio de Educación y Cultura del Ecuador: Unidad Coordinadora de Programas, Quito, 1999, p 52.

⁶³ Ibid. p.53.

La Constitución Política de 1998, vigente hasta el momento, trata al derecho a la educación en dos partes de su cuerpo normativo: en primer lugar, dentro de la lista de derechos civiles y políticos dentro del derecho a una calidad de vida “que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios” (Art. 23 numeral 20). En segundo lugar, trata al derecho a la educación en el Capítulo IV: De los Derechos Económicos Sociales y Culturales Sección 8a.

En este capítulo del texto constitucional, se establecen los principios y finalidades de la educación; el modelo de educación pública que se impartirá; la organización del sistema educativo; el financiamiento de este derecho; las instituciones responsables, entre otros aspectos.

Sin embargo, antes de entrar en el análisis del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita como un DESC, es trascendental señalar las reglas y principios que manda la Constitución sobre la protección, garantía y aplicación de los derechos humanos y los principios y finalidades que deberá tener la educación en el Ecuador.

2.2.2.1 Los derechos humanos en la Constitución

Para algunos autores, lo más importante de la Constitución, radica en el “amplio tratamiento que se da a los derechos humanos y al establecimiento de varios mecanismos dirigidos a proteger su ejercicio”. En la parte dogmática del texto constitucional se incluyen todas las categorías de derechos: los civiles y políticos; los económicos, sociales y

culturales; los de tercera generación (derechos colectivos); y, los de cuarta generación (los derechos de los pueblos).⁶⁴

La Constitución Política (CP) en la misma línea de protección y garantía de los derechos humanos establece entre sus principios generales el respeto a los derechos humanos (Art. 16) la libertad de ejercicio de los derechos humanos (Art. 17) y la aplicación e interpretación directa de los derechos humanos.

Art. 16.- “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución.”

Art. 17.- “El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.

Art. 18.- Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables, por y ante cualquier juez o tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia (...).”

Por lo tanto, la Constitución Política determina tres deberes principales del Estado ecuatoriano respecto a los DDHH: 1) el respetar y hacer respetar los derechos humanos; 2) garantizar el ejercicio y goce, sin discriminación de los derechos consagrados en la Carta Magna y otros instrumentos internacionales vigentes, a través de la adopción de medidas, planes, programas permanentes y periódicos; y 3) la obligación de todo juez, tribunal u autoridad estatal de aplicar inmediatamente y de forma directa los derechos y garantías

⁶⁴ Ibid., p.55.

establecidas en la Constitución e instrumentos internacionales. Finalmente, la CP ordena la aplicación del principio de interpretación que favorezca la efectiva vigencia de los DDHH.

2.2.2.2 Principios y finalidades de la Educación en el Ecuador (art. 66)

El art. 66 de la Constitución Política manda que “la educación es derecho irrenunciable de las personas, deber inexcusable del Estado, la sociedad y la familia; área prioritaria de la inversión pública, requisito del desarrollo nacional y garantía de la equidad social. Es responsabilidad del Estado definir y ejecutar políticas que permitan alcanzar estos propósitos.”

Así también, la educación en el Ecuador deberá estar inspirada en “principios éticos, pluralistas, democráticos, humanistas y científicos, promoverá el respeto a los derechos humanos, desarrollará un pensamiento crítico, fomentará el civismo; proporcionará destrezas para la eficiencia en el trabajo y la producción; estimulará la creatividad y el pleno desarrollo de la personalidad y las especiales habilidades de cada persona; impulsará la interculturalidad, la solidaridad y la paz. (...)”

El Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), establece además de los antes mencionados el principio de calidad en la educación.

“Art. 37.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una *educación de calidad*. Este derecho demanda de un sistema educativo que: 1. Garantice el acceso y permanencia de todo niño y niña a la educación básica, así como del adolescente hasta el bachillerato o su equivalente; 2. Respete las culturas y especificidades de cada región y lugar; (...)5. Que respete las convicciones éticas, morales y religiosas de los padres y de los mismos niños, niñas y adolescentes.”

La Ley Orgánica de Educación (LOE), en su art. 2 realiza un desarrollo exhaustivo de los principios constitucionales mencionados bajo los que se regirá la educación en el

país. Establece así por ejemplo que, “ a) la educación es deber primordial del Estado que lo cumple a través del Ministerio de Educación y Cultura (MEC); b) todos los ecuatorianos tienen el derecho a la educación integral y la obligación de participar activamente en el proceso educativo nacional; (...)”

Además esta Ley, entre sus fines manda “atender preferentemente la educación preescolar, escolar, la alfabetización, y la promoción social, cívica, económica, y cultural de los sectores marginados (...)” (art. 3 literal f).

Los principios y finalidades del derecho a la educación contenidos en la Constitución, el CNA y la Ley Orgánica de Educación establecen los lineamientos generales bajo los cuales deberán enmarcarse el sistema educativo ecuatoriano, la elaboración de las políticas públicas y la actuación de las autoridades estatales como del resto de ciudadanos respecto de este derecho.

2.3 El derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita

Luego de esbozar el origen del derecho a la educación en el Ecuador, el reconocimiento de este derecho en instrumentos internacionales y en la legislación nacional, analizar el tratamiento especial que da el texto constitucional a los derechos humanos y determinar los fines y principios de la educación contenidos en la legislación ecuatoriana, es oportuno entrar al objeto de estudio y alcance de mi tesina: el derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita.

2.3.1 Reconocimiento de la educación básica y gratuita

La Constitución Política reconoce el derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita.

“Art. 67.- *La educación pública será laica en todos sus niveles; obligatoria hasta el nivel básico, y gratuita hasta el bachillerato o su equivalente.* En los establecimientos públicos se proporcionarán, sin costo, servicios de carácter social a quienes los necesiten. Los estudiantes en situación de extrema pobreza recibirán subsidios específicos.”

Así también el Código de la Niñez y Adolescencia, reconoce en su art. 37 en su inciso séptimo que “la educación pública es laica en todos sus niveles, obligatoria hasta el décimo año de educación básica y gratuita hasta el bachillerato o su equivalencia.”

La Ley Orgánica de Educación, respecto a la educación básica establece en su art. 2. literal e) que “la educación oficial es *laica y gratuita en todos sus niveles.(...).*”

2.3.2 Definición de Obligatoriedad, Educación Básica y Gratuidad

Si bien la educación básica, obligatoria y gratuita está expresamente reconocida en instrumentos internacionales que el Ecuador ha ratificado y en la normativa interna (Constitución, Código de la Niñez y Adolescencia, Ley Orgánica de Educación), es fundamental definir las nociones de obligatoriedad, educación básica y gratuidad para poder determinar el contenido mínimo esencial de este derecho.

2.3.2.1 Obligatoriedad

La obligatoriedad es la cualidad de lo obligatorio. Obligatorio significa que obliga su cumplimiento y ejecución., concepto que se relaciona con el verbo obligar, “comprometerse a cumplir algo”. En el caso de los derechos, el cumplimiento se da respecto a obligaciones, entendidas éstas como imposiciones o exigencias morales que debe regir la voluntad libre, o el “vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer algo,

establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos.”⁶⁵

La noción de obligatoriedad en el derecho a la educación básica tiene dos alcances: el primero, se refiere a la obligación que tienen el Estado, la Familia y la Sociedad, en el marco de los instrumentos internacionales y legislación interna, de garantizar a los individuos el derecho a acceder a la educación. El segundo en cambio, se refiere al tiempo obligatorio de estudio en que deberá incurrir una persona que ingrese en el sistema educativo, en el caso ecuatoriano, será el nivel básico que lo analizaré más adelante.

En los instrumentos internacionales a los que me referí anteriormente, podemos visualizar claramente los dos alcances del concepto de obligatoriedad. Por un lado, encontramos la obligación, especialmente del Estado, de garantizar el acceso a la educación, y por otro, la obligatoriedad de que toda persona alcance al menos el nivel básico de educación.

La Constitución Política determina la obligatoriedad del Estado de asegurar la educación básica gratuita en su primer alcance, como “deber inexcusable del Estado”. Sin embargo, es la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento las normas que con mayor claridad determinan en qué consiste la obligatoriedad en su segundo alcance y quién debe garantizarla.

Art. 19.- El Estado *tiene el deber de facilitar el sostenimiento de la educación* en todos los niveles y modalidades del sistema. (LOE)

Art. 20.- La educación *es obligatoria en el nivel primario y en ciclo básico* del nivel medio. (LOE)

⁶⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, , Vigésima Segunda Edición, Tomo 7mo, España, 2001, p. 1087.

Art. 4.- *La educación es deber fundamental del Estado.* En consecuencia, su compromiso es atender a la demanda de educación del pueblo ecuatoriano. (RLOE)

Art. 5.- *Para garantizar la obligatoriedad de la educación primaria y básica, el Ministerio de Educación y Cultura, extenderá la red escolar en todos los sectores del país, considerando la distribución demográfica.* Las zonas fronterizas serán consideradas en forma prioritaria. (RLOE)

Art. 6.- La educación en los niveles primario y de ciclo básico es obligatoria; por tanto, *los padres, apoderados o representantes legales tienen la obligación de responder por el cumplimiento de la escolarización regular de los menores, hasta que hayan aprobado los nueve años de educación.* (RLOE)

Art. 8.- Se reconoce la educación primaria y de ciclo básica realizada a domicilio, por razones de fuerza mayor, ya sea temporal o por todo el período de la educación obligatoria. Para el efecto, *el representante legal obtendrá la autorización del director provincial para matricular a su representado en una escuela o colegio del sector, en donde rendirá las pruebas acumuladas correspondientes.* (...) (RLOE)

Respecto al segundo alcance de la obligatoriedad, es decir, como obligación de las personas de cursar un determinado número de años escolares, vemos que la obligación radica en primer lugar en el Estado, el mismo que deberá establecer una red escolar que abarque todo el país. En segundo lugar, la obligatoriedad está en los padres, apoderados o representantes legales, quienes responderán por el cumplimiento de la escolarización de los menores por un tiempo mínimo y obligatorio de 9 años.⁶⁶

⁶⁶ Respecto al mínimo de años escolares que deben cursar los ecuatorianos y ecuatorianas, vemos que la LOE y su Reglamento establecen 9 años, sin embargo, de conformidad con la Reforma Curricular de Educación Básica del año 1996 se modificó al sistema educativo, incluyendo dentro de EDUCACIÓN BÁSICA al nivel preprimario, primario y nivel medio, dando como resultado 10 años de educación básica. Sin embargo, hasta el momento no habido reforma legal, por lo cual puede considerarse obligatorio 9 años de educación de conformidad con la ley, o 10 años de conformidad con la Reforma Curricular.

El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha hecho una importante reflexión sobre el tema de la obligatoriedad en su Observación General No.11 punto 6:

“El elemento de *obligatoriedad* sirve para destacar el hecho de que ni los padres ni los tutores, ni el Estado, tienen derecho a tratar como optativa la decisión de si el niño debería tener acceso a la enseñanza primaria (...) Sin embargo, debería subrayarse que la obligatoriedad solamente se puede justificar si la educación ofrecida es de calidad adecuada, es pertinente para el niño y promueve la realización de otros derechos del niño”⁶⁷

2.3.2.2 Educación básica

Si analizamos el término educación básica por separado, según las definiciones del Diccionario de la Lengua Española, podemos obtener lo siguiente:

Educación: entendida como la crianza, enseñanza y doctrina que se da a los niños y a los jóvenes, instrucción por medio de la acción docente.⁶⁸

Básica: perteneciente a la base o bases sobre que se sustenta algo fundamental.⁶⁹

Integrando ambos conceptos, podríamos decir entonces que la *educación básica*, es aquella crianza o enseñanza fundamental.

En palabras de Jacques Delors, “la educación básica se puede definir como una educación inicial (escolar o extraescolar), que abarca en principio de la edad de tres años, aproximadamente, a la de 12 años, por lo menos. La educación básica es un pasaporte

⁶⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General 11 (1999) Planes de acción para la enseñanza primaria (Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en http://www.inec.org/ihrp/circulo_derechos/21bOG11.pdf, (08/04/07)

⁶⁸ Real Academia Española, op. citado p.585.

⁶⁹ *Ibid.*, Tomo 2, p. 200.

indispensable para toda la vida, que permitirá a quienes lo tienen, escoger lo que harán, participar en la edificación del porvenir colectivo y seguir aprendiendo.”⁷⁰

Para analizar el concepto de educación básica, es preciso, primero referirnos a una noción más general, de carácter internacional que permita establecer cuál es el contenido de la educación básica.

De conformidad con el art. 1 sobre la Satisfacción de las Necesidades Básicas de Aprendizaje de la Declaración Mundial sobre Educación para Todos de Jomtien, podemos extraer los primeros contenidos de la educación básica:

Art.1.- (...) Estas necesidades comprenden tanto las herramientas esenciales para el aprendizaje (tales como lectura y escritura, expresión oral, aritmética, resolución de problemas) como los contenidos básicos mismos del aprendizaje (conocimientos teóricos y prácticos, valores y actitudes) requeridos para que los seres humanos sean capaces de sobrevivir, desarrollen sus capacidades, vivan y trabajen con dignidad, participen plenamente en el desarrollo, mejoren la calidad de sus vidas, tomen decisiones fundamentadas y continúen aprendiendo. (...)

A fin de establecer el contenido de la educación básica en el Ecuador, debemos partir de la estructura del sistema educativo nacional, en el cual se instituye que la educación básica comprenderá: dentro del sistema escolarizado (art. 4 LOE) los niveles preprimario, primario y medio básico (art. 7 LOE). La Ley Orgánica de Educación, si bien no determina los contenidos específicos de la educación básica, crea las directrices sobre las cuales se basará la educación en cada nivel educativo.

Así, en el nivel preprimario, la LOE, manda que la educación tienda al “desarrollo del niño y sus valores en los aspectos motriz, biológico, psicológico, ético y social, así como a su integración a la sociedad con la participación de la familia y el Estado” (Art. 8).

⁷⁰ J. DELORS, *La Educación Encierra un Tesoro*, Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XXI presidida por Jacques Delors, UNESCO, p. 144.

Respecto al nivel primario establece que “la educación tiene por objeto la formación integral de la personalidad del niño, mediante programas regulares de enseñanza - aprendizaje y que lo habilitan para proseguir estudios en el nivel medio” (Art.9).

Finalmente, la LOE da las directrices del contenido de la educación del ciclo básico:

“Art.11.- El ciclo básico inicia la formación del nivel medio en el que se promueve una cultura general básica y se desarrollan actividades de orientación, que permiten al estudiante seleccionar la especialidad en el ciclo diversificado y habilitarle para el trabajo.”

Es el Reglamento a la Ley Orgánica de Educación la normativa que desarrolla de manera más explícita los objetivos, que están directamente relacionados con el contenido, de cada nivel educativo dentro de la educación básica.

El art. 19 de la LOE determina como objetivos de la educación regular, en el *Nivel Preprimario*: a) Favorecer el desarrollo de los esquemas psicomotores, intelectuales y afectivos del párvulo, que permitan un equilibrio permanente con su medio físico, social y cultural y b) desarrollar y fortalecer el proceso de formación de hábitos, destrezas y habilidades elementales para el aprendizaje.

En el *Nivel Primario*: a) Orientar la formación integral de la personalidad del niño y el desarrollo armónico de sus potencialidades intelectivas, afectivas y psicomotrices, de conformidad con su nivel evolutivo; b) fomentar el desarrollo de la inteligencia, las aptitudes y destrezas útiles para el individuo y la sociedad; c) fomentar la adquisición de hábitos de defensa y conservación de la salud y del medio ambiente y de la adecuada utilización del tiempo libre, descanso y recreación; d) procurar el desarrollo de las aptitudes y actitudes artísticas del niño en todas sus manifestaciones(...).

En el *Nivel Medio*: a) consolidar los conocimientos básicos que permitan al estudiante integrarse y desenvolverse en la vida familiar y social e interpretar críticamente la problemática nacional, continental y mundial; b) proporcionar al educando una orientación integral que permita el aprovechamiento de sus potencialidades, el desarrollo de una actitud consciente en la toma de decisiones, la elección de su carrera profesional, la continuación de sus estudios y su ubicación en el mundo del trabajo (...).

Podríamos concluir que la educación básica, es aquella enseñanza inicial que comprende en el Ecuador al menos el nivel preprimario, primario y básico, que provee las herramientas esenciales para el aprendizaje, tales como la lectura y escritura, expresión oral, aritmética y resolución de problemas. En el Ecuador, la educación básica tiene además objetivos específicos dependiendo del nivel de escolaridad: preprimario, primario y medio.

2.3.2.3 Qué tipo de aprendizaje debe garantizarse: aprender a conocer, aprender a hacer, aprender a vivir juntos aprender a vivir con los demás, aprender a ser

Para aproximarnos al contenido mínimo esencial de la educación básica, además del análisis legal realizado, debemos preguntarnos qué tipo de aprendizaje debe garantizar la educación en el Ecuador. Es decir, partir desde un punto más filosófico que jurídico y preguntarnos cuál es el ideal educativo de un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico (art. 1 CP). Desde el ideal democrático, la comunidad, aspira en un nivel mínimo, a ser una comunidad de iguales, sino en bienestar al menos en recursos iniciales. “Una sociedad democrática entiende que

una sociedad justa que distribuye los recursos y las oportunidades en relación al mérito de las personas.”⁷¹

Desde la perspectiva educativa, la igualdad, se da en parte por la igualdad de oportunidades ante la enseñanza o ante el sistema escolar y por otra, la igualdad de oportunidades a la hora de distribuir ventajas o posiciones sociales. La primera se refiere al problema de quién accede a la escuela, el cómo o entre quienes se distribuyen los cupos del sistema escolar. La segunda, enmarca el análisis, de cuánto pesa la formación educacional en la distribución de oportunidades sociales.⁷²

Desde el ámbito filosófico educacional, ha sido reconocida por la comunidad internacional la importancia de que la educación “transmita masiva y eficazmente, un volumen cada vez mayor de conocimientos teóricos y técnicos evolutivos, adaptados a la civilización cognitiva.”⁷³

Por tal motivo, se ha vuelto indispensable en el siglo XXI, responder más allá de lo cuantitativo ante la demanda de educación, pues “ya no basta con que los individuos acumulen al inicio de sus vidas una reserva de conocimientos a la que podrá recurrir después sin límites”, las personas deben estar en condición de “aprovechar y utilizar durante toda la vida cada oportunidad que se le presente de actualizar, profundizar y enriquecer ese primer saber y de adaptarse a un mundo permanente de cambio.”⁷⁴

⁷¹ C. PEÑA, *Igualdad educativa y sociedad democrática*, Políticas Educativas y Equidad, Reflexiones del Seminario Internacional Santiago de Chile, octubre del 2004, Ford Foundation, UNESCO, UNICEF, Universidad Alberto Hurtado, p. 24

⁷² *Ibid.*, p.25

⁷³ J. DELORS, *op. citado*, p. 105.

⁷⁴ *Ibid.*, p.105

La UNESCO⁷⁵, a través del Informe de la Comisión, reunida en París en 1994, ha propuesto como pilares de la educación cuatro tipos de aprendizajes fundamentales: 1) aprender a conocer; 2) aprender a hacer; 3) aprender a vivir juntos. La Comisión consideró, que dentro de cualquier sistema de enseñanza estructurada, los cuatro pilares de la educación deben recibir atención equivalente con el propósito de que la educación sea para el ser humano, en su calidad de persona y miembro de la sociedad, “una experiencia global y que dure toda la vida en los planos cognitivo y práctico.”⁷⁶

El *aprender a conocer* no se relaciona tanto con el hecho de adquirir conocimientos de manera clasificada o codificada, se lo puede considerar como medio o como finalidad de la vida humana. Permite a las personas a aprender y comprender el mundo que los rodea, de manera que les permita vivir con dignidad, desarrollarse profesionalmente y comunicarse con los demás.

Este tipo de aprendizaje supone “aprender a aprender” es decir, ejercitar la atención, la memoria y el pensamiento.⁷⁷

El *aprender a hacer* es un aprendizaje que no se puede separar del aprender a conocer. Se refiere a la cuestión de la formación profesional, es decir, cómo enseñar al alumno a poner en práctica los conocimientos ya adquiridos y a su vez, cómo adaptar la educación al futuro mercado de trabajo.⁷⁸

⁷⁵ La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) nació el 16 de noviembre de 1945. El objetivo de la Organización es: construir la paz en la mente de los hombres mediante la educación, la cultura, las ciencias naturales y sociales y la comunicación. Mediante sus estrategias y sus actividades, la UNESCO actúa a favor de los Objetivos de Desarrollo de las Naciones Unidas para el Milenio. <http://portal.unesco.org/es/ev.01/04/07>

⁷⁶ J. DELORS, op. citado, p. 105.

⁷⁶ Ibid., p.106

⁷⁷ Ibid., p.108.

⁷⁸ Ibid., p.109.

Aprender a vivir juntos, aprender a vivir con los demás tiene por finalidad “enseñar la diversidad de la especie humana y contribuir a una toma de conciencia de las semejanzas y la interdependencia entre todos los seres humanos.”⁷⁹

Finalmente, *el aprender a ser* debe estar enfocado al desarrollo global de cada persona en cuerpo y mente, inteligencia, sensibilidad, sentido estético, responsabilidad individual, espiritualidad.⁸⁰

Si bien estos cuatro tipos de aprendizajes propuestos por la UNESCO, como representante máxima de la comunidad internacional en el tema de la Educación, no están expresamente reconocidos en nuestra legislación, sin embargo, por su importancia se convierten en pilares fundamentales que deben ser aplicados en la educación a nivel mundial.

2.3.2.4 Gratuidad

Gratuidad calidad de lo gratuito. La gratuidad se relaciona con la palabra gracia que en el sentido que nos compete significa “don a favor que se hace sin merecimiento particular, concesión gratuita”.⁸¹

La calidad de gratuidad en la educación ha sido un tema de compleja definición y determinación, pues no es de carácter absoluto, dependerá de cada Estado en relación a sus posibilidades financieras, en rigor a las políticas públicas que adopte para satisfacer las necesidades de su sistema educativo, en virtud de sus disposiciones constitucionales y legales, así como de su estructura política-jurídica (Estado de Derecho, Estado Social de Derecho, Estado Comunista, Estado Socialista, entre otros).

⁷⁹ *Ibid.*, p.116.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 117

⁸¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *op. citado*, p. 778.

Se han dado algunas interpretaciones sobre este concepto desde el ámbito de la jurisprudencia internacional, tal es el caso del Tribunal Constitucional de la República Checa en respuesta a una demanda planteada contra el Estado, para que provea de libros de texto y materiales educativos de forma gratuita. El Tribunal aclaró que “gratuito significa que en la educación primaria el Estado sufraga el costo de establecer las escuelas, su funcionamiento y conservación y que no debe exigirse la enseñanza, que el Estado sufraga parte esencial de estos gastos, pero no tiene la obligación de soportarlos todos.”⁸²

El Comité de DESC ha manifestado lo siguiente respecto a la gratuidad, en su Observación General No. 11 punto 7:

“El carácter de este requisito es inequívoco. El derecho se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño, los padres o los tutores. Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivo del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos. Su eliminación es una cuestión que debe ser tratada en el necesario plan de acción. Los gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro, también pueden entrar en la misma categoría. Otros gastos indirectos pueden ser permisibles, a reserva de que el Comité los examine caso por caso. (...)”⁸³

⁸² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA CHECA, sentencia US 25/94 del 13 de junio de 1995, citada en K. TOMASEVSKI, *Contenido y vigencia del derecho a la educación*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2002, p. 19.

⁸³ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General No.11*, Planes de acción para la enseñanza primaria (Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

No existe en la legislación y normativa nacional un concepto preciso de lo que constituye gratuidad en la educación, sin embargo, se puede determinar a quién le corresponde garantizarla, a qué tipo de educación se refiere y se puede inferir qué aspectos podrían incluirse dentro de lo gratuito.

La Constitución Política en su art. 71 establece que:

“En el presupuesto general del Estado se asignará no menos del treinta por ciento de los ingresos corrientes totales del gobierno central, para la educación y la erradicación del analfabetismo.

La educación fiscomisional, la particular gratuita, la especial y la artesanal, debidamente calificadas en los términos y condiciones que señale la ley, recibirán ayuda del Estado. Los organismos del régimen seccional autónomo podrán colaborar con las entidades públicas y privadas, con los mismos propósitos, sin perjuicio de las obligaciones que asuman en el proceso de descentralización.”

De la norma constitucional podemos extraer dos primeras ideas sobre la gratuidad:

1) el Estado para garantizar el derecho a la educación deberá contar con un presupuesto disponible, un porcentaje mínimo del Presupuesto General del Estado que deberá ser asignado para satisfacer este derecho; 2) las escuelas beneficiarias de la ayuda del Estado serán las fiscomicionales, particulares gratuitas, especiales y artesanales.

El Código de la Niñez y Adolescencia en su art. 37 numeral 4, enumera los elementos básicos que deben garantizarse a los niños para una educación de calidad, esta norma no especifica que la calidad deba aplicarse a la educación subvencionada por el Estado o la particular, por tanto se interpreta que debe ser aplicada para ambas.

“4. Garantice que los niños, niñas y adolescentes cuenten con docentes, materiales didácticos, laboratorios, locales, instalaciones y recursos adecuados y gocen de un ambiente favorable para el aprendizaje. Este derecho incluye el acceso efectivo a la educación inicial de cero a cinco años (...)”

El Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica de Educación hace una referencia expresa al carácter gratuito y obligatorio de la Educación. Así, desarrolla esta idea en el siguiente articulado:

Art. 18.- La educación oficial es *gratuita* en todos los niveles.

Art. 19.- El Estado *tiene el deber de facilitar el sostenimiento de la educación* en todos los niveles y modalidades del sistema.

Art. 21.- *Los establecimientos de educación particular no gratuitos se sujetarán, para el cobro de matrículas y pensiones, a las que fije el Ministerio de Educación.(...)*

Art. 22.- *Los planteles particulares que educan a niños y jóvenes de familias de escasos recursos, en los niveles indicados en el artículo anterior, recibirán del Estado, como aporte, hasta el 50% del costo alumno cada año fiscal, de acuerdo al respectivo Reglamento.*

Art. 9.-Para cumplir con el principio de la gratuidad de la educación, *el Estado determinará los recursos financieros para todos los niveles y modalidades del sistema.* (RLOE)

La Ley Orgánica de Educación y su Reglamento, sobre el tema de gratuidad reiteran la responsabilidad del Estado en la provisión de recursos financieros para todos los niveles y modalidades del sistema educativo de conformidad con el mandato constitucional del art. 71. El art. 22 de la LOE específicamente, ordena al Estado la asignación del 50% del costo alumno cada año fiscal a las escuelas particulares que eduquen a niños y jóvenes de escasos recursos.

A su vez, la Ley también establece un límite a la noción de gratuidad, pues reconoce a través de su art. 21, la existencia de otro tipo de instituciones que no serán financiadas por el Estado: aquellas de naturaleza *particular y no gratuita*, las mismas que deberán someterse a las disposiciones que establezca el MEC en relación al cobro de matrículas.

Por tanto, si bien no existe una norma concreta que defina la gratuidad en la legislación ecuatoriana, del texto constitucional y la LOE podemos inferir las obligaciones específicas que tiene el Estado para garantizarla. El mandato constitucional del art. 67 establece que la educación pública será laica en todos sus niveles; obligatoria hasta el nivel básico, y gratuita hasta el bachillerato o su equivalente. La CP, a través de este mandato asegura el acceso a todos los ecuatorianos a un sistema de educación pública, gratuita. Sin embargo, también manda que se proporcione en los establecimientos públicos, sin costo, servicios de carácter social a quienes los necesiten, y que los estudiantes en situación de extrema pobreza reciban subsidios específicos. Es decir, que la norma constitucional si bien asegura el acceso a todos a la educación gratuita, particulariza a los beneficiarios específicos de la gratuidad, que son aquellas personas que por su condición de pobreza requieren del Estado subsidios específicos o servicios de carácter social.

Así mismo, la CP y la LOE establecen como obligaciones del Estado respecto a la gratuidad: contar y disponer de un presupuesto para educación y proveer recursos financieros a determinados tipos de centros educativos y a familias de escasos recursos.

También, del CNA podemos extraer los elementos que deben ser proporcionados tanto en la educación pública como privada, por ende en el primer caso de manera gratuita, como son: docentes, materiales didácticos, laboratorios, locales, instalaciones y un ambiente favorable para la enseñanza. Finalmente, podemos inferir que la gratuidad en el

Ecuador no es absoluta, pues habrá instituciones que no sean beneficiarias del Estado y que se sujeten al cobro de matrículas autorizadas por el MEC.

2.3.3 Mínimo esencial del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita

Luego de definir los conceptos de obligatoriedad, educación básica y gratuidad entraré a analizar su contenido mínimo. Es así, que para determinar el contenido del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita es primordial establecer los conceptos generales sobre el contenido esencial de un derecho humano y el contenido mínimo esencial.

El *contenido esencial* de un derecho humano se refiere al conjunto de garantías que componen cada derecho, incluye características universales (como las específicas de cada derecho). El contenido *mínimo esencial* es “la base mínima intangible de cada derecho que todas las personas en todas las personas en todos los contextos deben tener garantizado.”⁸⁴

Con el objetivo de precisar el contenido mínimo esencial del mandato constitucional del art. 67 que establece la *educación básica obligatoria y gratuita*, es conveniente fijar los diferentes contenidos mínimos de cada uno de sus elementos, para luego integrarlos en un solo contenido mínimo esencial, que permita comprender el techo mínimo legal bajo el cual el Estado ecuatoriano deberá actuar en relación a este derecho.

2.3.3.1 Contenido mínimo del derecho a la educación

⁸⁴ PROGRAMA INTERNACIONAL DE BECAS EN DERECHOS HUMANOS (IHRIP) Y ASIAN FORUM FOR HUMAN RIGHTS AND DEVELOPMENT (FORUM-ASIA), *La salud como un derecho. Marco de protección nacional e internacional del derecho a la salud*, Provea, Serie Aportes, Caracas, 1996, en p.171.

El art. 66 de la CP establece que la educación “es un *derecho irrenunciable* de las personas, deber inexcusable del Estado, la sociedad y la familia; área prioritaria de la inversión pública, requisito del desarrollo nacional y garantía de la equidad social. Es responsabilidad del Estado definir y ejecutar políticas que permitan alcanzar estos propósitos”

El contenido mínimo del derecho a la educación está relacionado con su naturaleza: ser un derecho irrenunciable⁸⁵.

En la Doctrina jurídica, la regla general es que todos los derechos son renunciables, es decir, que por la autonomía de la voluntad puede disponerse, ser materia de negociación, sin embargo, su excepción son los derechos *irrenunciables*.

Los derechos irrenunciables son aquellos que por su especial naturaleza contienen un conjunto de derechos y garantías mínimas para el individuo, y que bajo ningún motivo podrán ser limitados, suprimidos, modificados o negociados bajo modalidad contractual alguna.

Al ser un derecho irrenunciable, el derecho a la educación implica que ninguna persona podrá ser privada del mismo, y por tanto, se ejercerá sin *discriminación*. En virtud de esta reflexión, podemos concluir que el elemento universal del derecho a la educación es la no discriminación, y las garantías que componen este derecho serán todas aquellas que relacionadas con el deber inexcusable del Estado, la Sociedad y la Familia permitan que alcance su plena efectividad.

2.3.3.2 Contenido mínimo de la obligatoriedad

En el caso de la obligatoriedad, existen contenidos mínimos en sus dos alcances.

⁸⁵ N. WRAY, op. citado p. 53.

En su primer alcance, relacionado con la garantía del derecho a la educación, el contenido mínimo es que son corresponsables de asegurar esta obligación tanto el Estado, la Sociedad y la Familia (art. 66 CP) y que se conoce en la Doctrina y en la normativa nacional como el *principio de corresponsabilidad*. Este tema es fundamental para poder determinar las obligaciones del Estado, la Familia y la Sociedad en sus respectivos ámbitos, por lo que lo trataré este tema a mayor profundidad más adelante en este trabajo.

En el segundo alcance, que se refiere a la obligación de garantizar a las personas un determinado número de años escolares, el contenido mínimo de responsabilidad del Estado será la provisión de los recursos necesarios, la creación de una red escolar que cubra todo el territorio nacional y la implementación de al menos 9 años de escolaridad (art. 71 CP, art. 19 y 22 LOE, art.5, 6, y 8 RLOE).

El contenido mínimo de la obligatoriedad para los padres, apoderados y representantes legales radicará en la responsabilidad en la que incurrirán si no permiten al niño, niña o adolescente completar los 9 años de enseñanza (art. 6 RLOE).

2.3.3.3 Contenido mínimo de la educación básica

El mínimo esencial de este elemento se refiere al contenido de conocimientos y destrezas que la educación básica debe entregar a todos los ciudadanos. Del análisis sobre la definición de la educación básica que realicé en el punto 2.3.4 de este trabajo, podemos extraer algunas ideas para determinar el contenido mínimo esencial del derecho.

En primer lugar, la educación básica deberá garantizar como mínimo, una enseñanza encaminada a alcanzar diversos tipos de aprendizaje, como por ejemplo, el aprender a conocer, aprender a hacer, aprender a vivir juntos y aprender a ser. De igual manera, la educación básica deberá integrar herramientas mínimas que sirvan para el

aprendizaje, como la lectura y escritura, expresión oral, aritmética, resolución de problemas, valores, que permitan que las personas sobrevivan, trabajen, desarrollen sus capacidades y vivan con dignidad.

En segundo lugar, la educación básica deberá responder al menos a los objetivos específicos establecidos para cada nivel educativo establecidos tanto en la Ley Orgánica de Educación (art.8, 9 y 11) como en su Reglamento (art. 19).

2.3.3.4 Contenido mínimo de la gratuidad

El contenido mínimo esencial de la gratuidad estará compuesto por: la obligación del Estado de asignar un porcentaje mínimo (30%) del Presupuesto General del Estado para la educación; la obligación del Estado de abastecer con recursos a las escuelas fiscomicionales, particulares gratuitas, especiales y artesanales (art. 71 CP).

Además por la obligación del Estado de proveer docentes, materiales didácticos, laboratorios, locales, instalaciones y recursos adecuados y gocen de un ambiente favorable para el aprendizaje (art. 27 numeral 4 CNA) y por la entrega del 50% del costo alumno cada año fiscal a las escuelas particulares que eduquen a niños y jóvenes de escasos recursos (art. 22 LOE).

2.3.3.5 Contenido mínimo esencial del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita

Para determinar el contenido mínimo esencial del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita, es decir el mínimo legal al que el Estado ecuatoriano está obligado en virtud de este derecho, he reunido los contenidos mínimos esenciales de cada uno de sus elementos para llegar a uno solo global, el mismo que comprende:

- Irrenunciabilidad del derecho a la educación y su ejercicio sin *discriminación*.
- Corresponsabilidad del Estado, la Sociedad y la Familia para garantizar el derecho a la educación.
- Asignación de no menos del 30% del Presupuesto general del Estado.
- Abastecimiento a las escuelas fiscomicionales, particulares gratuitas, especiales y artesanales.
- Entrega del 50% del costo alumno cada año fiscal a las escuelas particulares que eduquen a niños y jóvenes de escasos recursos
- Provisión de materiales didácticos, laboratorios, locales, instalaciones y recursos adecuados, un ambiente favorable para el aprendizaje.
- La creación de una red escolar que abarque todo el territorio nacional
- La implementación de al menos 9 años de escolaridad.
- Responsabilidad de los padres, apoderados y representantes legales en la obligatoriedad a la escolaridad básica.
- Enseñanza encaminada a alcanzar 4 tipos de aprendizaje: el aprender a conocer, aprender a hacer, aprender a vivir juntos y aprender a ser.
- Herramientas mínimas como la lectura y escritura, expresión oral, aritmética, resolución de problemas, valores.
- Responder al menos a los objetivos específicos establecidos para cada nivel educativo establecidos en la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento.

El contenido de este derecho, ya sea de manera global o respecto a cada uno de sus elementos, determinan las obligaciones concretas que el Estado debe cumplir para garantizar efectivamente este derecho. El determinar obligaciones precisas permite verificar el desempeño del Estado y la opción de plantear alternativas de exigibilidad y justiciabilidad en caso de incumplimiento.

2.3.4 A quién le corresponde asegurar la educación básica, obligatoria y gratuita en el Ecuador

De conformidad con los instrumentos internacionales citados en este trabajo, la obligación de garantizar e implementar la educación básica, obligatoria y gratuita radica principalmente en los Estados partes de los Convenios, Pactos y Declaraciones, así por ejemplo:

El art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), establece que:

“Art. 2. 1). Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

El art. 4 de la Convención de los derechos del Niño reconoce que:

“Art. 4.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del

marco de la cooperación internacional.”

El art. 1 del Protocolo de San Salvador hace referencia a la obligación de los Estados a adoptar medidas:

“Art. 1 Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.”

El art. 2 de este mismo Protocolo se refiere a la obligación de los Estados a adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar los derechos contenidos en este instrumento.

“Art. 2 Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.”

Sin embargo, la educación básica no es un terreno exclusivo del Estado, pues en este ámbito juega un rol fundamental el papel de la familia y la sociedad para garantizarla, este principio de corresponsabilidad del Estado, la Sociedad y la Familia (entendida como progenitores) está reconocido en nuestra legislación el mismo que examinaré a continuación.

2.3.4.1 Principio de corresponsabilidad

La Constitución Política en su art. 66 impone al Estado, la Sociedad y la Familia el “deber inexcusable” de garantizar el derecho a la educación, sin embargo, impone al Estado de manera particular la obligación de definir y ejecutar políticas que permitan alcanzar los fines de este derecho.

En su art. 48 dispone que “será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos.”

El Código de la Niñez y Adolescencia, establece la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia para la garantía, protección y exigibilidad de los derechos de los que son titulares los niños, niñas y adolescentes (como el derecho a la educación básica y gratuita):

“Art. 8.- Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.- Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna.”

Por tanto, el principio de corresponsabilidad del Estado, la Sociedad y la Familia para garantizar el derecho a la educación, implica que cada uno de ellos tiene obligaciones específicas que cumplir dentro de su ámbito de acción. A continuación en primer lugar, examinaré las obligaciones específicas del Estado respecto al derecho a la educación, en

segundo lugar, analizaré las obligaciones de la Familia (progenitores) contenidas en el CNA y Código Civil y finalmente resolveré cómo opera el principio de corresponsabilidad.

Dentro del ámbito exclusivo del Estado la CP en su art. 67 tercer inciso, establece la obligación del Estado de formular “planes y programas de educación permanente para erradicar el analfabetismo y fortalecerá prioritariamente la educación en las zonas rural y de frontera.”

Así también, la Ley Orgánica de Educación manda que “el Estado tiene el deber de facilitar el sostenimiento de la educación en todos los niveles y modalidades del sistema.”(art.19). El art. 60 de este cuerpo normativo impone la obligación al Estado de destinar los bienes y recursos necesarios para el funcionamiento de los establecimientos educativos.

En el CNA hay también obligaciones que le corresponde satisfacer de manera privativa al Estado:

“Art. 37 inciso 8vo: El Estado y los organismos pertinentes asegurarán que los planteles educativos ofrezcan servicios con equidad, calidad y oportunidad y que se garantice también el derecho de los progenitores a elegir la *educación* que más convenga a sus hijos y a sus hijas.”

“Art. 49.- Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; *a la educación y cultura*, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten(...)”

“Art. 50.- El Estado adoptará las medidas que aseguren a los niños y adolescentes las siguientes garantías: 1) Atención

prioritaria para los menores de seis años que garantice nutrición, salud, *educación* y cuidado diario.”

El art.10 del Código de la Niñez y Adolescencia, determina que el deber prioritario del Estado para definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con sus responsabilidades en el cumplimiento de los derechos garantizados por este cuerpo legal.

Es interesante observar que nuestra legislación, no solo reconoce la obligación del Estado respecto del derecho a la educación, sino que éste también es responsable frente a la familia, la misma que a su vez tiene responsabilidades específicas para la garantía y pleno ejercicio de este derecho.

En conclusión, le corresponde al Estado en su ámbito de acción, la adopción de políticas, medidas administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas, para garantizar el derecho a la educación. Así también, tendrá el deber de facilitar el sostenimiento de la educación en todos sus niveles, destinar los bienes y recursos necesarios para el funcionamiento de los establecimientos educativos, asegurar que los planteles educativos ofrezcan servicios con equidad y calidad, entre otras.

Las obligaciones específicas de la Familia principalmente están contenidas en tres instrumentos: la Constitución, el CNA y el Código Civil, siendo el Código de la Niñez y Adolescencia quizás, el cuerpo normativo dentro de la legislación ecuatoriana, que contiene la mayor cantidad de disposiciones específicas para los padres de familia en relación al derecho a la educación.

El art. 68 de la Constitución Política reconoce el derecho a la participación de los padres de familia, la comunidad, los maestros y los educandos en el desarrollo de los procesos educativos. Así, los progenitores tienen no solo el derecho sino también el deber

de participar, por ejemplo, en la elaboración de políticas públicas, en la toma de decisiones que afecten el contenido curricular de la educación, en la adopción de medidas para asegurar el cumplimiento de la asignación presupuestaria del Estado a la educación, en reformas estructurales del sistema educativo, en el mejoramiento de infraestructura de las escuelas, entre otras.

El Código de la Niñez y Adolescencia establece las siguientes obligaciones:

“Art. 9.-Función básica de la familia.- La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.”

“Art. 39.- Derechos y deberes de los progenitores con relación al *derecho a la educación*.- Son derechos y deberes de los progenitores y demás responsables de los niños, niñas y adolescentes:

1. Matricularlos en los planteles educativos;
2. Seleccionar para sus hijos una educación acorde a sus principios y creencias;
3. Participar activamente en el desarrollo de los procesos educativos;
4. Controlar la asistencia de sus hijos, hijas o representados a los planteles educativos;
5. Participar activamente para mejorar la calidad de la educación;
6. Asegurar el máximo aprovechamiento de los medios educativos que les proporciona el Estado y la sociedad;
7. Vigilar el respeto de los derechos de sus hijos, hijas o representados en los planteles educacionales; y,

8. Denunciar las violaciones a esos derechos, de que tengan Conocimiento.”

El art. 100 del CNA, así mismo, manda la corresponsabilidad parental, es decir que el padre y la madre tienen iguales responsabilidades en el derecho a la educación de sus hijos e hijas comunes.

Finalmente, el art. 102 de este Código, hace una referencia expresa sobre los deberes específicos de los progenitores de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de sus hijos e hijas, para lo cual deberán proveer lo adecuado para atender sus necesidades materiales psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales. Entre esos deberes está el “velar por su educación, por lo menos en los niveles básico y medio”.

El Código de la Niñez y Adolescencia fue publicado en el año 2003, sin embargo, antes de la vigencia legal de este cuerpo normativo, el Código Civil ya regulaba la corresponsabilidad de los progenitores en el tema de crianza y educación de los hijos, y específicamente sobre las obligaciones patrimoniales respecto a este derecho.

“Art. 282.- Corresponde de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.”

“Art. 287.- Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes de ambos cónyuges, pertenecen a la sociedad conyugal, según las reglas pertinentes. (...)En los casos de los hijos concebidos fuera de matrimonio que hubieren sido reconocidos voluntariamente por ambos padres, o declarados judicialmente hijos de ambos padres, los dos deberán contribuir a los gastos de crianza”

“Art. 288.- Muerto uno de los padres, los gastos de la crianza, educación y establecimiento de los hijos, corresponderán al sobreviviente, en los términos del inciso final del precedente artículo.”

“Art. 290.- La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos por una y otra línea, conjuntamente. El juez reglará la contribución, considerando las facultades de los contribuyentes, y podrá de tiempo en tiempo, modificarla, según las circunstancias que sobrevengan.”

En su ámbito de acción, les corresponde a los progenitores respetar, proteger, cuidar de los hijos, así como exigir sus derechos; tienen la obligación de matricularlos, seleccionar el tipo de educación que quieren para sus hijos, controlar la asistencia de sus hijos a los planteles educativos, vigilar el respeto de los derechos de sus hijos y denunciar las violaciones a los mismos, proveer lo adecuado para atender sus necesidades materiales psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales.

En el tema patrimonial, según las reglas del Código Civil, los cónyuges compartirán los gastos de crianza, educación y establecimiento de sus hijos comunes, así también, en el caso de hijos concebidos fuera del matrimonio reconocidos voluntariamente o judicialmente. En el caso de falta de uno de los progenitores, los gastos en educación le corresponderán al sobreviviente y si hubiere insuficiencia de los padres pasará a los abuelos.

De lo antes expuesto, podemos determinar cómo opera el principio de la corresponsabilidad, entendido éste, como la responsabilidad mutua del Estado y la Familia, desde sus ámbitos de acción respectivos, para garantizar el pleno goce y ejercicio del derecho a la educación.

Al Estado por su parte, le corresponde la provisión de educación en todos sus niveles y a todos los ecuatorianos y ecuatorianas, sin discriminación alguna, por razones de raza, religión, sexo, tendencia política, condiciones económicas. Así, su obligación principal radicará en crear la institucionalidad necesaria y ofertar el servicio educativo

público para todos, aunque algunos tengan también la oportunidad de acceder a la educación privada. A los Padres, respecto al derecho a la educación, les corresponderá elegir el tipo de educación para sus hijos, matricularlos, vigilar su asistencia, proveer los recursos económicos para los gastos en educación y respetar, proteger y defender los derechos de sus hijos.

De esa manera y solo con el cumplimiento mutuo, de manera efectiva, oportuna y responsable de sus obligaciones, puede operar el principio de corresponsabilidad del Estado y la Familia para garantizar la educación a niños, niñas y adolescentes en el Ecuador.

2.4 Estado General de la Educación en el Ecuador (Cifras)

Luego del análisis de los contenidos mínimos del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita y a quién le corresponde garantizarlo, es preciso, observar la situación actual de la educación en nuestro país a través de cifras, que nos permitan comprender “la multicausalidad”⁸⁶ de los problemas en la educación en el Ecuador, entre ellos: la inexistencia de gratuidad.

Para este análisis he tomado datos de las siguientes fuentes: el Contrato Social por la Educación (CSE), estadísticas y reportes del Grupo Faro, del SIISE-INEC-SINEC, del Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia y datos del Ministerio de Educación y Cultura. A continuación presentaré varias estadísticas que permiten visualizar el estado precario de la situación educativa en el Ecuador.

Como datos generales de la población que accede al derecho a la educación básica, encontramos que en Ecuador hay 4.700.000 niños, niñas y adolescentes,⁸⁷ de los cuales

⁸⁶ M. LUNA, op. citado p. 5.

⁸⁷ OBSERVATORIO DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, *Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia Ecuador 2005*, en [http://www.odna.org/inter.asp?s=3&m=32,\(06/04/07\)](http://www.odna.org/inter.asp?s=3&m=32,(06/04/07)).

860.000 crecen en una cultura del castigo físico (golpes, baños en agua fría, insultos, dejarles sin comer, ni jugar)⁸⁸, 345.199 no han crecido lo suficiente para su edad, es decir son desnutridos⁸⁹ y alrededor de 57.000 que hoy tienen 5 años, no están en el primer año de básica.⁹⁰

Las estadísticas del *nivel de escolaridad* indican que para 1950 el 44, 2% de los ecuatorianos eran analfabetos, para el 2001 esta cifra se redujo al 9%⁹¹; en 1982 el 53 % de la población tenía educación primaria y en el 2001 el 66,8%. Respecto a la educación secundaria en 1982 bordeaba el 13, 8% de la población y para el 2001 se llegó al 22,6%.⁹² En 1950 solo uno de cada 100 ecuatorianos había accedido a la educación superior, en el 2001 el número aumentó a 18, sin embargo, en la actualidad apenas un tercio de ellos culmina sus estudios y obtiene su título.⁹³ La tasa de escolarización en primaria, se calcula que avanzó del 68,6 % en 1982 al 90,1% en el 2001. Finalmente, la tasa de escolaridad promedio, es decir el promedio de años de estudio de la población ecuatoriana, fue en 1982 de 2,3 años en el 2001 se llegó a 7.⁹⁴

Sobre el *acceso, matriculación y permanencia* de los alumnos en el sistema educativo encontramos que al menos un 90% de los niños y niñas acceden al 2do año de educación básica, pero poco a poco van desertando, lo que lleva a que 1 de cada 3 niños no lleguen a completar 6 años de educación básica (cuarto grado), 1 de cada 5 abandona la escuela en quinto de básica y 3 de cada 10 desertan en 7mo año⁹⁵. En 1999 por la crisis

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ CSE en M. LUNA, *La educación en los últimos años en el Ecuador: Situación y propuestas*, Serie Cuadernos del Contrato Social por la Educación-Ecuador, Quito, 2006, p. 16.

⁹² Ibid., p.16.

⁹³ Ibid., p. 16.

⁹⁴ Ibid., p.16.

⁹⁵ Ibid., p.17.

económica, 483.821 niños y niñas no se matricularon.⁹⁶ Para el año 2004, la tasa neta de matrícula en educación básica alcanzó el 63% en 1ero de básica, de 2do a 7mo fue de 93%, de 8vo a 10mo llegó al 65%.⁹⁷

Cada año aproximadamente 100.000 niños y niñas de 5 años de edad no pueden matricularse el primer año de educación básica, 757.044 niñas y niños de 5 a 17 años están excluidos de las escuelas y colegios.⁹⁸ El porcentaje de niños y niñas excluidos del sistema educativo representaron los siguientes porcentajes: 37 % (1ero de básica 5 años), 9,6% (primaria de 6-11 años), 32,3 % (secundaria 12-17 años).⁹⁹

A su vez, del grupo de niños, niñas y adolescentes que están fuera del sistema educativo, éstos son trabajadores, y pertenecen a las familias más pobres del Ecuador, para el año 2003 se calcula que el 77% de los adolescentes eran del campo y 44% de las ciudades (provenientes de hogares con ingresos de menos de dos dólares diarios por persona).¹⁰⁰

Las estadísticas sobre las *condiciones del Sistema Hispano e intercultural bilingüe* revelan que 4 de cada 100 niños, niñas y adolescentes matriculados pertenecen al sistema intercultural bilingüe¹⁰¹, de los alumnos y alumnas matriculados en preprimaria, primaria y ciclo básico el 34 % pertenece a áreas rurales y el 66% a la zona urbana¹⁰² y que la

⁹⁶ Cfr. M. LUNA, op. citado, p.17.

⁹⁷ Cfr. CONTRATO SOCIAL POR LA EDUCACIÓN, *Propuestas de políticas y financiamiento de la universalización de la educación básica de calidad en Ecuador* (Primer borrador enero del 2006), Quito, 2006, p. 3.

⁹⁸ *Ibid.*, p.17

⁹⁹ SIISE-INEC-SINEC, en M. LUNA, *La educación en los últimos años en el Ecuador: Situación y propuestas*, Serie Cuadernos del Contrato Social por la Educación-Ecuador, Quito, 2006, p. 17.

¹⁰⁰ OBSERVATORIO DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Observatorio N.5, Agosto, 2004, en M. Luna, La educación en los últimos años en el Ecuador: Situación y propuestas, Serie Cuadernos del Contrato Social por la Educación-Ecuador, Quito, 2006, p. 17.

¹⁰¹ M. LUNA, op. citado, p.42

¹⁰² *Ibid.*

educación hispana tiene mayor registro de matrícula, 65% en la zona urbana, 31% en la rural y solo el 4% corresponde al sistema bilingüe.¹⁰³

Respecto a la *matriculación en educación pública y privada* se estima que la matrícula en educación primaria pública ha descendido en un 5 % en la última década, el incremento en la educación privada responde al mismo porcentaje.¹⁰⁴ En el año 2002, se calculó un total de 3.184.262 alumnos y alumnas matriculados en preprimario, primario y secundaria, en educación básica 2.703.160.¹⁰⁵ Para el 2003, se estimó que 1.982.146 alumnos y alumnas están matriculados dentro del sistema público, es decir, el 94% de los estudiantes de preprimarios, primarios y ciclo básico, están en educación fiscal.¹⁰⁶

Entre las estadísticas para analizar el nivel de *enseñanza y calidad de aprendizaje* se encontró que en el Ecuador el porcentaje de repitencia en el 2002 fue de 1,74% y de deserción escolar el 9,56% de alumnos matriculados en primaria,¹⁰⁷ que el promedio para culminar la primaria que es de 6 años en el Ecuador es de 7 años, por tanto los niños y niñas han perdido un año durante esta etapa escolar¹⁰⁸ y al menos 1 de cada 10 niños repite el primer grado.¹⁰⁹ Finalmente, en evaluación de conocimientos, en 1999, el promedio de calificación de los niños de tercer grado fue de: 8,24/20 en castellano y 7,21/20 en matemáticas.¹¹⁰

Con relación a los *docentes* el número de alumnos por profesor en planteles privados es de 9,6 y en planteles públicos 12,3 (1999-2000)¹¹¹. Los maestros reciben un

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p.43.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 43.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 43.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 43.

¹¹¹ *Ibíd.*, p.43.

salario promedio en el de 156 dólares mensuales (2000) el mismo que incrementó en el 2002 a US \$ 350.¹¹² Sin embargo, dentro de la administración pública, el promedio de remuneración anual en educación es de US \$5.591 siendo uno de los más bajos junto con salud,¹¹³ por tales condiciones, existe una tasa alta de maestros que tienen pluriempleo para compensar su nivel salarial.¹¹⁴ Se calculó que los docentes enseñan el 62% del tiempo y están ausentes el 13,5% (estudio realizado por Rogers al Banco Mundial 2004)¹¹⁵ y que hay demasiada movilidad de maestros del campo a la ciudad.¹¹⁶

En términos de *inversión en educación* por parte del Estado, se puede observar que el presupuesto inicial del Estado para el 2006 fue de US \$8.564 millones, del cual 54,7% se destina a gasto corriente, el 25,7% para producción, inversión y capital, 19,6% para el rubro de aplicación del financiamiento.¹¹⁷ De este presupuesto se destina el 25,1% a sectores sociales y de éste se destina el 12,6% para el sector educación.¹¹⁸

Del presupuesto con que cuenta el Frente Social¹¹⁹, se le asigna al MEC en sus diferentes programas de atención los siguientes rubros: Educación Hispana US \$390 millones, Educación Bilingüe US \$18,3 millones, Colegios e Instituciones US \$396,7 millones, Redes escolares rurales US \$31,5% millones, DINSE US \$21,9 millones,

¹¹² *Ibíd.*, p.43.

¹¹³ *Ibíd.*, p.43.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p.20.

¹¹⁵ GRUPO FARO LUPA FISCAL, *Cómo va la inversión social*, No. 17, Publicación semestral de UNICEF, Octubre, Quito, 2006, p. 9.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p.20.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 3.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p.3.

¹¹⁹ Dentro de la estructura formal del Estado, el Frente Social incluye los ministerios de Bienestar Social, Educación, Salud, Trabajo, Vivienda y Economía, otras entidades que trabajan en el sector como: Fondo de Solidaridad, INNFA, FISE, IEES; CONAMU, entre otras. Grupo Faro Lupa Fiscal, *Cómo va la inversión social*, No. 17, Publicación semestral de UNICEF, Octubre, 2006, Quito, p. 4

Programa de Alimentación Escolar PAE US \$23 millones.¹²⁰ Así, se calcula que el monto per capita en edad de estudiar (5 y 17 años) es de US \$323 dólares.¹²¹

Se estimó según estudios del PNUD, que en el 2001, el costo mensual para los padres de familia, sin incluir libros, en una escuela pública urbana, era de 10 dólares mensuales.¹²² Finalmente sobre la inversión por concepto de autogestión o aportes voluntarios de las familias (US \$25 máximo) se calcula que bordea los 40 millones de dólares.¹²³

Finalmente, y no menos importantes son las estadísticas sobre *infraestructura* del sistema educativo, las mismas que revelaron que 2 de cada 10 escuelas en el país no tienen electricidad; 1,6 de cada 10 no tienen agua potable y 3 de cada 10 escuelas no tienen alcantarillado. Existen 6000 escuelas unidocentes: 50% no tienen luz, 98% no tienen alcantarillado y el 97% no tiene agua potable.

En consecuencia, a partir de las estadísticas que he presentado sobre la situación actual de la educación en el Ecuador, podemos extraer algunas conclusiones a grosso modo: 1) existe un alto nivel de exclusión de niños, niñas y adolescentes al sistema educativo por razones económicas; 2) la calidad de la educación que está proporcionando el Estado ecuatoriano es mala; 3) no se ha erradicado el analfabetismo en el país; 4) los maestros son mal pagados en el Ecuador y existe una mala distribución de docentes en las zonas rurales y urbanas marginales; 5) la alta tasa de matriculación en la educación fiscal demuestra que se ha dejado mayoritariamente la tarea de la educación en las manos del Estado; y 6) que la baja asignación presupuestaria al derecho a la educación podría demostrarnos que “la

¹²⁰ *Ibíd.*, p.4.

¹²¹ *Ibíd.*, p.9.

¹²² M.LUNA, op. citado, p.43.

¹²³ *Ibíd.*, p.43.

educación dejó de ser para el Estado una política de desarrollo y se convirtió en una política de compensación social para los pobres.”¹²⁴

2.4.1 Cumplimiento de derechos

Además de las estadísticas mencionadas, podemos encontrar otro tipo de mecanismos para medir el nivel de cumplimiento de los derechos por parte del Estado. En el Ecuador, el Observatorio de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia ODNA, realiza mediciones periódicas del nivel de cumplimiento de los derechos, para lo cual, ha desarrollado los Índices de los derechos de la Niñez (IDN). Éstos son “medidas cuantitativas que combinan distintas evidencias del cumplimiento de los principales derechos que ejercen una influencia decisiva en el bienestar de los niños, niñas y adolescentes.”¹²⁵

El ODNA ha elaborado tres índices, que se calculan cada año. Cada índice describe a una de tres etapas del ciclo de vida: IDN-1: los primeros años (0 a 5 años); IDN-2: la edad escolar (6 a 12 años); IDN-3: la adolescencia (13 a 18 años). Cada uno de los índices abarca la garantía de tres derechos mediante el uso de 3 indicadores: tasa de mortalidad, desnutrición crónica y carencia de estimulación cognitiva.¹²⁶

La interpretación que debe dárseles a los IDN es la siguiente:

“El valor mínimo de 0 corresponde al promedio de la peor situación o desempeño observado en el conjunto de provincias en cada indicador a la fecha de iniciar el cálculo de los IDN. Es decir,

¹²⁴ CONTRATO SOCIAL POR LA EDUCACIÓN, *Agenda Ciudadana por la Educación 2007-2015*, Contrato Social por la Educación, Care, UNICEF, Quito, 200, p.3.

¹²⁵ OBSERVATORIO DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, *¿Qué mide?* En <http://www.odna.org/inter.asp?s=4&ss=5&sss=2> (06/04/07)

¹²⁶ *Ibíd.*

representa la calificación de una provincia hipotética con condiciones semejantes a la peor situación de incumplimiento de los derechos, al contrario, el máximo valor de 10 corresponde a una situación ideal - o cumplimiento cabal y universal de las garantías - en la que cada uno de esos indicadores sería igual a 0.”¹²⁷

Los estudios realizados por el ODNA, revelan que, en los últimos tres años, que el IDN-1 subió de 3,9 a 4,3 sobre 10, lo que indica que ha en la mayoría de provincias, ha mejorado el cumplimiento de los derechos de los niños más pequeños. Las razones principalmente son debido a la “disminución del riesgo de desnutrición en los niños y a un ligero aumento de la cobertura de la educación preescolar.”¹²⁸

De las 22 provincias del país, 15 tienen un IDN-1 de promedio 4 a 5 puntos sobre 10, siendo provincias como Chimborazo y Cotopaxi (con alta población indígena) las que peor se encuentran en cumplimiento de derechos, con puntajes que no alcanzan 2, al contrario Galápagos llega al mayor puntaje con 8/10.¹²⁹

Relacionado con la educación preescolar (1er año de básica), el crecimiento ha sido minúsculo, pues en tres años apenas se añadieron 20.000 cupos de estudio, en 8 provincias la cobertura aumentó en apenas 2%. La región donde se destaca mayor número de matriculación es la Costa (El Oro, Guayas, Los Ríos, Manabí).¹³⁰

En términos generales el Ecuador se encuentra todavía lejos de garantizar el cumplimiento de los derechos básicos de niños, niñas y adolescentes, pues su calificación ha bordeado los 4 puntos sobre 10, siendo “10 el valor que representa la garantía total y universal de los derechos de la niñez.”¹³¹

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ OBSERVATORIO DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, *El cumplimiento de los derechos de la niñez en sus primeros años*, en <http://www.odna.org/inter.asp?s=4&ss=5&sss=2> (06/04/07)

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ *Ibíd.*

2.5 ¿Existe gratuidad en la Educación ecuatoriana?

Para estudiar el nivel de cumplimiento del Estado ecuatoriano respecto al derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita, realizaré un análisis específico y a profundidad sobre el tema de la gratuidad, pues si bien el mandato constitucional del art. 67 determina el deber del Estado de garantizar la educación gratuita, el Ecuador a lo largo de las últimas décadas no ha podido garantizar este derecho a plenitud a sus ciudadanos.

Es así, que el Estado ecuatoriano no ha alcanzado la gratuidad en la educación básica, entendida ésta en mi criterio, como la provisión de docentes, materiales didácticos y textos escolares, infraestructura favorable para el aprendizaje sin costo para los usuarios del sistema educativo, y la eliminación de barreras al acceso a la educación básica como el costo de matrículas, textos escolares y uniformes.

Mi objetivo es examinar la gratuidad en la educación básica desde tres elementos: los aportes voluntarios, los textos escolares y los uniformes, como barreras de acceso a la educación y gastos en que incurren los padres de familia, en virtud de la gratuidad formal mas no real de la educación en el Ecuador.

Para iniciar este análisis es fundamental tener un panorama general económico y financiero del Estado ecuatoriano, respecto a las asignaciones presupuestarias para el sector Educación; para ello es importante determinar las fuentes de financiamiento de los gastos en el sector Educación, cómo realiza el Estado las transferencias del Presupuesto General y de otros ingresos, y cuántos son los ingresos asignados a este sector.

2.5.1 Presupuesto General del Estado

El Ministerio de Economía y Finanzas es la entidad encargada, de elaborar el Presupuesto General del Estado y realizar la distribución de las partidas presupuestarias a los demás Ministerios y entidades suscritas a los mismos. “El presupuesto es el instrumento en el que se materializa la política fiscal y que permite definir los objetivos de la sociedad y establecer las prioridades del gasto.”¹³²

El presupuesto se planifica durante los meses de julio hasta septiembre del año anterior. Durante todo el año, se ejecuta el presupuesto, mediante una relación directa entre MEF y unidades ejecutoras, a través de “una programación de caja que guía los desembolsos que deben efectuarse a lo largo del año”.¹³³

Sin embargo, si bien se establecen presupuestos para cada institución y se los va entregando periódicamente, el presupuesto¹³⁴ no se mantiene estático, cambia durante el año por razones o necesidades coyunturales, prioridades del Gobierno, problemas de planificación o gestión.

En el caso de Educación el nivel de transferencias del presupuesto es bueno, según estadísticas del Grupo Faro, para septiembre del 2006 el porcentaje transferido era del 62% en relación al sector trabajo (23,50%) o vivienda (21,23%). Sin embargo, aunque exista un relativo buen nivel de transferencia del presupuesto, el problema radica en la distribución

¹³² GRUPO FARO LUPA FISCAL, *Cómo va la inversión social*, Publicación semestral de UNICEF, Diciembre 2006, No. 18, Quito, 2006, p. 2.

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ “Existen por tanto tres tipos de presupuesto: Presupuesto inicial: detalla los rubros y montos de asignación para cada institución, programa o actividad del Gobierno Central, es aprobado por el Congreso Nacional y se publica en el Registro Oficial; Presupuesto codificado: muestra los cambios realizados al presupuesto inicial por necesidades coyunturales; Presupuesto Transferido: es el monto entregado a cada unidad ejecutora para la realización de las actividades planificadas.” *Ibíd.*, p.4.

del mismo en cada sector. La inversión en los sectores, está centralizada a cargo “de plantas centrales de los ministerios¹³⁵ y no de las unidades prestadoras de servicios”, como las escuelas. Las transferencias de inversión son mínimas, no llega al 2% de lo presupuestado inicialmente.¹³⁶

El MEF hace la transferencia del Presupuesto para Educación a las unidades desconcentradas que son las 22 direcciones provinciales, encargadas de administrar la educación primaria, los colegios y las redes educativas. De los presupuestos iniciales asignados para Primaria, Secundaria y Redes, el nivel de transferencias promedio alcanzado es del 86 % lo cual demuestra un buen nivel de desempeño. El problema radica en que del presupuesto transferido, más del 75% está destinado a pago de personal (sueldos, remuneraciones), alrededor del 30% se usa para gastos corrientes (materiales, viáticos, combustible, entre otros) y apenas el 2% se destina a inversión.¹³⁷

Las transferencias del Presupuesto General del Estado a los diferentes sectores se caracterizan por ser menores en los primeros meses debido a la falta de liquidez de la caja fiscal, en marzo y abril mejora debido a la recaudación del impuesto a la renta, sin embargo, para las instituciones no es suficiente que los recursos se entreguen sino que lleguen de “manera previsible y oportuna.”

En el sector Educación, los recursos están distribuidos de la siguiente manera: Educación Hispana US \$390 millones, Educación Bilingüe US \$ 18,3millones, Colegios e

¹³⁵ En el sector educación el 98% de la inversión es administrada por la Dirección Nacional de Servicios Educativos (DINSE). *Ibid.*, p.6.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 6.

¹³⁷ *Ibid.*, Gráfico 13 Transferencias en el sector educación, p. 9.

Instituciones US \$396,7 millones, Redes escolares rurales US \$31,5% millones, DINSE US \$21,9 millones, Programa de Alimentación Escolar PAE US \$23 millones.¹³⁸

En conclusión, existen dificultades en la administración de las transferencias de recursos, principalmente por retrasos, falta de oportunidad en los desembolsos, y entrega incompleta del dinero. Las transferencias al sector Educación son aceptables, sin embargo, la mayor parte de estos recursos se destinan al pago de sueldos de maestros y funcionarios limitando el porcentaje para inversión en infraestructura, equipos y materiales.

2.5.2 La CEREPS

Existen varios programas prioritarios en Educación que se financian con fondos de esta cuenta¹³⁹. Esta cuenta fue creada a partir de julio del 2005 cuando el Congreso Nacional expidió la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, y se sustituye el Fondo de Estabilización, Inversión Social y Productiva y Reducción del Endeudamiento Público (FEIREP) por la Cuenta Especial de Reactivación Productiva y Social del Desarrollo Científico-Tecnológico y de la Estabilización Fiscal (CEREPS).¹⁴⁰

Al sector Educación se le financia en 15 % de los ingresos de CEREPS que alcanzan los 34 millones de dólares¹⁴¹, sin embargo, del total de 965 millones que percibió el Ecuador por ingresos petroleros extraordinarios, apenas 79 millones han sido destinados para el área Social.¹⁴²

¹³⁸ GRUPO FARO LUPA FISCAL, *Cómo va la inversión social*, No. 17, Publicación semestral de UNICEF, Octubre, 2006, Quito, p. 9.

¹³⁹ La CEREPS, se financia con la venta de petróleo crudo de los contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, aportes de fondos: FEP, Superávit presupuestarios, FEISEH, Rendimientos financieros FAC, *Ibíd.*, p.16.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p.16.

¹⁴¹ *Ibíd.*, Tabla 10 Egresos de la CEREPS en Educación y Salud hasta agosto del 2006, p. 18.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 17

A pesar de que los recursos de la CEREPS son una fuente importante de financiamiento para programas sociales su ejecución no alcanza ni la mitad de lo acumulado, lo que deja saldos no utilizados que no son invertidos directamente a sectores como el de Educación. Los recursos de la CEREPS financian programas ya existentes y no inversión adicional en los sectores sociales como se pretendía.¹⁴³

2.5.3 Aportes “Voluntarios”

El tema de los aportes “voluntarios” como indicador de falta de gratuidad en la educación en el Ecuador, se remonta a la década de los 90’s. El aporte voluntario de los padres de familia a las escuelas fiscales y fiscomicionales, surge por la falta de provisión del Estado de recursos, para pagos de: luz eléctrica, agua, profesores, material didáctico entre otros.

Los padres, amparados en el Art. 72 de la CP¹⁴⁴, se ven en la necesidad de dotar de recursos a las escuelas, de manera colectiva, para garantizar las necesidades básicas de los planteles educativos y de esa manera asegurar una mejor educación para sus hijos. En consecuencia nunca fueron aportes “voluntarios” realmente, sino aportes obligatorios en virtud de la provisión insuficiente de recursos por parte del Estado, que trajo como resultado la exclusión del sistema educativo, de aquellos niños, niñas y adolescentes cuyos progenitores no podían pagar dicho valor. Estos montos estaban administrados por el área contable, financiera o por los rectores de las escuelas.

Esta práctica se convirtió común en la mayoría de escuelas, el Ministerio de Educación, decidió regularlo a través de Acuerdos Ministeriales, para fijar montos

¹⁴³ *Ibíd.*, p.19.

¹⁴⁴ El texto constitucional establece: “Art. 72.- Las personas naturales y jurídicas podrán realizar aportes económicos para la dotación de infraestructura, mobiliario y material didáctico del sector educativo, los que serán deducibles del pago de obligaciones tributarias, en los términos que señale la ley.”

máximos que las escuelas podían cobrar por este concepto. Hasta el año 2006, el monto máximo fue de 25 dólares.

Una de las principales causas para la aparición de los aportes voluntarios, fue la mala distribución de los recursos¹⁴⁵ por parte de las Direcciones Provinciales de Educación hacia las escuelas y colegios, debido a problemas de gestión, pocas unidades ejecutoras¹⁴⁶ a nivel provincial, incapacidad de abarcar todo el territorio provincial y llegar hasta las escuelas rurales.

En el año 2006, el Gobierno Nacional en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 67 de la Constitución Política, ordenó la transferencia de los recursos económicos fiscales a los establecimientos educativos del primero al séptimo año de educación básica, para sustituir el aporte económico voluntario que entregaban los padres de familia. Para cumplir con esta orden, en el año 2006, el Ministro de Educación expidió dos Acuerdos Ministeriales para regular este tema y establecer mecanismos de control y gestión más descentralizada de tales montos.

El Acuerdo Ministerial No. 161 de 7 de abril del 2006, dispuso que “que los recursos económicos asignados por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Educación y Cultura y las Direcciones Provinciales de Educación a los niveles primario y pre-primario en reemplazo de los aportes voluntarios que realizaban los padres de familia, sean administrados en una cuenta bancaria que abrirán conjuntamente el Director del Establecimiento Educativo y el Presidente del Comité Central de Padres de Familia.”

¹⁴⁵ Especialmente los gastos contenidos en la cuenta 53 del Presupuesto General del Estado que se refiere a gastos corrientes (materiales, tizas, viáticos, combustible, todos aquellos que no entren en la cuenta 51 que se refiere a remuneraciones).

¹⁴⁶ Están conformadas por un contador, colector, rector, un profesor, alguien que pueda ser caucionado de los ingresos públicos recibidos.

Así mismo, el Acuerdo Ministerial No. 250 de fecha 16 de mayo del 2006, dispuso que los “recursos económicos asignados por el Gobierno Nacional a través de los presupuestos de las Direcciones Provinciales de Educación a los planteles educativos hispanos y bilingües fiscales, en reemplazo de los aportes voluntarios que realizaban los padres de familia, sean administrados por las Jefaturas Financieras de las Direcciones Provinciales de Educación, las que cumplirán varias disposiciones legales contables.”

El Ministerio de Educación y Cultura, con fecha 26 de abril del 2007, a través del Acuerdo Ministerial No. 145, expidió un Instructivo para uso de autoridades educativas de primero a séptimo año de educación básica, para facilitar la ejecución de los recursos entregados por el Gobierno Nacional en sustitución del aporte económico voluntario que entregaban los padres de familia.

La adopción de esta medida por parte del Gobierno respecto de los aportes voluntarios, es una iniciativa que tiende a disminuir la falta de gratuidad en la educación en nuestro país. Es sin duda, una política coherente, que demuestra la intencionalidad del Estado por revertir esta situación y cumplir con su obligación constitucional. Sin embargo, es una medida apenas adoptada, que todavía no arroja resultados claros y concretos sobre el cumplimiento de esta obligación.

2.5.4 Costos Uniformes

La obligatoriedad del uso de uniformes y sus altos costos en los planteles educativos fiscales o fiscomisionales, se tornan en barreras al acceso al derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita, puesto que si el niño, niña o adolescente no asiste con el uniforme de su escuela respectiva porque sus padres no tienen el dinero para adquirirlo, no se le

permitirá ingresar al sistema educativo. El Ministerio de Educación y Cultura ha dejado a discreción de las escuelas, el diseño, confección y costos de los uniformes.

Esto ha provocado muchas irregularidades dentro del sistema educativo, que se han manifestado a través de denuncias de padres de familia ante costos exagerados de uniformes, negociados entre Comités de Padres de Familia y las escuelas, obligatoriedad de que cada año los alumnos adquieran uniformes nuevos para el año lectivo.

En este tema, el Estado hasta el momento, no ha adoptado una política que regule estas arbitrariedades, que eliminen la obligatoriedad del uso del uniforme o reduzcan estos costos, que dejan como secuela la imposibilidad del goce y ejercicio del derecho a la educación básica obligatoria y gratuita.

En conclusión, la existencia de uniformes limita la noción de gratuidad en la educación, y genera una barrera de acceso para miles de padres de familia ecuatorianos, que al verse obligados a adquirir determinados uniformes a costos excesivos para varios hijos, encuentran un limitante para enviar a sus hijos a la escuela.

2.5.5 Textos Escolares

Los costos de los textos escolares son también un signo de falta de gratuidad en nuestro país, así como, una barrera al acceso a la educación. El hecho de que los planteles educativos exijan de manera obligatoria el uso de textos escolares específicos, de casas editoriales particulares, muchos de ellos a un costo elevado, así mismo, la adquisición de materiales didácticos o listas de útiles caras, que no pueden reemplazarse por otros similares, implica un obstáculo en el acceso a la educación para los niños, niñas y adolescentes que no cuentan con los recursos necesarios para satisfacer dichos requerimientos institucionales. Esto trae como consecuencia que los usuarios con menos

recursos dentro del sistema educativo, se vean excluidos del goce pleno de su derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita.

La provisión de textos escolares gratuitos por parte del Estado con el propósito de garantizar la gratuidad en la educación ha sido limitada. Para el año lectivo 1999-2000 de los 1'657.963 alumnos de las escuelas, apenas 356.837 recibieron textos escolares.¹⁴⁷

La extensión de esta política de subvencionar el costo por concepto de textos escolares, está siendo impulsada por la administración actual del MEC (2006), la misma que ha iniciado la entrega de textos escolares gratuitos. Se han emitido “2'049.956 ejemplares para que lleguen a 715.223 estudiantes que pertenecen a 9.564 escuelas en 126 cantones de 13 provincias del régimen costa como los primeros beneficiarios de este programa.”¹⁴⁸

El objeto de esta iniciativa, es alcanzar la universalización de la educación básica y “el fortalecimiento de los 10 años que incorpora al sistema educativo 100.000 niños a través del incremento y mejoramiento de infraestructura, equipamiento, dotación de recursos didácticos, textos escolares e incremento y capacitación de los docentes.” Para realizar esta acción, el MEC utiliza la capacidad instalada para el Programa de Alimentación Escolar (PAE) para la distribución de los textos a las escuelas.¹⁴⁹

Otra iniciativa valiosa respecto a la entrega de textos escolares gratuitos, la han adoptado los municipios y Consejos Provinciales de Pichincha, Azuay y Guayaquil, en el marco de sus competencias como órganos del régimen seccional autónomo. El Consejo Provincial de Pichincha a través de su “Programa Sílabas” entregó 158.335 textos que

¹⁴⁷ M. LUNA, op. citado, p. 21.

¹⁴⁸ MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA, *Proyecto: Textos Escolares gratuitos*, en <http://mec.gov.ec/proyectosConvenios/textosescolaresgratuitos.php?sec=3&subCat=1&subSec=4>, (09/04/07)

¹⁴⁹ *Ibíd.*

beneficiaron al 100% de estudiantes de 1ero a 5to año de educación básica de las escuelas fiscales de la provincia de Pichincha.¹⁵⁰

Por tanto, el Estado ecuatoriano se ha visto en la necesidad de garantizar y satisfacer a través de programas puntuales, la provisión de textos escolares, para reducir de alguna manera las barreras al acceso al sistema educativo a las que se enfrentan los padres de familia de escasos recursos en el Ecuador.

2.5.6 Iniciativas del Estado para asegurar el acceso y la permanencia en el sistema educativo

El Estado ecuatoriano con el fin de asegurar progresivamente el derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita ha generado iniciativas para crear condiciones favorables a los usuarios y de esta manera asegurar el acceso y permanencia de los niños, niñas y adolescentes en el sistema educativo. Encontramos dos iniciativas principales: el Programa de Alimentación Escolar y la Transferencia directa de recursos a través del Bono de Desarrollo Humano.

2.5.6.1 PAE

“El Programa de Alimentación Escolar, es la acción del estado Ecuatoriano encargada de atender con alimentación a escolares de jardines y escuelas fiscales, fiscomicionales, municipales y especiales más pobres del país en edades entre los 5 a los 14 años, con dos modalidades: Desayuno Escolar, que viene funcionando desde diciembre de 1.995, y Almuerzo Escolar desde mayo de 1999.”¹⁵¹

¹⁵⁰ CONSEJO PROVINCIAL DE LA PROVINCIA DE PICHINCHA, *Informe de labores 2005*, en <http://www.pichincha.gov.ec/paginas/cgiDespSecc.asp?txtCodiSecc=109&txtCodiSubSecc=190>, (10/04/07)

¹⁵¹ MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA, *Programa de Alimentación Escolar*, en <http://mec.gov.ec/servicios/pae.php?sec=10&subCat=1&subSec=1> (PAE), (08/04/07)

El PAE atiende a 661 escuelas y 11.5276 participantes con la modalidad: solo desayuno, a 1.211 escuelas y 177999 participantes (solo almuerzo), a 13.197 escuelas y a 1023491 participantes bajo la modalidad de: desayuno y almuerzo, dando como total 15069 escuelas y 1.316.766 participantes a nivel nacional.¹⁵²

A través de este programa, se pretende incentivar a los padres de familia para que envíen a sus hijos al sistema educativo, pues en muchos casos por razones de pobreza, la comida que reciben los niños y niñas en las escuelas, constituye el alimento más importante de su dieta diaria.

En el 2007, los recursos asignados a este Programa se incrementaron de 23 a 30 millones de dólares. Además, se ha extendido el tiempo de provisión de alimentación escolar de 80 a 120 días, con la finalidad de que los niños y niñas asistan a la escuela no solo durante el período escolar, sino también fuera de él, para lograr que la educación se componga también de aprendizajes vivenciales (juegos, mingas, actividades extracurriculares) y para proveer al menos una comida nutricional al día para los niños y niñas de escasos recursos.

2.5.6.2 Transferencia Directa de recursos a través del Bono de Desarrollo Humano

La transferencia directa de recursos a través de bonos para reducir la pobreza tiene origen durante el gobierno del Arq. Sixto Durán Ballén (1992-1996). Para el año 2002 se establece el Bono de desarrollo humano, con el objetivo de aliviar la pobreza aumentando

¹⁵² MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA, *Programa de Alimentación Escolar*, Tabla Cobertura del Programa de Alimentación Escolar, en <http://www.pae.org.ec/>, (08/04/07)

el ingreso de las familias más pobres, para disminuir el número de pobres y la brecha y severidad de la pobreza.¹⁵³

Se caracteriza por ser el “programa de transferencias monetarias más importante del país, plantea cubrir a 1.2 millones de familias de I y II quintil de ingresos, existe una calificación del beneficiario individual, es una transferencia condicionada: 1) Salud: familias con niños menores de 6 años, controles de salud. 2) Educación: familias con niños entre 6 y 15 años, matriculados y asistiendo por lo menos 90% días escolares.”¹⁵⁴ El objetivo en educación es incrementar la tasa de escolaridad y asistencia de los niños y niñas a las escuelas y colegios.¹⁵⁵

El Bono de Desarrollo Humano es un beneficio monetario condicionado al cumplimiento de requisitos que establezca el Programa de Protección Social para el caso de las madres y sin condicionalidad para Adultos Mayores y Personas con Discapacidad, dirigido a las familias y personas ubicadas en el primero y segundo quintil más pobre, según el índice de bienestar establecido por el Sistema de Identificación y Selección de Beneficiarios de programas Sociales (SELBEN).¹⁵⁶

Los principales objetivos del Bono son: garantizar a los hogares un nivel mínimo de consumo, contribuir con la disminución de los niveles de desnutrición crónica y de enfermedades inmuno- prevenibles para niños hasta 5 años de edad, promover la

¹⁵³ R. LUCIO, Ecuador: Bono de Desarrollo Humano, Tercer Encuentro de la Red de Monitoreo de Política Social, Secretaría Técnica del Frente Social – SIISE (Unidad de Análisis e Información), Quito, 23 noviembre, 2004.

¹⁵⁴ *Ibíd.*

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ MINISTERIO DE BIENESTAR SOCIAL, programa de Protección Social, Bono de Desarrollo Humano, en http://www.pps.gov.ec/index_sistema.htm, (15/04/07).

reinserción escolar, y asegurar la asistencia continua a clases a los niños entre 6 a 16 años de edad y cuidar y proteger a los adultos mayores y personas con discapacidad.¹⁵⁷

Es así como, tanto el PAE como la transferencia directa de recursos a través del Bono de Desarrollo Humano no son iniciativas directas para asegurar la gratuidad, como si lo son la eliminación de los aportes voluntarios y la provisión de textos escolares gratuitos, sin embargo, constituyen mecanismos de incentivo para que los padres de familia envíen a sus hijos a las escuelas.

2.6 Relación de la gratuidad con la calidad en la Educación

El tema de la gratuidad está íntimamente relacionado con la calidad en la educación, pues de nada sirve garantizar el acceso a una educación básica, obligatoria y gratuita que no cumpla con al menos mínimos estándares educativos, que faculten a los individuos a obtener herramientas útiles, que les permita mejorar su calidad de vida y su relación con su entorno.

Si bien, el propósito de mi trabajo es analizar la exigibilidad y justiciabilidad del derecho a la *educación básica, obligatoria y gratuita en términos de gratuidad*, he querido al menos mencionar, en esta sección del segundo capítulo, lo importante que es alcanzar una educación básica de calidad. Para ello, haré una breve exposición sobre la importancia de la calidad en la educación, los principales problemas de calidad que enfrenta la educación en el Ecuador, los estándares que se utilizan para medir el tema de calidad y breves recomendaciones para llegar a concretar niveles mínimos de calidad en la educación.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

2.6.1 La importancia de garantizar una educación de la calidad

El derecho de todos los ciudadanos a una educación de calidad es un requisito indispensable para tener justicia, equidad y el desarrollo humano integral y sustentable. “La educación de calidad constituye una de las estrategias más importantes para superar dinámicas históricas de pobreza y diversas formas de discriminación, exclusión social y dominación.”¹⁵⁸

En términos económicos, el factor calidad está relacionado con el desarrollo. Se convierte en una herramienta que acelera el crecimiento económico y el bienestar social del país. Permite no solo comprender las relaciones entre la educación y la capacidad de obtener ingresos, pero además las relaciones que se generan con la productividad y la participación social. “(...) la ganancia que el desarrollo obtiene de la educación de calidad, se la puede mirar desde las llamadas externalidades, tal como sus impactos en la productividad, el funcionamiento del mercado laboral, la salud y la participación social.”¹⁵⁹

En términos de democracia, la calidad de la educación “plantea democratizar el conocimiento y las oportunidades de formación y participación en los ámbitos laborales, sociales, culturales, políticos y económicos”. Es incluir la participación de los individuos en una democracia en espacios concretos como las aulas, en la familia, en las instituciones y los espacios públicos, los mismos que se transforman en y, a su vez, en lugares de aprendizaje social.¹⁶⁰

¹⁵⁸ H. VENEGAS GUZMÁN, *Educación de calidad para todos y para todas*, Series Cuaderno 5 del Contrato Social por la Educación, Quito, 2007, p. 15.

¹⁵⁹ J. RIVERA PIZARRO, *Educación y Desarrollo*, en *Visión a Futuro de la Educación*, Ministerio de Educación y Cultura del Ecuador: Unidad Coordinadora de Programas, Quito, 1999, p. 65.

¹⁶⁰ Cfr. H. Venegas Guzmán, op. citado p. 18.

En palabras de Patricio Casanueva Sáez,

“la distribución equitativa de los conocimientos, habilidades y valoraciones mediante la compensación, por una parte, de los déficit de entrada que traen los niños y los jóvenes, particularmente de los sectores pobres y, por otra, a través de una propuesta que sea capaz de potenciar de la mejor manera la participación de esos niños y esos jóvenes en las distintas dimensiones de la vida social. Se trata, por tanto, que grupos cada vez más numerosos de la sociedad adquieran una buena formación”¹⁶¹

Paulo Freire plantea que “la educación necesita tanto de formación técnica, científica y profesional, como de sueños y utopía”.¹⁶² Se puede entender entonces a la calidad como “una valoración o calificación asignada por los seres humanos y, como tal, son los seres humanos el eje de toda acción a favor de la calidad de la educación”.¹⁶³

Como lo manifiesta el autor Francisco López, “la calidad es una meta, un desafío y un objetivo que implica a todos y que puede ser objeto de estudio, análisis y actuaciones a muy diversos planos. No cabe duda de que determinadas decisiones deben tomarse por los responsables políticos para hacer posible un sistema educativo de calidad, razón por la que es preciso disponer de los instrumentos adecuados destinados a su evaluación y mejora.”¹⁶⁴

En virtud de lo antes expuesto, cuando el Estado garantice una educación gratuita y de calidad a todos los ecuatorianos y ecuatorianas sin discriminación alguna, estará asegurando para su futuro un escenario de justicia, equidad y similares posibilidades de desarrollo humano.

¹⁶¹ P. CASANUEVA,, citado por H. Venegas., op. citado, p. 19.

¹⁶² Citado por Hugo Venegas en, Freire, Paulo, *La educación como práctica para la libertad*, Sao Paulo, 1986, en contextoeducativo.com.ar.

¹⁶³ H. VENEGAS GUZMÁN, op. citado, p. 19.

¹⁶⁴ Citado por H. VENEGAS en, F. LÓPEZ, *Hacia unos centros educativos de calidad. Contexto, fundamento y políticas de calidad en la gestión escolar*, España, en http://www.pntic.mec.es/calidad/html/gestion_escolar1.htm

2.6.2 Los principales problemas de calidad en la educación ecuatoriana

La mala calidad en la educación es el resultado de diversos factores que pueden resumirse en los siguientes: el bajo nivel de calificación y capacitación docente, la inaplicabilidad de los contenidos escolares a la realidad, la falta de análisis y enfoque en resultados, el bajo nivel pedagógico en las aulas, la corta duración del año escolar, el incumplimiento de calendarios, la escasez en la provisión de material didáctico y la falta de mantenimiento en la infraestructura escolar.¹⁶⁵

Respecto a la educación en el área rural, Álvaro Sáenz y Samia Peñaherrera, manifiestan que las principales causas de la mala calidad radican en que, los docentes que atienden dichas áreas tienen menos experiencia, el incumplimiento del calendario es mayor, el problema del aislamiento ocasiona que exista un sistema desordenado de nombramientos, alta rotación de profesores y en muchos casos ausentismo, además existe mayor escasez de material didáctico, bajo equipamiento y estructura.¹⁶⁶

Así también, en relación a la educación intercultural, que está garantizada por la Constitución Política, los problemas radican en que “la población indígena ha aprendido el castellano parcialmente y ha perdido la calidad de su propia lengua, han sido integrados a centros educativos de habla hispana sin diferenciación cultural o lingüística, por lo que tienden a ser aculturados de manera indiscriminada (...) los niños terminan siendo bilingües incipientes con un limitado conocimiento del castellano.”¹⁶⁷

La mala calidad de la educación también se ve reflejada en los resultados escolares alcanzados por los niños y niñas en el Ecuador. Así por ejemplo, datos obtenidos de

¹⁶⁵ A. SÁENZ Y S. PEÑAHERRERA, *Hacia una educación de calidad y descentralizada: Una propuesta de reforma de la educación ecuatoriana*, en *Visión a Futuro de la Educación*, Ministerio de Educación y Cultura del Ecuador: Unidad Coordinadora de Programas, Quito, 1999, p. 9.

¹⁶⁶ *Ibíd.* p.13

¹⁶⁷ *Ibíd.* p. 13

“Aprendo, Sistema Nacional de Logros Académicos”, noviembre de 1999, revelan que el promedio de calificaciones de los alumnos de educación básica tenían un promedio a nivel nacional de 8 sobre 20 en lenguaje y 7 sobre 20 en matemáticas.¹⁶⁸

En conclusión, la mala calidad en la educación se ve reflejada tanto en aspectos materiales como la precaria infraestructura educativa, la escasa provisión de material didáctico, entre otras, como en su contenido sustancial, reflejado por ejemplo, en el respeto y protección a la interculturalidad o en los bajos resultados obtenidos de la enseñanza en el Ecuador.

2.6.3 ¿Cuáles son los estándares que se utilizan para medir la calidad?

El establecimiento de los parámetros de medición de calidad en la educación, es tal vez, uno de los temas más complejos, debido a que no es factible, aplicar estándares únicos a todos los países en relación a sus realidades locales. Así por ejemplo, será imposible comparar la calidad educativa en el Ecuador utilizando los mismos estándares de calidad que países como Japón y Alemania, que tienen sistemas educativos muy sólidos y avanzados.

En el Ecuador, organizaciones no gubernamentales como el Contrato Social por la Educación¹⁶⁹, han desarrollado algunos indicadores que responden ante la realidad educativa del país. A continuación mencionaré algunos de los estándares planteados por esta organización para evaluar el tema de calidad:

¹⁶⁸M. LUNA en, *La educación en los últimos años en el Ecuador: Situación y propuestas*, Serie Cuadernos del Contrato Social por la Educación-Ecuador, Quito, 2006, p. 18.

¹⁶⁹ El Contrato social por la Educación es un movimiento ciudadano amplio, diverso y pluralista, integrado por organizaciones, instituciones y personas del sector social, empresarial, educativo, juvenil, de la niñez y docente de todo el país. Elabora estrategias, indicadores, metas y planteamiento de agenda en el tema de educación en el Ecuador.

En el área de *infraestructura y espacios de aprendizaje*, en la que se mide la calidad de la infraestructura y ambientes seguros, se utilizan estándares como: servicios básicos suficientes y en buen funcionamiento (agua potable, energía eléctrica, servicios sanitarios, saneamiento, teléfono), vías y facilidades de acceso para todos.

En el área de *gestión educativa* en la que se mide la calidad de la organización y gestión, se usan estándares como: a) organización de la institución educativa: principios, objetivos, organigrama, roles, plan institucional (PI) acorde a principios académicos, humanos y de derechos que responda a la realidad, desafíos sociales, culturales, avances tecnológicos, comunicativos y del conocimiento; b) manejo de recursos humanos y mejoramiento de las condiciones de trabajo de docentes; c) pago justo y oportuno de salarios a maestros y reconocimiento de su función profesional, entre otras.

En el área de *propuesta educativa* en la que se mide la calidad pedagógica – curricular, se aplican algunos estándares, como por ejemplo: currículo flexible, actualizado, pertinente que oriente el aprendizaje para la vida, el conocimiento, el desarrollo y la justicia social, con enfoque de derechos, equidad, diversidad, interculturalidad, género, sustentabilidad e inclusión; formación ética, en derechos, valores humanos y ciudadanía en la comunidad educativa.

Finalmente, en el *área de estudiantes*, en la que se mide la calidad de los aprendizajes, algunos estándares empleados son: a) aprendizajes significativos que tengan sentido para la vida y la convivencia de los estudiantes; b) énfasis en los múltiples aprendizajes: a conocer, ser, hacer y convivir; c) fomento a la investigación, acceso al conocimiento y desarrollo de proyecto.

2.6.4 Recomendaciones para concretar niveles mínimos de calidad

De los estudios realizados en el Ecuador sobre el tema de calidad, existen algunas propuestas para mejorar el sistema educativo ecuatoriano y alcanzar mínimos estándares.

En primer lugar, será necesario redefinir el rol de la escuela, con el objetivo de que funcionen como centros de formación ética y ciudadana, como un “espacio público garantizado”, que permita considerar la diversidad, el pluralismo y no la “exclusividad” como criterio de selección de los niños al ingresar a las escuelas.¹⁷⁰

Sin embargo, no es suficiente redefinir el rol de la escuela, sino se cuenta con una estructura física apropiada. Para ello es fundamental que los constructores y arquitectos generen diferentes modelos de escuelas que se adapten a las realidades geográficas locales, que las construyan con materiales de calidad, que cuenten con servicios básicos (servicios higiénicos, agua apta para el consumo humano, energía eléctrica, alcantarillado, saneamiento, entre otros).¹⁷¹

Se debe también aumentar la inversión, en el arreglo y creación de vías de acceso a las escuelas especialmente en el sector rural o urbano-marginal, así como, mejorar la calidad del transporte escolar.¹⁷²

Respecto al tema curricular, se torna imprescindible actualizar y definir una “propuesta nacional y su aplicación local, en la que se incluyan espacios extracurriculares, vitales para la formación y el conocimiento. Se debe además considerar, la integración de los avances tecnológicos, ciencias, nuevas culturas que permitan comprender mejor el lenguaje de la modernidad.¹⁷³

¹⁷⁰ Cfr. H. VENEGAS, op. citada, p. 50.

¹⁷¹ *Ibíd.*, p. 72

¹⁷² *Ibíd.*, p. 74

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 54

En términos de gestión, se busca la descentralización que se basa en el principio de que las decisiones deben estar en “manos de quienes les importa la situación. (...)” Es decir, crear una capacidad de las unidades educativas, con el propósito de que puedan tomar “las decisiones de aula, administren sus recursos con efectividad y adapten la operación de la educación a sus condiciones y necesidades locales.”¹⁷⁴

Finalmente, al ser los profesores actores claves que inciden en forma directa en las decisiones a nivel de unidades educativas,¹⁷⁵ así como, en la formación de los estudiantes, deben esbozarse programas de formación docente deben actualizados y prácticos que fomenten la investigación, capacidades, creatividad, pedagogía, derechos, ecología, desarrollo personal y mejoren su formación académica en su campo de especialidad.¹⁷⁶

En consecuencia, el Estado ecuatoriano en respuesta a los problemas de calidad antes mencionados, ha desarrollado políticas educativas para el mediano y largo plazo, que se incluyen dentro de las Políticas del Plan Decenal de Educación 2006-2015¹⁷⁷, como por ejemplo, mejorar la infraestructura física y equipamiento de las instituciones educativas, alcanzar la calidad y equidad de la educación e implementación de un sistema nacional de evaluación y rendición social de cuentas, la revalorización de la profesión docente, mejorar de la formación inicial, la capacitación permanente, las condiciones de trabajo y la calidad de vida.

¹⁷⁴ A. SAENZ. Y S. PEÑAHERRERA. SAMIA, op. citado, p. 25.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 25.

¹⁷⁶ H. VENEGAS, op. citado p.59.

¹⁷⁷ Políticas acordadas por el Consejo Nacional de Educación en sesión realizada el 16 de junio del 2006.

CAPÍTULO III

LA EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN BÁSICA OBLIGATORIA GRATUITA

3.1 Alcance

El análisis de la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC es un tema complejo que aborda estrategias y acciones tanto en el ámbito internacional como en el nacional, sin embargo, por cuestiones metodológicas, he decidido centrar mi estudio en la exigibilidad y justiciabilidad del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita solo en la legislación ecuatoriana.

3.2 Conceptos

3.2.1 La exigibilidad y la justiciabilidad

El Ecuador, como la mayoría de países ha incorporado a los derechos económicos, sociales y culturales dentro de su normativa interna, de conformidad con los compromisos adquiridos a través de varios instrumentos internacionales. Sin embargo, el reconocimiento formal que pueden hacer los Estados mediante instrumentos jurídicos, no es suficiente garantía para que sus titulares puedan gozar plenamente de sus derechos o hacerlos efectivos en caso de violación o incumplimiento.

Para ello, es necesario que existan dentro de la estructura del Estado, órganos y mecanismos que faculten a los individuos la realización efectiva de sus derechos. “Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida.”¹⁷⁸

Las facultades de poder reclamar el contenido de un derecho se conocen como exigibilidad y justiciabilidad. Si bien, son dos acciones que persiguen el mismo objetivo: permitir a los individuos hacer efectivos sus derechos, tienen un alcance diferente, razón por la cual es preciso diferenciarlos.

La *exigibilidad* puede entenderse como un “proceso sociopolítico en el que a través de mecanismos diversos, uno de los cuales es el judicial, se exige a los estados el cumplimiento de sus obligaciones para con la ciudadanía”. La exigibilidad puede comprender diversos tipos de acción como por ejemplo: la denuncia del incumplimiento, la movilización, la presión, el cabildeo. Por tanto la exigibilidad puede también definirse

¹⁷⁸ V. ABRAMOVICH, op. citado p. 37.

como “el uso del poder político de la sociedad para exigir del Estado el cumplimiento de las obligaciones que por derecho le corresponden.”¹⁷⁹

La *justiciabilidad* puede definirse como el “proceso jurídico a través del cual se exige a la autoridad competente, resolución sobre el incumplimiento de autoridades diversas en cuanto a los derechos específicos de la ciudadanía que se presumen violentados.”¹⁸⁰

Víctor Abramovich, define la justiciabilidad como la “posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho.”

Es así, que la exigibilidad y la justiciabilidad no son conceptos excluyentes, al contrario son complementarios, “para fines prácticos se podría decir que cada una de ellas es necesaria pero no suficiente por sí misma”, pues por ejemplo, demandar ante un tribunal el incumplimiento o violación de un DCP, de un DESC, de un derecho colectivo o difuso, puede volverse incluso inútil si no tiene el respaldo de la presión sobre el gobierno, para ejercer el cumplimiento o la reparación del mismo.¹⁸¹

3.3 Argumentos sobre exigibilidad y justiciabilidad de los DESC

A pesar de que los DESC han sido incorporados en la normativa interna de los Estados, “los tribunales y legislaturas a nivel internacional con frecuencia han desconocido la existencia de objeto para iniciar una acción de protección para tales derechos.”¹⁸² Esto ha

¹⁷⁹ M. CANTO CHAC, *La exigibilidad de los DESC en las Políticas Públicas: Las experiencias de las organizaciones de la sociedad civil en México*, en M. Wolf, *Las exigencias de la Sociedad Civil: La responsabilidad del Estado Derechos Económicos Sociales y Culturales DESC*, Ed. Icaria Antrazyt Relaciones Norte-Sur, Barcelona, 2004, p.256.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p.256.

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 256.

¹⁸² T.MELISH, *op. citado*, p.37.

generado una serie de obstáculos para la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC, sin embargo, también ha dado como resultado argumentos que permiten superarlos.

3.3.1 Elaboración de dos Pactos de DDHH y su implementación

Como lo mencioné brevemente en el Capítulo I de esta tesina, durante los años 1949-1951 en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se debatió la elaboración de uno o dos convenios sobre derechos humanos, que contuvieran la categoría de los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales.

Aquellos que propugnaban la elaboración de un solo documento, afirmaban que los derechos humanos no podían ser divididos en categorías diferentes, ni clasificadas en virtud de jerarquía de valores. Todos los derechos debían ser protegidos y promovidos al mismo tiempo. Sin DESC los DCP se convertirían en derechos puramente nominales, y a su vez, los DCP sin DESC no podrían ser asegurados, por tanto, debía existir un solo convenio que asegure todos los derechos humanos y por el cual los Estados se comprometieran solemnemente en la protección y garantía de todos ellos.¹⁸³

Al contrario, quienes sugerían la elaboración de dos convenios por separado, alegaban que los DCP eran exigibles y justiciables de carácter absoluto, inmediatamente aplicables mientras que los DESC tenían un carácter de progresiva implementación, lo que diferenciaba totalmente las obligaciones del Estado respecto de unos y otros.¹⁸⁴

Para 1951 la Asamblea General de las Naciones Unidas bajo la presión de la Comisión de Derechos Humanos, elaboró finalmente dos instrumentos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).

¹⁸³ H. STEINER Y P. ALSTON, op. citado, p.261.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p.261

Si bien, tanto quienes estaban a favor de un solo instrumento como quienes abogaban por dos convenios, concordaban que ambas categorías de derechos están interconectadas e interrelacionadas, creían que la diferencia radicaba en el tema de la implementación de los Pactos.¹⁸⁵

El PIDCP estableció un Comité de Derechos Humanos para monitorear su aplicación, a través del sistema de comunicaciones interestatales y las denuncias individuales, el PIDESC creó un sistema de monitoreo diferente de las obligaciones, a través de presentación de relatorías al Secretario General de la ONU, controlado por el Consejo Económico y Social. Posteriormente, se creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁸⁶, para controlar la implementación del Pacto mediante la recepción de informes periódicos de los Estados y la emisión de observaciones.¹⁸⁷

En el caso del PIDESC, se piensa que “la inexistencia de sanciones claramente definidas dificulta la exigibilidad de los derechos a nivel internacional, el que termina siendo un serio límite a la aplicabilidad del Pacto.”¹⁸⁸

En consecuencia, la elaboración de dos Pactos separados de derechos humanos, diferentes mecanismos de implementación, y distinto sistema de monitoreo de su aplicación por parte de los Estados, ha dado como resultado la creencia que los DCP son derechos más exigibles y justiciables que los DESC, siendo ésta, una interpretación errónea de exigibilidad de los derechos humanos.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p.261.

¹⁸⁶ El Comité se estableció en virtud de la [resolución 1985/17](#), de 28 de mayo de 1985, del [Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas \(ECOSOC\)](#) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/18/03/07>

¹⁸⁷ J. BENVENUTO LIMA, op. citado, p.46.

¹⁸⁸ J. BENVENUTO LIMA, op. citado, p. 45.

3.3.2 Argumentos frecuentes en contra de la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC

Para la autora Tara Melish, los argumentos frecuentes podrían clasificarse dentro de 5 clases: 1) las normas de DESC son demasiado ambiguas para ser aplicadas judicialmente; 2) aquellos derechos a ser logrados progresivamente constituyen metas de desarrollo y no derechos legales; 3) existe dicotomía entre derechos positivos y negativos; 4) la doctrina constitucional de la separación de poderes del Estado prohíbe a las cortes que determinen la manera en que el poder ejecutivo o legislativo asignan fondos públicos, y 5) que los DESC no están sujetos a revisión debido a que no existe un “agente de causalidad” para la pobreza.¹⁸⁹

Respecto a la *ambigüedad*, se argumenta que los DESC adolecen de un “alto grado de imprecisión con respecto a la naturaleza y extensión de las obligaciones que comprometen a los Estados.”¹⁹⁰

Su imprecisión puede estar dada en virtud del tipo de obligaciones descritas en ambos Pactos de DDHH. Así, el PIDCP estableció términos como “todos tiene el derecho a...” o “nadie deberá ser....”, mientras que, el PIDESC empleo la fórmula “los Estados Partes...reconocen el derecho de todas las personas a...”.En términos de obligaciones, las reconocidas en el PIDESC dependen de la accesibilidad a recursos y son de progresiva realización. Este lenguaje ha sido sujeto a muchas críticas, puesto que sugiere que las obligaciones del PIDESC son tan onerosas que ningún gobierno estará capacitado para cumplirlas.¹⁹¹

¹⁸⁹ Cfr. T. MELISH, op. citado, p.37.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p.37.

¹⁹¹ Cfr. H.STEINER Y P. ALSTON, op. citado, p.274.

Sin embargo, la ambigüedad no es característica exclusiva de los DESC, así también, encontramos disposiciones ambiguas, conceptos amplios, normas vagas en los DCP, como por ejemplo: “aquellas que protegen el *debido proceso* o *igual protección*, sin embargo los jueces están especialmente capacitados para interpretar normas generales y otorgarles efecto legal dentro de un contexto jurídico.”¹⁹²

Los DCP se han beneficiado de este tipo de interpretación, sin embargo, para el caso de los DESC también existen parámetros para la interpretación de los mismos. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No.9 punto 10 afirma lo siguiente:

“En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente (...)”¹⁹³

Sobre el tema de la *progresividad* y que los DESC *no constituyen derechos legales, positivos, sino metas de desarrollo*, se han esbozado algunas ideas. Los DESC se caracterizan por requerir de los Estados la adopción de medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles con el objeto de alcanzar progresivamente la vigencia plena de estos derechos. “Por definición, un deber *progresivo* no puede ser sujeto de

¹⁹² T.MELISH, op. citado, p.38.

¹⁹³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *La aplicación interna del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Observación General No.9, en http://www.ii.org/ihrip/circulo_derechos/27cOG9.pdf, (07/04/07)

sustentación legal ante una corte porque un Estado no tiene la *obligación* de adoptar ninguna medida específica dentro de un marco de tiempo específico.”¹⁹⁴

Además, las obligaciones que acarrear los DESC, llevan implicaciones presupuestarias y financieras, lo que limitaría al Estado a tomar acciones positivas dependiendo de su presupuesto, y como consecuencia impedirá que sean las cortes quienes obliguen a los Estados a hacer algo que está más allá de sus posibilidades financieras y capacidades técnicas.¹⁹⁵

Sin embargo, la Directriz 8 de Maastricht, hace una aclaración sobre el tema de la progresividad y cumplimiento concreto de las obligaciones. “El que la plena efectividad de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales solo pueda lograrse *progresivamente*, como ocurre también con la mayoría de los derechos civiles y políticos, no cambia la naturaleza de la obligación legal que requiere que los Estados adopten algunas medidas de forma inmediata y otras a la mayor brevedad posible.”¹⁹⁶

Es así que, al Estado “le corresponde la obligación de demostrar logros cuantificables encaminados a la plena efectividad de los derechos aludidos. Los Estados no pueden recurrir a las disposiciones relativas a la "aplicación progresiva" del artículo 2 del Pacto como pretexto del incumplimiento.”¹⁹⁷ En su Observación General No. 3 punto 2 manifiesta que:

“El Comité también hace referencia al tema de la realización de las obligaciones progresivamente en relación a los recursos disponibles y en un tiempo determinado (...) si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de

¹⁹⁴ T.MELISH, op. citado, p.39.

¹⁹⁵ T. MELISH, op. citado, p.39.

¹⁹⁶ DIRECTRICES DE MAASTRICHT, punto 8, op. citado.

¹⁹⁷ *Ibíd.*

manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”.

Para gran parte de la Doctrina, el criterio que diferencia a DCP y DESC como derechos negativos y positivos y su nivel de justiciabilidad, se relaciona con el tipo de obligaciones que los DCP y los DESC acarrearán para los Estados, esto genera como denomina Melish, *la dicotomía entre derechos “positivos/negativos”*.

Como lo mencioné anteriormente en el presente trabajo, los primeros implicarán para los Estados obligaciones de abstención mientras que los DESC obligarán a los Estados a tomar medidas positivas, de acción, con su respectivo desembolso de dinero.

El hecho de que estas acciones positivas estén directamente relacionadas con decisiones políticas que adopten los Estados más que principios legales como tales, se consideran que corresponde solamente al poder legislativo o al ejecutivo definir, quedando relegada, la capacidad del poder judicial para decidir sobre estos temas.

Sin embargo, la dicotomía “negativo/positivo” entre DCP y DESC es impropia en cuanto a la justiciabilidad: tanto los deberes negativos como positivos repercuten sobre todos los derechos.¹⁹⁸ Por ejemplo, respecto de los derechos civiles y políticos existirá la “obligación del Estado de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones¹⁹⁹, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares.”²⁰⁰

¹⁹⁸ Cfr. T.MELISH, op. citado, p.41.

¹⁹⁹ Víctor Abramovich propone como ejemplos de actuaciones positivas respecto de los DCP, por ejemplo, la prohibición de violar correspondencia y los papeles privados, o la detención arbitraria, tales actividades “conllevarán a una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran en esa libertad y

Al igual, los DESC impondrán obligaciones negativas a los Estados como: la obligación estatal de no dañar la salud, la de no empeorar la educación, no destruir el medio ambiente, aunque las prestaciones positivas sean las que más los caracterizan.

Abramovich, expresa que esta subordinación, denominada “condicionante económica”, relativizaría la universalidad de los derechos sociales, condenándolos a ser considerados “derechos de segunda categoría”.²⁰¹

Así, el financiamiento de los DESC no puede ser un elemento exclusivo de esta categoría de derechos y que impidan su exigibilidad y justiciabilidad, así lo manifiestan Stephen Colmes y Cass R. Sunstein: “cuando los gobiernos están constitucionalmente estructurados y son democráticamente responsables, son un medio indispensable para la movilización efectiva de recursos a la comunidad.”²⁰²

Es así como, la declaración de Independencia de los EEUU pone en consideración un aspecto importante: todos los derechos cuestan dinero. Por tal razón, los derechos no pueden ser protegidos ni exigibles sin financiamiento ni soporte público”.²⁰³

El cuarto argumento para T. Melish, es la *separación de los poderes del Estado que prohíbe a las cortes determinar la asignación de recursos por parte del legislativo o ejecutivo.*

Este se refiere a que, la justiciabilidad de los DESC se ve limitada al no tener el Poder Judicial la competencia respectiva dada por la Constitución para instruir al legislativo o ejecutivo sobre cómo y en qué gastar los fondos públicos.

al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una interferencia indebida, de modo tal que la contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado.” *Ibíd.*, p.24

²⁰⁰ *Ibíd.*, p. 23

²⁰¹ *Ibíd.*, p.32

²⁰² S. COLMES, C. R. SUNSTEIN, *The cost of Rights: Why liberty depends on taxes*, W.W. Norton and Company, New York London. p.15.

²⁰³ *Ibíd.*, p.15.

En la Constitución ecuatoriana, los deberes y competencias de cada poder del Estado están definidos y entregados a los órganos de su máxima representación: Presidente (Ejecutivo), Congreso Nacional (Legislativo), Tribunales y Cortes (Judicial). Vemos así, que por ejemplo, las cuestiones relativas a la asignación de recursos del presupuesto y su vigilancia y la determinación de políticas públicas les corresponden al Legislativo y Ejecutivo respectivamente.

Así, entre las funciones del Congreso están:

“Art. 130 numeral 8. Fiscalizar los actos de la Función Ejecutiva y los del Tribunal Supremo Electoral y solicitar a los funcionarios públicos las informaciones que considere necesarias. (...)13. Aprobar el presupuesto general del Estado y vigilar su ejecución. 14. Fijar el límite del endeudamiento público, de acuerdo con la ley. (...)”

Las atribuciones del Presidente como representante máximo del Poder Ejecutivo son:

“Art. 171: 2. Presentar, en el momento de su posesión, su plan de gobierno con los lineamientos fundamentales de las políticas y acciones que desarrollará durante su ejercicio. 3. Establecer las políticas generales del Estado, aprobar los correspondientes planes de desarrollo y velar por su cumplimiento. 7. Presentar al Congreso Nacional, el 15 de enero de cada año, el informe sobre la ejecución del plan de gobierno, los indicadores de desarrollo humano, la situación general de la República, los objetivos que el gobierno se proponga alcanzar durante el año siguiente, las acciones que llevará a cabo para lograrlo, y el balance de su gestión. (...)”

En el caso del Poder Judicial, el art. 191 establece que “el ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial”. El art. 192 manda que “el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías

del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia.”

Si bien el principio de la independencia de los tres poderes no está expresamente establecido en la Constitución, se hace una referencia respecto a la prohibición de intervención de otros poderes del Estado en la Función Judicial. Esto es lo que se interpreta como la independencia de la Función Judicial, sin embargo, no existe similar prohibición respecto a la intervención de este poder sobre el Ejecutivo o Legislativo.

“Art. 199.- Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. *Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos (...)*”

Existen argumentos que proponen la posibilidad de intervención de cortes y tribunales en el cumplimiento y garantía de los DESC. Así, sostienen que 1) algunos DESC requieren órdenes judiciales (derecho a no ser desalojado a la fuerza del hogar); 2) las implicaciones presupuestarias no son exclusivas de los DESC, hay muchos DCP que han sido justiciables desde hace mucho tiempo e implican igual erogación de recursos del Estado y su cumplimiento a través de cortes y tribunales (derecho al voto, debido proceso); 3) la doctrina de separación de poderes trata de garantizar la rendición de cuentas ante la ley, no de proteger a las ramas del gobierno a un ejercicio arbitrario del poder.²⁰⁴

Es decir, que cuando el Legislativo elabore una ley o el Ejecutivo haya dictado un reglamento o establecido una política, el poder Judicial podrá revisar el cumplimiento de

²⁰⁴ Cfr. T. MELISH, op. citado, p.43.

las obligaciones adquiridas en éstos, a esto se conoce en la Doctrina como la *revisión judicial*.²⁰⁵

Respecto a la intervención del Poder Judicial en la justiciabilidad de los DESC, el Comité en su Observación General No.9 punto 10 ha manifestado que, en lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos, mientras que en los DESC no. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones del Pacto, pues existen muchas disposiciones que pueden aplicarse inmediatamente.

“Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles.”²⁰⁶

El Comité, concluye que situar a los DESC fuera del ámbito de los tribunales sería, arbitrario e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes, lo que reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.²⁰⁷

²⁰⁵ *Ibíd*, p. 43.

²⁰⁶ Observación General No9, op. citado, punto 10.

²⁰⁷ *Ibíd*.

Un ejemplo concreto, sobre la intervención de las Cortes en el tema de justiciabilidad de los DESC es el caso Irene Grootboom's y el derecho a la vivienda en la Corte Constitucional Sudafricana (2000).

Irene Grootboom, era mujer pobre que vivía, como cientos de personas en Sudáfrica, en invasiones territoriales, carentes de agua, luz y electricidad. Debido a estas malas condiciones, estos grupos se movilaron a tierra privada vacante, sin embargo, el dueño consiguió una orden de evicción. La situación empeoró cuando el gobierno local destruyó las chozas y quemó sus restos antes de la fecha de la evicción. Los grupos se movilaron a terrenos municipales carentes de estructuras básicas, quedando a la intemperie en época de fuertes vientos e invierno. Grootboom y otras 900 personas, adquirieron asesoría legal y demandaron al Estado por la falta de provisión “del derecho a la vivienda”²⁰⁸.

Al respecto la Corte Constitucional Sudafricana manifestó que:

“los DESC son al menos hasta un punto justiciables, pues al igual que los DCP tienen implicación presupuestaria y esto no ha impedido que los DCP sean justiciables. (...) En su mínimo, los DESC pueden ser negativamente protegidos de la invasión impropia de los mismos (...). Todos los derechos en nuestra Carta Constitucional están interrelacionados y se sostienen mutuamente.”²⁰⁹

La Corte no analizó el tema del contenido mínimo del derecho a la vivienda, decidió enfocar el tema de la justiciabilidad respecto a las medidas adoptadas por el Estado para garantizar este derecho y verificar si éstas habían sido razonables. La Corte determinó que:

²⁰⁸ M. KENDE, *Irene Grootboom's Right to Housing, The South African Constitutional Court's Embrace of Socio-Economic Rights: A comparative perspective*, Chapman Law Review (spring 2003)

²⁰⁹ *Ibid.*

“los planes de vivienda deben tener una política pública coherente de implementación con los recursos disponibles, para satisfacer las necesidades más urgentes de los más necesitados (...), si estadísticamente no satisfacen los requerimientos de los más necesitados, las medidas no pasan la prueba.”²¹⁰

La Corte determinó que, si bien las obligaciones del Estado respecto a planes de vivienda respondían a objetivos de mediano y largo plazo no lo hacían respecto de objetivos a corto plazo como el caso de las personas sin hogar. Por tanto, la Corte dictaminó que era esencial destinar una parte razonable del presupuesto para esta causa, pero la decisión sobre la asignación quedaba al gobierno en primera instancia.²¹¹

El quinto argumento, sobre la *falta de agente de causalidad para la pobreza* que plantea T. Melish, se refiere que “si bien la pobreza es un hecho lamentable, es persistente y perdurable en la sociedad y no puede remediarse a través de la acción judicial, la responsabilidad legal precisa contar con una conclusión judicial de que existen daños y causalidad como la capacidad para remediar el daño.”²¹²

En este sentido, la justiciabilidad de los DESC no será en “relación a la existencia de condiciones de pobreza o privación entre la población”, sino en virtud de violaciones que surjan de actos u omisiones realizadas por cualquier agente del Estado, que “tiendan a exacerbar tales condiciones o no cumplen con el cometido de enfrentarlas” y como consecuencia traigan daños a personas determinadas.²¹³

Finalmente, cabe mencionar un último argumento en relación a la no justiciabilidad de los DESC, se refiere al hecho de que la mayoría de acciones judiciales han sido creadas

²¹⁰ *Ibíd.*

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² T. MELISH, *op. citado*, p.44.

²¹³ *Ibíd.*, p.44.

para ser exigidas individualmente, es decir, no existen acciones idóneas para hacerlos justiciables. Luigi Ferrajoli señala que “hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos los derechos sociales, nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad.”²¹⁴

Sin embargo, la inexistencia de instrumentos procesales concretos para remediar violaciones contra DESC no implica la imposibilidad de crearlos o desarrollarlos, es decir, es simplemente un “estado de las cosas”, factible de ser modificado.²¹⁵

En consecuencia, existen numerosos argumentos sobre la imposibilidad de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC, sin embargo, y luego del análisis que he realizado al respecto, existen también aseveraciones perfectamente válidas, concretas y reales que los desvirtúan.

3.4 Determinación de responsabilidad y cumplimiento de los DESC

La determinación de responsabilidad y el nivel de garantías y plena eficacia de los DESC en los Estados, está dado por el cumplimiento de las obligaciones que adquieren en virtud de los instrumentos nacionales o nacionales adoptados sobre derechos humanos.

Al ser consideradas las obligaciones sobre DESC en los Pactos o Convenios como ambiguas, demasiado generales, no específicas, existen algunos mecanismos, criterios que permiten determinar el contenido mínimo esencial de los derechos, el alcance y establecer algunos estándares que los Estados deben considerar al interpretar dichas obligaciones. Entre ellos, existen mecanismos no jurisdiccionales como: los Principios de Limburgo, las Directrices de Maastricht, las Observaciones Generales del Comité de Derechos

²¹⁴ L. FERRAJOLI, *El derecho como sistema de garantías*, p.24, en V. Abramovich, op. citado, p.40.

²¹⁵ V. Abramovich, op. citado, p.40.

Económicos, Sociales y Culturales, las observaciones del Comité de los Derechos del Niño y jurisdiccionales como las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de DDHH.

3.4.1 Mecanismos no jurisdiccionales

3.4.1.1 Principios de Limburgo

El objetivo de los Principios de Limburgo, fue establecer interpretaciones directas a las Partes del PIDESC, con la finalidad de que el Pacto sea interpretado de buena fe, teniendo en cuenta su objetivo y sus propósitos, su significado común, a su vez, considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes, así como la cooperación internacional para alcanzarlas. Estos Principios se elaboraron para que los Estados Partes del Convenio, sean más responsables ante la comunidad internacional y ante sus propios pueblos por el cumplimiento de las obligaciones respecto de los DESC.²¹⁶

El documento fue elaborado, durante el 2 al 6 de junio de 1986, en una reunión en Maastricht, Países Bajos, a la cual asistieron un grupo de expertos en Derecho Internacional convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, EE.UU).²¹⁷

²¹⁶ *Los Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* en <http://www.derechoalagua.org/documentosbasicos/Principios%20de%20Limburgo%20-%20aplicacion%20PIDESC.doc> (08/04/07)

²¹⁷ *Ibíd.*

3.4.1.2 Directrices de Maastricht

Los principios de Maastricht surgieron de una reunión con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para ampliar el entendimiento de los Principios de Limburgo con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos.²¹⁸

Las directrices tienen por objeto “ser de utilidad para todos los que se dedican a conocer e identificar las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y ofrecer recursos a las mismas, y en particular, aquellas entidades encargadas de la vigilancia y administración de justicia a los niveles nacional, regional e internacional.”²¹⁹

3.4.1.3 Observaciones Generales del Comité de DESC y del Comité de los Derechos del Niño

El [Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales \(CESCR\)](#) supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. El Comité publica su interpretación del contenido de las disposiciones de derechos humanos contenidos en el Pacto, en forma de [observaciones generales](#) sobre cuestiones temáticas o métodos de trabajo.²²⁰

²¹⁸ *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* en http://ip.aaas.org/eserdocs_sp.nsf/287fccf1bc425ff4852567590054d44b/77e0aa4feb3691a18525691c0068932a?OpenDocument. (08/04707).

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Órganos de Tratados de Derechos Humanos: Vigilancia del cumplimiento de los principales tratados internacionales de derechos humanos* en <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/treaty/index.htm>, (08/04/07)

El [Comité de los Derechos del Niño \(CRC\)](#) supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos. El Comité no puede examinar denuncias de los particulares, sin embargo también publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos, a través de [observaciones generales](#) sobre cuestiones temáticas y organiza [días de debate general](#).²²¹

Luego de exponer los mecanismos no jurisdiccionales que permiten interpretar el contenido mínimo y estándares respecto de los DESC, cabe examinar el mecanismo jurisdiccional para interpretación de derechos que tiene la Corte Interamericana de DDHH: las Opiniones Consultivas.

3.4.1.4 Opiniones consultivas de la Corte Interamericana de DDHH

La Corte Interamericana tiene la competencia de emitir opiniones en abstracto o fuera del caso contencioso interpretando el alcance de cualquiera de las disposiciones de la Convención Americana u otros tratados internacionales de derechos humanos en los Estados americanos. “Su objetivo principal es ayudar a los Estados a respetar sus obligaciones internacionales de derechos humanos (...)”²²²

La opinión consultiva es una interpretación mas no una sentencia emitida por la Corte en el marco de un caso contencioso. La misma Corte ha manifestado que si bien no es una sentencia, tiene valor jurídico, éste es que a pesar de no tener carácter vinculante “tiene efectos jurídicos innegables”, pues permiten aplicar los conceptos determinados por la

²²¹ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Comité de los Derechos del Niño: Vigilancia del ejercicio de los derechos del niño*, en, <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/treaty/index.htm>, (08/04/07).

²²² C. MARTIN, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Funciones y Competencia*, en C. Martin, D. Rodríguez, J. Guevara, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana A.C., Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington Collage of Law, American University, Distribuciones Fontamara S.A., México, 2004, p. 264.

Corte en la Jurisprudencia producida por la misma y la aplicación en casos concretos individuales.

En consecuencia, tanto los mecanismos no jurisdiccionales como los Principios de Limburgo, Directrices de Maastricht, las Observaciones Generales de Comités de DDHH y el mecanismo jurisdiccional de Opinión Consultiva, sirven como guía a los Estados para que puedan determinar con claridad las obligaciones que les corresponde asegurar para el efectivo cumplimiento respecto a los derechos económicos, sociales y culturales.

3.4.2 Obligaciones de los Estados para el cumplimiento de los DESC

La responsabilidad de los Estados respecto a los DESC se mide en virtud del cumplimiento de obligaciones contraídas tanto en instrumentos internacionales como en sus respectivas legislaciones internas. A continuación desarrollaré las principales obligaciones en relación a los derechos económicos, sociales y culturales que le corresponde a los Estados garantizar.

3.4.2.1 Obligaciones genéricas

Los tratados de derechos humanos generan para los Estados que los ratifican tres obligaciones principales: “1) respetar los derechos reconocidos en dichos tratados; 2) garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción; y 3) adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos.”²²³

²²³ A. DULITZKY *Alcance de las obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana A.C; Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington Collage of Law, American University, Distribuciones Fontamara S.A, México, 2004, p.79.

Es así que, las obligaciones que nacen en virtud de la no infracción con su conducta, a los estándares reconocidos por los derechos humanos, se denominan *obligaciones genéricas*: de respetar, proteger y satisfacer.²²⁴

El autor Fried van Hoof, hace una clasificación diferente para analizar la estructura de los derechos, estableciendo cuatro niveles de obligaciones: 1) Obligaciones de respetar; 2) Obligaciones de proteger; 3) Obligaciones de garantizar; 4) Obligaciones de promover.

“Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros injeriran, obstaculicen o impidan el acceso a estos bienes. Las obligaciones de *garantizar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.”²²⁵

Esta clasificación de *obligaciones genéricas* es aplicable tanto para los DCP como para los DESC, puesto que ambas categorías de derechos requieren de acciones positivas y negativas de los Estados.

3.4.2.2 Obligación de adoptar medidas

Esta obligación está contenida en el art. 2.1 del PIDESC, y establece que “los Estados se comprometen a *adoptar medidas* hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto”.

²²⁴ *Ibíd.* P. 179

²²⁵ ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, C, *op. cit.* p. 29.

La obligación de *adoptar medidas* se refiere a la realización de actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción de la totalidad de las obligaciones (OG no 3).²²⁶ La obligación de adoptar medidas se debe interpretar en término de las obligaciones de carácter progresivo como las de efecto inmediato.

El PIDESC reconoce que el logro de la plena efectividad de los DESC puede ser realizado progresivamente, es decir el Pacto “impone a los Estados la obligación de adoptar medidas en un plazo razonablemente breve a partir de su ratificación”. Así lo corrobora el Principio 21 de Limburgo:

“21. La obligación de alcanzar *el logro progresivo de la completa aplicación de los derechos* exige que los Estados partes actúen tan rápidamente como les sea posible en esa dirección. Bajo ningún motivo esto se deberá interpretar como un derecho de los Estados de diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para la completa realización de los derechos.”

Existen además en el Pacto, obligaciones con efecto inmediato, por ejemplo: la de garantizar que los derechos se ejerzan sin discriminación²²⁷ (Art. 2.2 PIDESC) y la de adoptar medidas (Art. 2.1 PIDESC). Esto implicará, por ejemplo, que un Estado viola el Pacto, si no logra remover lo antes posible todos los obstáculos existentes que impidan la realización inmediata de un derecho.

Víctor Abramovich, enumera dentro de la obligación de adoptar medidas: 1) *la adecuación del marco legal*, que implicará la derogación de aquellas normas jurídicas o prácticas discriminatorias que resulten manifiestamente contrarias a sus obligaciones; 2)

²²⁶ *Ibíd.* p. 79

²²⁷ Principio 37 de Limburgo: “Al acceder al Convenio, los Estados deberán eliminar la discriminación *de jure* mediante la abolición inmediata de los actos legislativos discriminatorios, la reglamentación y la práctica (incluso los actos de comisión y los de omisión) que afecten la posesión y el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

obligación de los Estados de *revelamiento de información, vigilancia efectiva* o supervisión del grado de efectividad de los DESC; 3) la *provisión de recursos efectivos* que alcanza el brindar recursos judiciales y demás recursos.²²⁸

3.4.2.3 Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos

Esta obligación, en virtud de lo dispuesto por el Principio 25 de Limburgo²²⁹, la Directriz 9 de Maastricht²³⁰ y la Observación General No. 3 punto 10 al PIDESC, se refiere a asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos.

Observación General No.3 punto 10:

“El Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de *por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos*. (...) Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. (...)

Directriz 9 Maastricht:

“Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina "*una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos* [...]. Por ejemplo, incurre prima facie en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales,

²²⁸ ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, C, op. citado p. 88.

²²⁹ *Los principios de Limburgo, Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en http://www.plataforma-colombiana.org/biblioteca_pag/005.rtf, (06/04/07)

²³⁰ *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Maastricht, 22-26 de enero de 1997, en http://www.plataforma-colombiana.org/biblioteca_pag/010.doc, (06/04/07).

atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza."

A diferencia de los DCP, los DESC han sido descritos de manera muy amplia e imprecisa respecto a su contenido en los instrumentos internacionales, este ha sido uno de los principales obstáculos para definir un marco de acción que permita su efectividad. En vista de que el contenido se deriva del derecho mismo, "el elemento esencial para entender y definir el contenido de los derechos es el estudio de estándares y documentos internacionales, constituciones nacionales, así como interpretaciones y análisis de tales documentos."²³¹

Si bien el Principio 25 de Limburgo establece que, "se obliga a los Estados partes a garantizar el respeto de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico", si no se tiene un contenido mínimo del derecho, se torna imposible supervisar el cumplimiento, vigilar la implementación o el progreso que haya realizado un Estado respecto a un determinado DESC.

En virtud de lo antes mencionado, el Comité desarrolló la idea del "enfoque del umbral mínimo", a través del cual los Estados independientemente de su situación económica deben cumplir con ciertos estándares mínimos.²³² Se establece entonces dos tipos de contenido que deben determinarse: el "contenido esencial" y el "contenido mínimo esencial."

El *contenido esencial* de un derecho humano, se refiere al conjunto de garantías que componen cada derecho, incluye características universales (las que se aplican a todos los

²³¹ PROGRAMA INTERNACIONAL DE BECAS EN DERECHOS HUMANOS (IHRIP), *Una Onda en Aguas Tranquilas: Reflexiones de activistas sobre el trabajo a nivel local y nacional en derechos económicos, sociales y culturales*, Washington, D.C.: Programa Internacional de Becas en Derechos Humanos, 1997, p.170.

²³² *Ibid.* p. 170.

derechos como por ejemplo la no discriminación) como las específicas de cada derecho. El contenido *mínimo esencial* es “la base mínima intangible de cada derecho que todas las personas en todos los contextos deben tener garantizado.”²³³

El mínimo esencial, marcará el techo mínimo legal bajo el cual deben actuar los Estados en relación a los derechos humanos, sin embargo, esto no deberá interpretarse como el máximo moral al cual deben o pueden llegar los gobiernos para la garantía o protección de los mismos.²³⁴

La obligación de los Estados de garantizar niveles esenciales o mínimos de derechos se relaciona con la obligación de usar hasta el máximo de los recursos disponibles como lo establece El art. 2.1 del PIDESC, y lo confirma la Observación General No. 3 punto 10:

“El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.”²³⁵

Robert Robertson en su texto, “Maximum is the sword for human rights,” define las expresiones “máximo” y “disponibles”. En cuanto a *Máximo* se busca respeto al idealismo, mientras que *Disponibles* implica respeto por la realidad. “Máximo” es la espada (poder) de los derechos humanos y “disponibles” es el movimiento propio del Estado, con estas

²³³ *Ibid.*, p.171.

²³⁴ Los Estados podrán a través de su normativa interna, políticas públicas, programas, regulaciones, medidas administrativas, sociales, etc, proteger más allá de lo establecido por los contenidos mínimos de los derechos.

²³⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General 3 (1990) La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Artículo 11[2] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en) http://www.iiie.org/ihrip/circulo_derechos/14bOG3.pdf, (06/04/07)

interpretaciones, el autor manifiesta que debe existir una combinación, entre la necesidad y las condiciones objetivas para promoverse.²³⁶

3.4.2.4 Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

La obligación de *progresividad* nace en virtud del mismo artículo 2.1 del PIDESC, y tiene dos sentidos complementarios; por un lado, el concepto de *gradualidad*, que implica que las obligaciones se cumplirán en un cierto tiempo, y por otro, el sentido de progreso, que “consiste en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los DESC”.²³⁷

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No.3 manifiesta que: “la realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo (...) sin embargo, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo.”

La noción de progresividad, implica que el cumplimiento de las obligaciones no es de carácter inmediato, sin embargo, se irán logrando de acuerdo a los recursos disponibles, tanto en el alcance de la prestación como en el número de beneficiarios.

Esta obligación también está relacionada con el uso del máximo de los recursos disponibles, así, de conformidad con el Principio 23 de Limburgo, “la obligación de alcanzar una realización progresiva es independiente del aumento de los recursos; dicha obligación exige que se haga un uso eficaz de los recursos disponibles.”

²³⁶Citado por J. BENVENUTO, R. ROBERTSON, *Maximum is the sword for human rights*, Measuring State Compliance with the Obligation to devote the Maximum Available Resources to Realizing Economic, Social and Cultural Rights in Human Rights Quarterly. Vol. 16.Number 4. The John Hopkins University Press.Cincinnati. 1994, p.694.

²³⁷ ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, C, op. citado, p. 93.

Las medidas que vayan adoptando los Estados para el cumplimiento progresivo de los derechos, deberán ser deliberadas, concretas y focalizadas lo más claro posible para poder alcanzar las obligaciones del Pacto. La adopción de medidas legislativas no significa que se han agotado exhaustivamente las obligaciones del Estado, otras medidas consideradas apropiadas para cumplir con el propósito del art. 2.1 incluyen medidas administrativas, financieras, educativas y sociales.²³⁸

La obligación de *no regresividad*, comprende la prohibición de adoptar políticas y medidas o de reducir niveles de protección, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la comunidad al momento de adoptado el tratado internacional respectivo; en caso de existir restricciones de los derechos, las mismas no podrán “ser infundadas o arbitrarias sino razonables, justificadas por los hechos y las circunstancias que les han dado origen y por las necesidades de salvaguardar el interés público.”²³⁹

La prueba de que una norma *no es regresiva* determina una “presunción de invalidez o de inconstitucionalidad”, pues al restringir, reducir o eliminar un derecho, se atenta contra una norma internacional o constitucional ya establecida que garantizaba dicho derecho, por cuanto corresponderá al Estado la carga probatoria. Será deber del Estado, argumentar a favor de que si bien la norma pueda ser regresiva es justificable.²⁴⁰

²³⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General No.3* (1990), UN Doc. E/1991/23, Annex III.

²³⁹ ABRAMOVICH, V. Y COURTIS. C, op. citado, p. 94 y 99.

²⁴⁰ *Ibíd.*, p.104.

3.4.2.5 Obligación estatal de no discriminación

El art. 2.2 del PIDESC establece que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin *discriminación* alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

En este caso, la obligación del Estado de no discriminar en el ejercicio de los DESC, se convierte en un límite y por ende un estándar de impugnación de la actividad estatal. Por ejemplo, en la limitación al derecho a la educación basada en razones de sexo, raza, religión.²⁴¹

Ante este tipo de violaciones por discriminación son perfectamente aplicables los mecanismos tradicionales como acción de inconstitucionalidad, impugnación o nulidad de actos reglamentarios de alcance general o particular, de amparo, reclamo de daños y perjuicios.²⁴²

Luego de mencionar las principales obligaciones a las que los Estados están obligados en virtud de garantizar los DESC, es oportuno entrar en el análisis de las estrategias de exigibilidad de estos derechos.

3.5 Estrategias de exigibilidad

A continuación presentaré de manera breve algunas estrategias de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC con el afán de establecer de manera general, los mecanismos y estrategias que se aplican a los DESC, y que pueden ser aplicados también en el caso del

²⁴¹ V. ABRAMOVICH, op. citado, p.42.

²⁴² V. ABRAMOVICH, op. citado, p.42.

derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita en el Ecuador que será analizado a profundidad en el siguiente punto de este capítulo.

Las estrategias de exigibilidad se dividen principalmente en dos: exigibilidad directa y exigibilidad indirecta, y dentro de ellas existen algunas alternativas. Por tanto, para efectos del presente análisis las dividiré de igual forma.

3.5.1 Exigibilidad directa

La *exigibilidad directa* se puede alcanzar, tanto a nivel individual como colectivo, cuando la conducta del Estado respecto los DESC resulta claramente determinable. Es decir, que la violación estatal es clara y se puede señalar la conducta debida del Estado para reparar la violación o el daño al derecho, razón por la cual tales acciones, estarán encaminadas a obtener del Estado el cumplimiento de la conducta debida.²⁴³ Así a continuación propondré algunos ejemplos de exigibilidad directa:

En el caso de *obligaciones de respeto*, “las violaciones del Estado se producen por su acción”, es decir, que a través de una norma jurídica o una actuación de agentes del Estado, se ha vulnerado un derecho. Un ejemplo podría ser, la afectación del derecho a la educación básica cuando el Estado impone barreras de acceso (costos para la enseñanza pública), o situaciones en las que el Estado adopte medidas regresivas “empeora el grado de goce de ese derecho, haciéndolo más limitado, menos extenso o más gravoso para las personas.” En este caso, la actuación del Estado deberá estar encaminada a remover el “acto de intromisión o injerencia que resulta violatorio del derecho”.²⁴⁴

En términos de *obligaciones de protección y satisfacción*, las mismas que requieren acciones positivas del Estado, las violaciones incurrirán cuando éste no haya adoptado las

²⁴³ *Ibíd.*, p. 133.

²⁴⁴ *Ibíd.*, p. 134

medidas necesarias para el goce del derecho y dará como resultado una omisión estatal. Así, si el Estado no realiza inversión, diseña y ejecuta planes y programas para proveer la educación básica a sus ciudadanos, estará omitiendo su responsabilidad en la garantía de este derecho.

En el caso de obligaciones *positivas o de prestación*, en la que interviene la asignación presupuestaria del Estado, la exigibilidad directa estará dirigida a encaminar el reclamo a cuestiones técnicas o políticas sobre prioridades presupuestarias o formulación de políticas públicas para satisfacer el cumplimiento de un determinado derecho.²⁴⁵ Si bien puede ser complejo en el tema probatorio, Abramovich sugiere, que “la clave para que prospere la acción judicial reside en identificar situaciones fácticas que el Estado haya reconocido y que ya no puede razonablemente discutir.”²⁴⁶

Existen casos concretos sobre exigibilidad directa en la jurisprudencia internacional, como el caso de la *Comunidad Paynemil*, en la legislación argentina, el mismo que expondré a continuación.

La Defensora Oficial de Menores de Neuquén-Argentina, planteó una acción de amparo para garantizar la salud de los niños y jóvenes de la comunidad indígena mapuche Paynemil contaminados por el consumo de agua que contenía plomo y mercurio.²⁴⁷

En la acción se solicitó que se obligue al Estado :”1) proveer agua potable en cantidad necesaria para la supervivencia de la población afectada, 2) a realizar el diagnóstico y tratamiento de los menores afectados, y 3) a adoptar las medidas pertinentes

²⁴⁵ *Ibid.*, p.136.

²⁴⁶ Por ejemplo, a través de la utilización de la propia información pública que emane del Estado, informes, estudios, declaraciones de funcionarios, normas y sus considerandos, y cualquier manifestación “actos propios del Estado”. *Ibid.*, p.137.

²⁴⁷ CEDHA, *La Responsabilidad Internacional del Estado por violaciones de derecho ambiental desde una perspectiva de derechos humanos: El Rol del Poder Judicial*, en <http://www.cedha.org.ar/docs/doc165-spa.doc>, (08/04/07).

para impedir en lo sucesivo la contaminación del suelo y el agua.”²⁴⁸

El gobierno provincial alegaba que había adoptado algunas medidas (...) a pesar de la complejidad probatoria de la acción de amparo y la necesidad de acudir a estudios técnicos, “el Tribunal tuvo en cuenta la gravedad de la situación y la urgencia que demandaba la protección de los derechos afectados, y sostuvo en consecuencia que el retardo en la adopción de las medidas conducentes para hacer cesar la contaminación era equiparable a una omisión, y por lo tanto no estaba justificado.”²⁴⁹

El tribunal consideró que existió una omisión arbitraria del Estado provincial al no actuar con la debida diligencia para la protección del derecho a la salud y al medio ambiente sano de la comunidad, especialmente de los niños.²⁵⁰ El fallo de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén confirmó la sentencia de primera instancia, a través de la cual se condenó al Poder Ejecutivo Provincial a adoptar las siguientes medidas:

“1) provisión por en el término de dos días de 250 litros de agua potable diarios por habitante; 2) asegurar en el plazo de 45 días la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio conducente a tal fin; 3) poner en funcionamiento en el plazo de siete días las acciones tendientes a determinar si existen daños por contaminación de metales pesados en los habitantes y, en caso afirmativo, la realización de los tratamientos necesarios para su curación, y 4) tomar las previsiones necesarias para asegurar la preservación del medio ambiente de la contaminación”.²⁵¹

Un ejemplo de justiciabilidad directa puede darse también utilizando la *obligación de no discriminación* contenida en el art. 2.2 del PIDESC.

²⁴⁸ *Ibíd.*

²⁴⁹ *Ibíd.*

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ *Ibíd.*

Si bien la mayoría de Estados cumplen hasta cierto punto con sus obligaciones sobre adoptar medidas para garantizar los DESC, siempre queda la posibilidad de plantear colectivamente, ante los tribunales, la violación de tales obligaciones por parte del Estado al asegurar discriminatoriamente un derecho; es decir, cuando el Estado efectivamente presta un servicio pero lo hace en forma parcial, dejando a parte de la población sin acceso al mismo.²⁵²

Otra forma de plantear judicialmente pero de manera individual la violación de la obligación de no discriminación, puede ser formulada en relación a la inexistencia de una prestación individual y concreta. Así, “la violación general al derecho a la salud puede reconducirse a través de la articulación de una *acción particular* encabezada en un titular individual, que alegue una violación producida por la falta de producción de una vacuna, negación de servicio médico del cual dependa la vida del individuo.”²⁵³

3.5.2 Exigibilidad indirecta

La exigibilidad indirecta procede cuando en virtud de los obstáculos a la justiciabilidad previamente mencionados en el punto 3.2 de este capítulo, resulta imposible hacer justiciable el derecho social directamente, para lo cual se tratará de aprovechar las “posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos, de modo de permitir, por esa vía, el amparo del derecho social en cuestión.”²⁵⁴

En primer lugar, cabe mencionar la exigibilidad en términos del *principio de igualdad y prohibición de discriminación*. Esta obligación está contenida en el Art. 2.2 del PIDESC, establece la obligación de los Estados de garantizar el ejercicio sin discriminación

²⁵² V. ABRAMOVICH, op. citado, p. 43.

²⁵³ *Ibíd.*

²⁵⁴ *Ibíd.*, p.168

exclusivamente de los derechos contenidos en el Pacto (PIDESC). El Art. 2.1 del PIDCP expresa similar obligación de forma excluyente sobre los derechos civiles y políticos.²⁵⁵ Sin embargo, el Art. 26 del PIDCP establece que:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Esta obligación de los Estados no está limitada al ejercicio de ningún derecho en particular por lo que puede ser aplicado para los DESC. Así, se podría exigir el cumplimiento de un DESC si existiese una condición de discriminación que no permitiera su pleno ejercicio, por ejemplo, en el caso *Zwaan de Vries vs Países Bajos* el Comité de Derechos Humanos de la ONU explicó que:

“la legislación en materia de seguridad social, cuando se adopte en ejercicio del poder soberano del Estado, debe ajustarse al artículo 26 del Pacto. (...) que la diferenciación hecha en el apartado 1.1 del artículo 13 de la Ley de previsión del desempleo, que ponía a la mujer casada en situación desventajosa frente al hombre casado, no era razonable y que esto parecía haber sido admitido por el propio Estado (...) La situación en que se encontraba la Sra. Zwaan-de Vries (..) le hacían víctima de una trasgresión, por motivo de sexo, del artículo 26 del Pacto, dado que se le denegaban las prestaciones de la seguridad social en pie de igualdad con el hombre. Aunque el Estado parte había hecho lo necesario para poner término a la discriminación sufrida por la autora, el Comité opinó que el Estado parte debía concederle el remedio adecuado.”

Otro caso relevante, que ha unido el ejercicio de un derecho económico, social y cultural como el derecho a la educación y la violación de la obligación de no

²⁵⁵ *Ibíd.*, p.169.

discriminación fue *Brown vs Board of Education*, en el que se trató el tema de segregación racial como impedimento de tratamiento con igualdad ante la ley y al acceso al sistema educativo.

Como medio para alcanzar la justiciabilidad indirecta, se puede aplicar la noción del *debido proceso*. Este al ser un instrumento procesal, permite el tratamiento de violaciones de DESC de manera indirecta a partir de una “crítica de las formas dispuestas por el Estado como condición de su afectación o de su tutela judicial o administrativa.”²⁵⁶

Alternativas a este planteamiento podrían ser: la denuncia de omisión del Estado de garantizar el acceso a la justicia, proveer recursos judiciales efectivos para la tutela de los DESC. Así, por ejemplo entre los argumentos que pueden alegarse bajo la denegación al acceso a la justicia y una tutela efectiva pueden considerarse: altos costos del proceso y poca disponibilidad de defensa pública gratuita, la garantía del tiempo razonable de aplicación de justicia (duración excesiva de los procesos puede causar daños irreparables al demandante).²⁵⁷

Otra manera de hacer exigible y justiciable un DESC es a través de la protección de un DCP, dada la interdependencia de ambas categorías de derechos, las violaciones de unos podrán directamente afectar a los otros. Existen conexiones de ambas categorías de derechos muy evidentes como: derecho a la vida y derecho a la salud, derecho a la propiedad y el derecho a la vivienda, que pueden demostrar que la violación a uno de ellos afecta directamente el ejercicio del otro.

Adicionalmente, formas de exigibilidad indirecta son: el reclamo *de información relativa a los DESC y el control de las políticas públicas*. Abramovich, manifiesta que la

²⁵⁶ *Ibíd.*, p.179.

²⁵⁷ *Ibíd.*, p. 201.

elaboración de información pública sobre derechos económicos, sociales y culturales es crucial para: 1) la determinación del cumplimiento de las obligaciones, 2) para la determinación de la conducta debida del Estado en relación a la situación actual de un derecho específico; 3) para establecer su exigibilidad en términos de comparación entre situación anterior y la posterior a la adopción de medidas.²⁵⁸

Por tal razón, la inexistencia de datos estadísticos, informes, análisis cualitativos, contenido de las políticas públicas desarrolladas o proyectadas, impiden controlar el cumplimiento de la obligación estatal en virtud de la progresividad, lo que acarrea violación al PIDESC por parte del Estado.²⁵⁹

Debido a la naturaleza programática de los DESC y su relación directa con la implementación de *políticas públicas*, es conveniente previo al análisis del tema de este tipo de exigibilidad, hacer una breve referencia al concepto mismo de *políticas públicas*.

Pueden definirse como:

“Las *políticas públicas* son cursos de acción tendentes a la solución de problemas públicos acotados, definidos a partir de la interacción de diversos sujetos sociales, en medio de una situación de complejidad social y de relaciones de poder, que pretenden utilizar de manera más eficiente los recursos públicos y tomar decisiones a través de mecanismos democráticos, con la participación de la sociedad.”²⁶⁰

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 235

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ M. CANTO CHAC, *La exigibilidad de los DESC en las Políticas Públicas: Las experiencias de las organizaciones de la sociedad civil en México*, en M. WOLF., *Las exigencias de la Sociedad Civil: La responsabilidad del Estado Derechos Económicos Sociales y Culturales DESC*, Ed. Icaria Antrazyt Relaciones Norte-Sur, Barcelona, 2004, p.254.

Las *políticas públicas* pueden ser consideradas como un propósito general a realizar, una propuesta de acción específica, el conjunto de objetivos y programas de acción que tiene un gobierno en un campo determinado, una situación social deseada.²⁶¹

Así también, las políticas pueden ser concebidas como comportamientos propositivos, intencionales, planeados, pues ponen en movimiento la decisión de alcanzar determinados objetivos, se vuelven una *acción o conjunto de acciones con sentido*. ‘‘La política es en suma: a) el diseño de una acción colectiva intencional; b) el curso que efectivamente toma la acción como resultado de las muchas decisiones e interacciones que comporta y en consecuencia c) los hechos reales que la acción colectiva produce.’’²⁶²

Sobre la violación de DESC a través de políticas públicas las Directrices de Maastricht establecen en su punto 11:

‘‘Existe una violación de los derechos económicos, sociales y culturales cuando un Estado lleva a cabo, por acción u omisión, *cualquier política o práctica que intencionalmente viola o ignora las obligaciones previstas en el Pacto, o cuando no alcanza la correspondiente norma de conducta o resultado establecida (...)*.’’
263

La función del Poder Judicial en términos de políticas públicas no corresponderá al diseño de las mismas, sino mas bien en la determinación de obligaciones legales contraídas por políticas públicas y la de confrontar ‘‘el diseño de políticas asumidas con los estándares

²⁶¹ L. Aguilar Villanueva, *La hechura de las Políticas*, Estudio Introdutorio. Serie Antología Política Pública, Porrúa, México, 1992, p. 22.

²⁶² *Ibíd.*, p.26.

²⁶³ Directrices de Maastricht, op. citado, punto 11.

jurídicos aplicables y en caso de hallar divergencias reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia.»²⁶⁴

Se dan entonces, dos momentos de la actuación judicial en virtud de políticas públicas: 1) juridificar medidas de política pública asumidas por el Estado, transformándolas de meras políticas en obligaciones legales, es decir determinando la conducta debida del Estado; 2) cuando los tribunales examinan la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico aplicable y su idoneidad para satisfacer el derecho específico (Caso Grootboom).²⁶⁵

3.6 Exigibilidad y Justiciabilidad del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita en la legislación ecuatoriana

Los mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita en la legislación ecuatoriana se encuentran en tres cuerpos normativos: la Constitución Política, el Código de la Niñez y Adolescencia y la Ley Orgánica de Educación. A continuación presentaré un análisis de las acciones concretas para exigibilidad que contiene cada instrumento.

3.6.1 En la Constitución Política

3.6.1.1 Las garantías constitucionales para los DDHH

El análisis de exigibilidad y justiciabilidad en el Ecuador debe partir por las cinco garantías constitucionales, que brinda nuestra Carta Política en su art. 18, para el cumplimiento y respeto de los derechos humanos:

²⁶⁴ V. ABRAMOVICH, op. citado, p. 250.

²⁶⁵ *Ibíd.*, p. 251.

1. Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.
2. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.
3. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.
4. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.
5. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

La primera garantía, establece la obligación de las cortes y tribunales, y en general, cualquier autoridad del Estado, de aplicar directa e inmediatamente las normas contenidas en la CP y tratados internacionales sobre derechos humanos. En consecuencia, la Constitución les está dando a estas normas el carácter de *autoejecutables*. Jiménez de Aréchaga manifiesta que:

“(…) las disposiciones de una Convención de derechos humanos tienen en principio carácter ejecutable por sí mismo (self-executing) y por lo tanto pueden ser exigidas en forma directa e inmediata ante los tribunales locales. Ello es así porque el objeto y razón de ser de un tratado de derechos humanos es reconocer a favor de los individuos, como terceros beneficiarios, ciertos derechos y libertades fundamentales y no regular relaciones entre Estados parte.”²⁶⁶

²⁶⁶ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, en V. ABRAMOVICH, op. citado.

Por tanto, ninguna autoridad del Estado, requiere otras leyes orgánicas, especiales, reglamentos, u otras normativas para desarrollar el contenido de los derechos comprendidos en tales normas, para aplicarlos y hacerlos efectivos.

La segunda garantía, determina la interpretación “*pro derechos humanos*”, que el contenido de los mismos siempre se interpretará de la manera más favorable para su efectivo goce y pleno ejercicio. Es decir, que siempre se deberá adoptar la decisión o medida que responda de manera más eficaz y eficiente, para el cumplimiento, garantía, ejercicio de un derecho humano.

La tercera, manda que ninguna autoridad podrá pedir más allá de los requisitos establecidos en la Constitución y la Ley. Esta se refiere a la prohibición expresa de que organismos del Estado, creen a través de sus competencias, barreras u obstáculos para el ejercicio directo e inmediato de los derechos humanos por parte de sus titulares.

La cuarta garantía, manda la imposibilidad de excusarse en el cumplimiento de los derechos humanos por razones de desconocimiento de los mismos o falta de ley, por tanto, los organismos del Estado tienen el deber de respetar y hacer respetar todos los derechos, incluso si no conocen a perfección el alcance de los mismos o si no existen leyes de rango inferior que los regulen específicamente.

Finalmente, la quinta garantía constitucional reconoce el principio de la supremacía constitucional contenida en el art. 272 de este cuerpo normativo:

“Art. 272.- La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.

Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.”

Es así, como la Carta Política, norma jerárquicamente superior dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, reconoce y garantiza los derechos humanos, y por tanto, ninguna ley inferior podrá restringir el ejercicio y alcance de los mismos bajo ningún contexto. Al contrario, cualquier normativa deberá estar enmarcada en los principios y derechos que prevea la Carta Política.

Si bien he mencionado cada garantía constitucional por separado para determinar cuál es alcance de cada una, no debemos interpretarlas individualmente sino de manera integral, como a la Constitución.

Jorge Zavala Egas manifiesta que, “la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el cual el significado de cada parte debe determinarse en armonía con el de las partes restantes; ninguna disposición debe ser considerada aisladamente, y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas de la ley suprema”.²⁶⁷

3.6.1.2 Amparo Constitucional

La acción de amparo constitucional es el principal instrumento de exigibilidad y justiciabilidad que tiene el derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita en el Ecuador. El amparo constitucional está contenido en el art. 95 de la CP.

²⁶⁷ J. ZAVALA EGAS, *Manual de Derecho Constitucional: Una introducción a la teoría constitucional*, Edino, Guayaquil, p. 190

Podríamos definir a la acción de amparo como “un instrumento procesal específico de defensa de los derechos fundamentales, es un proceso constitucional directo, ágil, sumario y eficaz, proceso en el cual las dilatorias, el rigorismo civilista, la prelación de lo adjetivo sobre lo sustantivo, los plazos que no se cumplen y los requisitos sacralizados para presentar una acción no se aplica, so pena de sacrificar la eficacia por las formas”²⁶⁸

El objetivo de esta acción está determinado por el art. 95, y es proporcionar a los afectados medidas urgentes “destinadas a evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y que de modo inminente, amenace con causar un daño grave. (...)”.

Para el análisis de la Acción de Amparo se ha de considerar algunos aspectos: quién puede interponer la acción, ante qué órgano debe presentarse y sobre qué actos, cuál es el trámite que tiene la acción, los requisitos para presentar este tipo de acción, cuál es el plazo para interponer la acción y qué efectos produce.

En primer lugar, respecto a quién puede interponer esta acción, la Constitución manda que cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. En concordancia, el Art. 48 de la Ley Orgánica de Control Constitucional en ordena que:

“Art. 48.- Podrán interponer el recurso de amparo, tanto el ofendido como el perjudicado, por sí mismos, por intermedio de apoderado o a través de agente oficioso que justifique la imposibilidad en que se encuentra el afectado y ratifique posteriormente su decisión en el término de tres días, el Defensor

²⁶⁸ FUNDACIÓN REGIONAL DE ASESORÍA EN DERECHOS HUMANOS INREDH, *Manual Técnico de Garantías Constitucionales*, Quito-Ecuador, 2000, p. 57.

del Pueblo, sus adjuntos y comisionados en los casos señalados en la Constitución y la ley o cualquier persona natural o jurídica, cuando se trata de la protección del medio ambiente.”

La acción de amparo podrá interponerse contra cualquier “acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente (...) o si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.”

Así también, la Constitución garantiza esta acción “contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.”

El segundo lugar, el art. 95 de la Constitución manda que se “podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley.” Es la ley de Control Constitucional en su Art. 47, la que determina como competentes para conocer la acción de amparo, a todo juez de lo civil de cualquier instancia de la sección territorial en que se consume o pueda producir sus efectos el acto ilegítimo de autoridad, y los jueces de lo penal en días feriados, o fuera de horario de atención de juzgados y tribunales, o en circunstancias excepcionales.

En tercer lugar, sobre el trámite que debe seguir la acción de amparo, el mandato constitucional del art. 95 determina de preferencia el procedimiento sumario.

Respecto a los requisitos para presentar una acción de amparo se puede extraer los siguientes del propio texto constitucional:

1. La existencia de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública;

2. Que dicha disposición viole un derecho consagrado en la Constitución o Tratado Internacional vigente;
3. Que la decisión de autoridad amenace con causar un daño grave.

Es decir, que debe haber una concurrencia de estos tres requisitos, así por ejemplo, el acto u omisión realizada por una autoridad del Estado, deberá haber sido realizado en contra de alguna ley o fuera de sus competencias; que tal acción atente contra un derecho humano contenido en nuestra Carta Magna; y que finalmente, tal decisión pueda ser considerada un daño grave, irreparable para el sujeto o sujetos afectados.

No existe plazo para interponer esta acción, sin embargo, existe plazo para la resolución de demandas de este tipo por parte de los jueces. Tanto el inciso sexto del art. 95, como el art. 51 de la Ley Orgánica de Control Constitucional (LOCC), establecen que “dentro de 48 horas siguientes de presentada la acción de amparo el juez dicte la resolución para que ella se cumpla de inmediato”.

Para que el juez pueda dictar la resolución deberá “convocar de inmediato a las partes, para oírlas en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.” Este plazo tiene dos ventajas en el tema de exigibilidad de los derechos, pues garantiza los principios de inmediación y de celeridad del proceso.

Por tanto, en principio es una medida de rápida suspensión de la violación de un derecho. El art. 95 manda que la resolución sea dictada dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, y el cumplimiento de la misma es de carácter inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal Constitucional.

Además, la acción de amparo en caso de ser concedida, traerá medidas que el juez considere pertinentes con efecto inmediato, en consecuencia podrán ser exigidas para su cumplimiento, incluso con la ayuda de la fuerza pública.

Finalmente, los efectos que puede producir una acción de amparo, concedida por un juez, son fundamentales en la exigibilidad y justiciabilidad de un derecho, pues tienen naturaleza retroactiva. Así lo establece, el art. 51 de la LOCC “suspensión definitiva del acto u omisión impugnados disponiendo la ejecución inmediata de todas las medidas que considere necesarias para remediar el daño o evitar el peligro sobre el derecho violado sin perjuicio de las que se hayan adoptado en forma preventiva”.

Esta acción pretende, suspender la violación a un derecho retroactivamente, es decir, que la decisión judicial se aplicará para suspender el daño ocasionado por un acto en un caso en concreto, es decir, se sanciona directamente dicha actuación, al contrario que la acción de inconstitucionalidad en la que sus efectos rigen solo hacia futuro, en la que “dicha resolución no afectará las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas y antes de la declaratoria de su inconstitucionalidad “ (art.22 LOCC).

3.6.2 En el Código de la Niñez y Adolescencia

El CNA también prevé mecanismos para la exigibilidad y justiciabilidad de todas las clases de derechos garantizados a niños, niñas y adolescentes, y específicamente el derecho a la educación.

Para la exigibilidad del derecho a la educación como un *derecho colectivo y difuso*, existe la Acción de Protección Judicial. Se entiende como derechos colectivos “aquellos que únicamente pueden ser gozados en “conjunto” con otras personas o por colectividades, o aquellos que requieren acciones del Estado para satisfacer derechos y prestaciones”,

como los derechos económicos, sociales y culturales, que requieren de medidas que si bien benefician a personas en particular requiere de acciones dirigidas a grupos de la población por parte del Estado²⁶⁹

Los derechos difusos en cambio son aquellos cuya titularidad no puede ser claramente identificada, “pues en estos los titulares no forman parte de una colectividad identificable, y existe un interés difuso cuando éste le pertenece a una serie indeterminada e indeterminable de personas ligadas por circunstancias de hecho.” G. Armijo manifiesta que estos derechos “se caracterizan, en cuanto a su titularidad, por ser situaciones transindividuales, al salir de la esfera individual de los sujetos afectados y suelen proyectarse a la colectividad”²⁷⁰.

Mientras que para la exigibilidad del derecho a la educación como *derecho individual* del niño, niña o adolescente existe el Procedimiento Administrativo de Protección de Derechos.

Sin embargo, antes de entrar en dicho análisis es conveniente comprender que el CNA establece un Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (SNDPINA).

“Art.190.- El Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia es un conjunto articulado y coordinado de organismos, entidades y servicios, públicos y privados, que definen, ejecutan, controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones, con el propósito de garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia; define medidas, procedimientos, sanciones y recursos, en todos los ámbitos, para asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes,

²⁶⁹ Cfr. F. SIMON, *Los procedimientos en el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia*, sin editar, Quito, 2007.

²⁷⁰ G. ARMIJO, *La tutela jurisdiccional del Interés Difuso*, UNICEF-Costa Rica. 1998, en F. SIMON, *Los procedimientos (...)* op. citado.

establecidos en este Código, la Constitución Política y los instrumentos jurídicos internacionales.”

El art. 192 de este cuerpo normativo determina los organismos que integran el SNDPINA:

“Art. 192.- Organismos del sistema.- El Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia está integrado por tres niveles de organismos:

1. Organismos de definición, planificación, control y evaluación de políticas, que son: a) El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia; y, b) Los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia;
2. Organismos de protección, defensa y exigibilidad de derechos. Son: a) Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos; b) La Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia²⁷¹; y, c) Otros organismos.
3. Organismos de ejecución de políticas, planes, programas y proyectos. Son: a) Las entidades públicas de atención; y, b) Las entidades privadas de atención.”

Los órganos responsables de la protección, defensa y exigibilidad de derechos son por tanto, las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, y otros, dentro de éstos se incluyen: la Defensoría del Pueblo, las Defensorías Comunitarias de la Niñez.(Art. 208 CNA)

El art. 205 del CNA, establece que las Juntas Cantonales de Protección de Derechos son órganos de nivel operativo, con autonomía administrativa y funcional, que tienen como función pública la protección de los derechos individuales y colectivos de los niños, niñas y adolescentes, en el respectivo cantón, que las organizará cada municipalidad a nivel

²⁷¹ Está conformada por los Juzgados de Niñez y Adolescencia, su jurisdicción y competencia está dada en sus circunscripciones territoriales y sobre el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la responsabilidad del adolescente infractor. Por tanto, no lo consideraré dentro de los organismos para la exigibilidad del derecho a la educación.

cantonal o parroquial, según sus planes de desarrollo social. Serán financiadas por el Municipio con los recursos establecidos en el presente Código y más leyes.

Entre las funciones de las Juntas Cantonales están:

- “a) Conocer, de oficio o a petición de parte, los casos de amenaza o violación de los derechos individuales de niños, niñas y adolescentes dentro de la jurisdicción del respectivo cantón; y disponer las medidas administrativas de protección que sean necesarias para proteger el derecho amenazado o restituir el derecho violado;
- b) Vigilar la ejecución de sus medidas;
- c) Interponer las acciones necesarias ante los órganos judiciales competentes en los casos de incumplimiento de sus decisiones;
- f) Denunciar ante las autoridades competentes la comisión de infracciones administrativas y penales en contra de niños, niñas y adolescentes;
- g) Vigilar que los reglamentos y prácticas institucionales de las entidades de atención no violen los derechos de la niñez y adolescencia; y, (...)”²⁷²

Luego de la revisión del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia procederé a tratar las acciones concretas de exigibilidad y justiciabilidad que contiene el CNA para garantizar el derecho a la educación.

3.6.2.1 La Acción Judicial de Protección

El Art. 264 del CNA establece que “la Acción Judicial de Protección tiene por objeto obtener un requerimiento judicial para la protección de los derechos colectivos y difusos de la niñez y adolescencia, y consiste en la imposición de una determinada

²⁷² Art. 206 CNA.

conducta de acción u omisión, de posible cumplimiento, dirigido a la persona o entidad requerida, con las prevenciones contempladas en la ley”.

De conformidad con el art. 265 del CNA, la legitimación activa para proponer esta acción le corresponde a: a) las Juntas de Protección de Derechos, en casos de amenazas o violaciones de derechos producidos en su respectiva jurisdicción; b) La Defensoría del Pueblo; y c) Cualquier persona mayor de quince años que tenga interés en ello. Respecto al literal c) no se debe considerarse que solo y exclusivamente la “víctima” se encuentra legitimada, “ya que el que tenga “interés en ello” podría referirse a organizaciones de protección de los derechos de la infancia y adolescencia.”²⁷³

La legitimación pasiva, es decir contra quien está dirigida la acción, está en el Estado y la sociedad como responsables de la formulación y aplicación de políticas públicas sociales y económicas y de “destinar recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna”. Dentro del Estado se incluirá a “los gobiernos locales y a los organismos estatales de definición de políticas públicas, como el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y los Consejos Cantonales y a los particulares, que actúan por concesión o delegación del Estado.” Finalmente, serán sujetos pasivos de esta acción los particulares cuando con su actuación afecten derechos colectivos de niños, niñas y adolescentes.²⁷⁴

El órgano competente para el conocimiento y resolución de la Acción Judicial de Protección es el Juez de la Niñez y Adolescencia de la jurisdicción en que se ha producido la violación del derecho, en el domicilio del demandado o en el del accionante, a elección de este último (art. 266 CNA).

²⁷³ F. SIMÓN, *Los procedimientos (...)* op. citado.

²⁷⁴ *Ibíd.*

El art. 267 del CNA establece que “se aplicará a esta acción el procedimiento sumarísimo, que garantice la contradicción procesal, las garantías del debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva”. Debemos por tanto aplicar las normas constitucionales para los procedimientos. De conformidad con el art. 194 de la CP, la “sustanciación de los procesos incluirán la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación”.

Por tanto el proceso deberá iniciarse con una petición de la Acción por parte del accionante, en la que se especifique al demandado, se expongan los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho respectivos. Al ser oral el procedimiento, el juez previa recepción de la demanda debería “convocar a una audiencia de conocimiento, en el que las partes expongan sus argumentos y las pruebas en las que se fundamenta la petición y la defensa, en caso de existir hechos que probar se debería fijar una audiencia de prueba de manera inmediata, luego de la audiencia de prueba el juez debería resolver la causa a la brevedad posible.”²⁷⁵

3.6.2.2 El Procedimiento Administrativo de Protección de Derechos

El Código de la Niñez y Adolescencia regula el Procedimiento Administrativo de Protección de Derechos en su Libro III, Título VIII. Se aplica este procedimiento para: a) la aplicación de medidas de protección cuando se ha producido una amenaza o violación de los derechos individuales o colectivos de uno o más niños, niñas o adolescentes, b) el conocimiento y sanción de las infracciones sancionadas con amonestación; y, c) el

²⁷⁵ Ibid.

conocimiento y sanción de las irregularidades cometidas por las entidades de atención, le compete a los órganos que registraron y autorizaron a la entidad infractora.

El art. 215 del CNA define a las medidas de protección como:

“Las medidas de protección son acciones que adopta la autoridad competente, mediante resolución judicial o administrativa, en favor del niño, niña o adolescente, cuando se ha producido o existe el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos por acción u omisión del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables o del propio niño o adolescente. En la aplicación de las medidas se deben preferir aquellas que protejan y desarrollen los vínculos familiares y comunitarios.

Las medidas de protección imponen al Estado, sus funcionarios o empleados o cualquier particular, incluidos los progenitores, parientes, personas responsables de su cuidado, maestros, educadores y el propio niño, niña o adolescentes, determinadas acciones con el objeto de hacer cesar el acto de amenaza, restituir el derecho que ha sido vulnerado y asegurar el respeto permanente de sus derechos.”

Entre estas acciones están por ejemplo: acciones de carácter educativo, terapéutico, psicológico o material de apoyo al núcleo familiar, la reinserción familiar o retorno del niño, niña y adolescente a su familia biológica, imponer a los progenitores la inscripción del niño, niña y adolescente en el Registro Civil, disponer a un establecimiento educativo que proceda matricular al niño, niña o adolescente, entre otras (art. 217 CNA).

El conocimiento y resolución de los asuntos señalados en los literales a) y b) del art. 235 del CNA corresponde a la Junta Cantonal de Protección de Derechos del cantón en que se produjo la amenaza, violación de derecho o infracción. Además, las Juntas Cantonales de

Protección de los Derechos tienen la responsabilidad de hacer el seguimiento de las medidas de protección que hayan ordenado, revisar su aplicación y evaluar periódicamente su efectividad en virtud de lo dispuesto por el art. 219 del CNA.

El art. 236 de este mismo cuerpo normativo, establece que la legitimación activa para este procedimiento, sin perjuicio de los órganos competentes para actuar de oficio y de los casos en que se concede acción pública, la tiene: el niño, niña o adolescente afectado, cualquier miembro de su familia hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, la Defensoría del Pueblo y cualquier otra persona o entidad que tenga interés en ello.

Este procedimiento inicia mediante una denuncia verbal o escrita²⁷⁶, dentro de cuarenta y ocho horas de conocido el hecho o recibida la denuncia, el organismo administrativo avocará conocimiento y señalará día y hora para la audiencia de contestación.²⁷⁷ La citación se practicará personalmente o mediante boleta dejada en el domicilio del citado en día y hora hábiles²⁷⁸. El procedimiento tiene una audiencia para exponer los alegatos verbales de las partes²⁷⁹, una audiencia de prueba²⁸⁰ y la resolución se podrá dictar en la misma audiencia o dentro de dos días hábiles siguientes²⁸¹. El procedimiento administrativo no podrá durar más de 30 días hábiles.²⁸²

La Defensoría del Pueblo, está también encargada de proteger la tutela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La Defensoría del Pueblo, cuyo titular es el Defensor del Pueblo, es un organismo público, con autonomía funcional, económica y

²⁷⁶ Art. 237 CNA.

²⁷⁷ *Ibíd.*

²⁷⁸ *Ibíd.*

²⁷⁹ Art. 238 CNA

²⁸⁰ Art. 238 CNA

²⁸¹ Art. 238 CNA

²⁸² Art. 238 CNA

administrativa y con jurisdicción nacional.²⁸³ Tiene entre sus funciones la de “defender y excitar, de oficio o a petición de parte, cuando fuere procedente, la observancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos que la Constitución Política de la República, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador garanticen”. La Defensoría del Pueblo está legitimada para proponer el Procedimiento Administrativo de Protección de los Derechos, de conformidad con el art. 236 del CNA.

Finalmente, las Defensorías Comunitarias de la Niñez son formas de organización de la comunidad que funcionan en parroquias, barrios y sectores rurales, para la promoción, defensa y vigilancia de los derechos de la niñez y la adolescencia. Estas organizaciones pueden intervenir en los casos de violación a los derechos de la niñez y adolescencia y ejercer las acciones administrativas y judiciales que estén a su alcance, cuando sea necesario. Deberán coordinar su actuación con la Defensoría del Pueblo (art. 208 CNA).

Del análisis realizado, podemos observar que la exigibilidad del derecho a la educación está explícitamente reconocida por el CNA, a través de la Acción Judicial de Protección y acciones administrativas de protección que pueden interponer las Juntas Cantonales, la Defensoría del Pueblo o las Defensorías Comunitarias de la Niñez. Además, el CNA tipifica infracciones sancionadas con multa en caso de violación de derechos relacionados con la educación.

En el caso que nos compete, sobre la obligatoriedad y gratuidad en la educación, el art. 249 del CNA establece que serán sancionados con multa de 100 a 500 dólares:

“(…) 3. Los establecimientos educativos que nieguen o dificulten el ingreso de niños, niñas y/o adolescentes por razones de salud, discapacidad, etnia, embarazo, condición social, religiosa,

²⁸³ Art. 1 Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

política o ideológica, suyas o de sus padres o representantes legales;

4. Los establecimientos educativos que nieguen injustificadamente la matrícula a un niño, niña o adolescente; (...)

3.6.3 En la Ley Orgánica de Educación y Reglamento

La principal institución que debe proteger y garantizar el derecho a la educación desde la estructura interna del MEC es la Supervisión Educativa. De conformidad con los artículos 38, 39 y 40 de la Ley y en concordancia con los artículos 38, 39, 40 y 41 del Reglamento a la LOE:

“Art. 38.- La supervisión es una función especializada encargada de velar por el cumplimiento de los fines y de las normas de educación y de promover el mejoramiento de la enseñanza y del desarrollo de las comunidades, mediante una acción sistemática y permanente.”(LOE)

“Art. 39.- La supervisión, siendo principalmente un servicio de asesoramiento profesional y de control, tomará además en cuenta las opiniones de la comunidad, a fin de que el proceso educativo se desenvuelva en función de las necesidades de la misma.”(LOE)

“Art. 40.- El nivel nacional de supervisión educativa está constituido por un Departamento de Supervisión Hispano y de un Departamento de Supervisión Indígena (...)”

La función de la Supervisión Educativa permite la participación de la comunidad en el proceso educativo, este aspecto es crucial puesto que, como ya lo mencioné

anteriormente en este trabajo, el deber de asegurar el derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita corresponde no solo al Estado, sino también a la familia y la sociedad.

El integrar las opiniones de la comunidad en la supervisión y control de la enseñanza, permite hacer exigible este derecho de una manera más directa y a través de sus propios beneficiarios, que siempre estarán más empapados de los problemas concretos de la educación, en sus respectivas circunscripciones territoriales.

Finalmente, sobre la exigibilidad y justiciabilidad del derecho a la educación básica, podemos concluir que son perfectamente aplicables en el Ecuador, así como también las estrategias de exigibilidad directa e indirecta que desarrollé previamente, así como, la exigibilidad a través de las obligaciones que en virtud de los Convenios Internacionales y normativa interna le corresponde al Estado, aunque estas alternativas todavía no hayan sido consideradas en nuestro país²⁸⁴.

²⁸⁴ Otra acción importante que contempla nuestra legislación es la Acción de Inconstitucionalidad. El Art. 276 numeral 1 de la CP faculta al Tribunal Constitucional para conocer y resolver demandas de inconstitucionalidad, de fondo o forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos o instituciones del Estado; y suspender total o parcialmente sus efectos. En su numeral 2 faculta al Tribunal a “conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva a la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales.” Las demandas de inconstitucionalidad pueden ser interpuestas por el Presidente de la República, Congreso Nacional, Corte Suprema de Justicia, Consejos Provinciales o Consejos Municipales y Mil ciudadanos, según los casos previstos por el art. 277 de la Constitución y art. 18 de la Ley Orgánica de Control Constitucional. El numeral 5 del art. 277 de la Constitución prevé que podrán interponer demandas de inconstitucionalidad mil ciudadanos en goce de derechos políticos, o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo para los casos de actos normativos y actos administrativos ilegítimos. Se presenta la demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Esta acción no tiene plazo para ser interpuesta, sin embargo, si existe plazo para que los jueces resuelvan sobre este tipo de demandas. El plazo para la resolución es de 30 días hábiles siguientes a la fecha del vencimiento para contestar la demanda o de aquella fijada para la audiencia pública como lo manda el art. 21 de la Ley Orgánica de Control Constitucional. De conformidad con el art. 22 “Las disposiciones de ley, decreto-ley, decreto, ordenanza o reglamento materia de la demanda, que el Tribunal las declare inconstitucionales, cesarán en su vigencia desde que tal resolución se publique en el Registro Oficial, no podrán ser invocadas ni aplicadas por juez o autoridad alguna. (...)” Esta declaratoria no tendrá efecto retroactivo, es decir no se podrán retrotraer los efectos hasta el instante antes del acto ilegítimo, ni respecto de ella habrá recurso alguno (art. 278 Constitución).

3.6.4 ¿Qué se puede exigir a través de estas acciones?

El derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita en el Ecuador es un derecho plenamente exigible y justiciable a través de los mecanismos existentes en la normativa interna. A pesar de ello, existe la tendencia a pensar que el mismo no es un derecho de directa e inmediata exigibilidad o justiciabilidad, porque tiene un carácter programático y conlleva obligaciones progresivas. Sin embargo, en primer lugar, es importante que los Estados garanticen al menos el contenido mínimo esencial de cualquier derecho. Por ende, en mi criterio el primer paso para la exigibilidad de este derecho, será exigir los niveles mínimos de protección.

La exigibilidad tiene que estar dirigida a pretender que el Estado cumpla con el contenido mínimo de la gratuidad, de la obligatoriedad y el contenido de la educación básica. Cada elemento, por sí solo, tiene aspectos específicos que deben ser plenamente satisfechos. En este sentido, el ámbito para la exigibilidad y justiciabilidad, puede tener dos enfoques: el primero, que exija en conjunto el contenido mínimo esencial del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita; el segundo, que exija cualquier aspecto dentro de los componentes de este derecho.

En conclusión, el ámbito de acción para la exigibilidad en nuestro país es muy amplio, pues se puede supervisar el cumplimiento de las obligaciones estatales desde muchos puntos. Podría pensarse que se torna complicada la exigibilidad de este derecho por contener demasiados elementos: gratuidad, obligatoriedad, contenido educación básica,

Además si luego de 30 días de la promulgación de la declaratoria de inconstitucionalidad los funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal de oficio o a petición de parte los sancionará de conformidad con la ley. (Art. 278 Constitución).

al contrario, es más fácil determinar el nivel de cumplimiento progresivo o inmediato del Estado de aspectos específicos, concretos, en cada uno de los elementos por separado.

Por ejemplo, en el tema de gratuidad, el Estado ecuatoriano ha adoptado recientemente algunas medidas que buscan el cumplimiento de esta obligación, tales como: la eliminación de aportes voluntarios de los padres de familia y la provisión de textos escolares gratuitos. A pesar de estos avances, que demuestran la intencionalidad del Estado por cumplir con sus obligaciones en relación a la gratuidad, no está exento de procesos de supervisión, monitoreo, y exigibilidad de sus obligaciones.

Así, cada medida, plan, programa, política que estén dirigidos a proteger y garantizar la gratuidad, se vuelven al mismo tiempo herramientas para exigir su exigibilidad y justiciabilidad. Con esto me refiero, a que el Estado está dando pasos hacia adelante en el cumplimiento de sus obligaciones, y por tanto, no podrá adoptar medidas regresivas que limiten, restrinjan, suspendan los logros ya alcanzados, sin incurrir en responsabilidad.

CONCLUSIONES

La clasificación doctrinaria de los derechos a partir de la elaboración de dos Pactos distintos de DDHH, no tiene en la práctica una razón de ser en virtud de la noción de *indivisibilidad o integralidad* de los derechos humanos, y responde únicamente a una coyuntura política de la época en la que fueron elaborados.

Esta división de los derechos ha catalogado a los DESC, como derechos de segunda generación, carentes de exigibilidad y justiciabilidad por su naturaleza programática, por el cumplimiento progresivo de sus obligaciones, y porque acarrear acciones positivas del Estado que dependen de sus recursos disponibles.

Sin embargo, la falta de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC se desvirtúa porque: 1) tanto DESC como los DCP, requieren obligaciones positivas y negativas con su respectiva erogación de recursos por parte del Estado; 2) las obligaciones progresivas y su ejecución con el máximo de los recursos disponibles, no implica discrecionalidad absoluta del Estado en la adopción de políticas y medidas para su cumplimiento, al contrario, requiere que sean adoptadas en tiempo prudencial y dando prioridad a estos derechos; 3) la supuesta ambigüedad y generalidad de las obligaciones y los contenidos mínimos esenciales de los DESC ya han sido aclarados a través de varios mecanismos no jurisdiccionales como los Principios de Limburgo, Directrices de Maastricht, Observaciones Generales de Comités de DDHH, y jurisdiccionales como las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de DDHH; 4) finalmente debe concebirse a los DCP y DESC, bajo el precepto de la integralidad de los derechos humanos, es decir, que los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.

La educación ha sido elevada por las Constituciones como un derecho fundamental, en virtud de ser un derecho indisponible, inalienable, intransigible, inviolable, personalísimo y universal, además porque representa un sistema de valores y principios que el Estado y los particulares buscan proteger.

El derecho a la educación es un derecho intrínseco indispensable para la realización de otros derechos, que debe orientarse al desarrollo de la personalidad y la dignidad

humana, a fortalecer el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, a capacitar a las personas para participar efectivamente en una sociedad libre.

El derecho a la educación ha sido reconocido ampliamente en instrumentos internacionales de diferente naturaleza jurídica como Convenciones, Declaraciones, Pactos y un Protocolo. Dentro de éstos se ha expresado la importancia de que la enseñanza básica sea obligatoria y gratuita.

En la legislación ecuatoriana, la Constitución Política del Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia y la Ley Orgánica de Educación reconocen y garantizan el derecho de todos y todas a la *educación básica, obligatoria y gratuita*. Sin embargo, no existe en nuestra legislación, definiciones claras sobre educación básica, obligatoriedad ni gratuidad. Esto dificulta la determinación del contenido mínimo esencial del derecho, entendido éste como la base mínima intangible de cada derecho que todas las personas en todos los contextos deben tener garantizado o el techo mínimo al cual el Estado se obliga respecto de un derecho.

Sin embargo, de las disposiciones de la CP, el CNA y la LOE se pueden inferir las obligaciones que tiene el Estado en virtud de cada elemento del derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita. Uniendo los contenidos esenciales de cada uno de ellos puede obtener el contenido mínimo esencial global de este derecho.

Éste comprende el carácter de irrenunciabilidad de este derecho y su ejercicio sin *discriminación*, la corresponsabilidad del Estado, la Sociedad y la Familia para garantizarlo, la asignación de no menos del 30% del Presupuesto general del Estado a la educación, el abastecimiento a las escuelas fiscomicionales, particulares gratuitas, especiales y artesanales y la entrega del 50% del costo alumno cada año fiscal a las escuelas particulares que eduquen a niños y jóvenes de escasos recursos.

Además, incluye la provisión de materiales didácticos, y un ambiente favorable para el aprendizaje, la creación de una red escolar que abarque todo el territorio nacional, la implementación de al menos 9 años de escolaridad, la responsabilidad de los padres, apoderados y representantes legales en la obligatoriedad a la escolaridad básica, una enseñanza encaminada a alcanzar 4 tipos de aprendizaje, herramientas mínimas como la lectura y escritura, expresión oral, aritmética y resolución de problemas.

En virtud del principio de corresponsabilidad del Estado y la Familia (Padres) para garantizar este derecho, le corresponde a cada uno de ellos cumplir con obligaciones específicas dentro de su ámbito de acción. El Estado debe proveer educación en todos sus niveles, a todos los ecuatorianos sin discriminación alguna, crear la institucionalidad necesaria y ofertar el servicio educativo público. A los Padres, les corresponderá elegir el tipo de educación para sus hijos, matricularlos, vigilar su asistencia, proveer los recursos económicos para los gastos en educación y respetar, proteger y defender los derechos de sus hijos.

La situación actual de la educación básica en el Ecuador refleja que existe un alto nivel de exclusión de niños, niñas y adolescentes al sistema educativo por razones económicas, no hay educación de calidad, no se ha erradicado el analfabetismo, los maestros son mal pagados y existe una mala distribución de docentes, la tasa de matriculación en la educación fiscal es alta, y la baja asignación presupuestaria al sector Educación podría demostrarnos que ésta ha dejado de ser una política de desarrollo y se ha convertido en una política de compensación social para los pobres.

En términos de gratuidad en la educación básica el Estado ecuatoriano ha adoptado algunas iniciativas para reducir los costos y tratar de eliminar las barreras de acceso a la educación a través de: la eliminación de los aportes voluntarios y la provisión de textos

escolares gratuitos. Así mismo, está implementando incentivos para el acceso y permanencia de los niños, niñas y adolescentes en el sistema educativo como el PAE y el Bono de Desarrollo Humano.

La educación en el Ecuador es de mala calidad. El tema de la gratuidad está íntimamente relacionado con la calidad en la educación, pues de nada sirve garantizar el acceso a una educación básica, que no cumpla con al menos mínimos estándares educativos, que faculten a los individuos a obtener herramientas útiles, que les permita mejorar su calidad de vida y su relación con su entorno.

El derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita, es un derecho plenamente exigible y justiciable en el Ecuador, en virtud de su contenido mínimo esencial, y de la existencia de acciones específicas de protección y garantía de este derecho en nuestra legislación.

La Constitución contiene los principios y garantías hacia los derechos humanos (art. 18), a través de los cuales se garantiza su aplicación inmediata, la interpretación *pro derechos humanos* y la prohibición de requisitos que no consten en la Ley que impidan o dificulten su cumplimiento.

La Constitución, garantiza la Acción de Amparo (art. 95) que tiene por objeto, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o Tratado o Convenio Internacional.

En el Código de la Niñez y Adolescencia, contamos con acciones tanto para la defensa y garantía de derechos colectivos y difusos como de carácter individual: la Acción Judicial de Protección y las Acciones Administrativas de Protección de los Derechos. Éstas pueden ser adoptadas e interpuestas por las Juntas Cantonales de Protección de los

Derechos, Defensoría del Pueblo y las Defensorías Comunitarias de la Niñez. Finalmente, la Ley Orgánica de Educación, a través de la Supervisión Educativa se encarga de velar por el cumplimiento de las normas y los fines de la educación, mejorar la enseñanza, a través de una participación activa con la comunidad.

Sobre la exigibilidad y justiciabilidad en términos de gratuidad en el Ecuador, al parecer con la adopción de las medidas y políticas mencionadas, el Estado está garantizando el derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita, por tanto, no cabría la exigibilidad por parte de los particulares. Al contrario, la adopción de medidas progresivas lo torna en un derecho más exigible que antes, puesto que hay nuevos niveles de cumplimiento que los Estados ya han aceptado respetar y garantizar.

Para cumplir con sus obligaciones, el Estado ecuatoriano, en primer lugar, no podrá disminuir, limitar, restringir sus compromisos adquiridos a través de políticas, planes, programas, en segundo lugar, no bastará con que el Estado provea con lo que se ha comprometido, deberá enfocar su acción hacia la progresividad (aumentar las obligaciones y aumentar la cantidad de beneficiarios), y en tercer lugar, tiene el deber de controlar y supervisar que no se cobren rubros ilegales las escuelas públicas y garantizar mecanismos o canales de denuncia directa en caso de existir estas anomalías.

Al finalizar esta tesina tengo algunas recomendaciones, tanto en el ámbito de la Educación como en el de la Exigibilidad.

En el tema de Educación, debemos buscar como sociedad civil la reivindicación de la educación como herramienta básica del desarrollo y construcción de proyecto de país, es decir, que está en nuestras manos exigirle al Estado la provisión de una educación enmarcada en principios democráticos, de justicia, de equidad, que permitan a todos los ecuatorianos y ecuatorianas tener similares oportunidades de desarrollo. Pues depende del

sistema educativo que proveamos a los ciudadanos, su calidad de participación en la vida social, económica y política, así como, el respeto que tengan por los derechos y libertades.

También, debemos trabajar conjuntamente con el Estado, en la elaboración de políticas públicas, planes, programas, mediante los cuales se logre mejorar la calidad de la educación pública, con el fin de que se convierta, en palabras del Contrato Social, en la columna vertebral del sistema educativo nacional. Para esto deberemos eliminar las barreras al acceso universal y gratuito a la educación básica, aumentar progresivamente la inversión en estructura y materiales didácticos, eliminar el analfabetismo, alcanzar estándares de calidad, crear condiciones favorables para los docentes, dar mayores espacios de participación a la comunidad y padres de familia en los procesos educativos.

Finalmente, respecto a las transferencias de recursos por parte del MEF al MEC, deben crearse mecanismos ciudadanos de vigilancia y denuncia en caso de que no se entregue de manera oportuna y completa los recursos designados en el Presupuesto General del Estado cada año, para el sector Educación. Es nuestra labor como sociedad civil cambiar el paradigma del presupuesto social, que es considerado por el Estado como un “monto variable de ajuste en situación de iliquidez fiscal”, y transformarlo a un presupuesto fijo, que responde prioritariamente a la satisfacción de necesidades básicas de la población.

En términos de Exigibilidad, no siendo los mecanismos existentes en nuestra legislación, los únicos medios factibles, para hacer exigible y justiciable el derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita, recomiendo algunas alternativas de exigibilidad que podrían implementarse el ámbito nacional:

- 1) Respecto a obligaciones de *respetar* exigir que el Estado no imponga barreras al acceso a la educación; en obligaciones de *proteger*, exigir que el Estado realice un control exhaustivo sobre las escuelas y colegios fiscales y fiscomicionales, para que se no cobren

aportes de ninguna clase; sobre obligaciones de *garantizar*; vigilar y denunciar en caso de que el Estado elimine el presupuesto que reemplaza los aportes voluntarios; sobre obligaciones de *promover*, verificar si el Estado cumple con estándares de calidad.

2) La exigibilidad en términos de la obligación de *adoptar medidas*: a) la *adecuación del marco legal*, que todas las leyes y reglamentos estén encaminados a garantizar la obligatoriedad, la gratuidad y determinen un contenido básico; b) que el Estado periódicamente *revele información pública*, sobre: tasa de escolaridad, matrículas en las escuelas fiscales, montos de transferencia de recursos a las Direcciones Provinciales; c) y sobre la *provisión de recursos efectivos*, por ejemplo: la creación de canales de denuncia directa de padres de familia al MEC sobre cobros excesivos en uniformes, provisión de defensoría pública en casos litigiosos para garantizar el derecho a la educación, entre otros.

3) Seguimiento del Estado en el cumplimiento sobre la obligación de garantizar el contenido mínimo esencial del derecho y obligaciones progresivas.

4) La comprobación periódica de que el Estado no ha adoptado medidas regresivas sobre políticas, programas, planes, beneficios sociales que ya implementó (PAE, textos gratuitos, bono de desarrollo humano con componente en educación, eliminación del cobro de los aportes voluntarios, fijación de un presupuesto al inicio del año, etc.).

5) La posibilidad de llevar a los tribunales casos concretos, en que se demuestre discriminación en la provisión de la escolaridad por parte del Estado (Ministerio, Direcciones Provinciales) a un determinado grupo de personas, o individuos particulares.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, VÍCTOR Y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

AGUILAR VILANUEVA, LUIS, *La hechura de las Políticas*, Estudio Introductorio. Serie Antología de la Política Pública, Porrúa, México, 1992.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración y programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993*, en [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument) (06/04/07).

BENVENUTO LIMA. JAIME, *Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales*, Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 1era edición, La Paz, Bolivia, 2001.

BERNALES BALLESTEROS. ENRIQUE. , *Las políticas públicas desde la perspectiva de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2004.

CANTO CHAC. MANUEL, *La exigibilidad de los DESC en las Políticas Públicas: Las experiencias de las organizaciones de la sociedad civil en México*, en M. Wolf, *Las exigencias de la Sociedad Civil: La responsabilidad del Estado Derechos Económicos Sociales y Culturales DESC*, Ed. Icaria Antrazyt Relaciones Norte-Sur, Barcelona, 2004.

CEDHA, *La Responsabilidad Internacional del Estado por violaciones de derecho ambiental desde una perspectiva de derechos humanos: El Rol del Poder Judicial*, en <http://www.cedha.org.ar/docs/doc165-spa.doc>, (08/04/07).

COLMES. STEPHEN, SUNSTEIN CASS R., *The cost of Rights: Why liberty depends on taxes*, W.W. Norton and Company, New York London, 1999.

COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General 3 (1990) La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Artículo 11[2] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* en http://www.iiie.org/ihrp/circulo_derechos/14bOG3.pdf, (06/04/07)

COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General No.3 (1990)*, UN Doc.E/1991/23, Annex III.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *La aplicación interna del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Observación General No.9, en http://www.iiie.org/ihrp/circulo_derechos/27cOG9.pdf, (07/04/07)

COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General 11 (1999) Planes de acción para la enseñanza primaria (Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, en http://www.iiie.org/ihrp/circulo_derechos/21bOG11.pdf, (08/04/07)

CONSEJO PROVINCIAL DE LA PROVINCIA DE PICHINCHA, *Informe de labores 2005*, en <http://www.pichincha.gov.ec/paginas/cgiDespSecc.asp?txtCodiSecc=109&txtCodiSubSecc=190>, (10/04/07)

CONTRATO SOCIAL POR LA EDUCACIÓN, *Agenda Ciudadana por la Educación 2007-2015*, Contrato Social por la Educación, Care, UNICEF, Quito, 2007.

CONTRATO SOCIAL POR LA EDUCACIÓN, *Propuestas de políticas y financiamiento de la universalización de la educación básica de calidad en Ecuador* (Primer borrador enero del 2006), Quito, 2006.

CORTE IDH, *Opinión Consultiva OC- 17/02 de 28 de agosto del 2002*.

DELORS JACQUES, *La Educación Encierra un Tesoro*, Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XXI presidida por Jacques Delors, UNESCO.

DULITZKY. ARIEL, *Alcance de las obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana A.C; Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington Collage of Law, American University, Distribuciones Fontamara S.A, México, 2004.

FERRAJOLI. LUIGI, *Derechos Fundamentales en los Derechos Fundamentales en los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

FUNDACIÓN REGIONAL DE ASESORÍA EN DERECHOS HUMANOS INREDH, *Manual Técnico de Garantías Constitucionales*, Quito, 2000.

GRUPO FARO LUPA FISCAL, *Cómo va la inversión social*, Publicación semestral de UNICEF, Octubre, No. 17 Quito, 2006.

GRUPO FARO LUPA FISCAL, *Cómo va la inversión social*, Publicación semestral de UNICEF, Diciembre, No. 18, Quito, 2006.

KENDE. MARK, *Irene Grootboom's Right to Housing, The South African Constitutional Court's Embrace of Socio-Economic Rights: A comparative perspective*, Chapman Law Review (spring 2003)

LUCIO. RAFAEL, *Ecuador: Bono de Desarrollo Humano*, Tercer Encuentro de la Red de Monitoreo de Política Social, Secretaría Técnica del Frente Social – SIISE (Unidad de Análisis e Información), Quito, 23 noviembre, 2004.

LUNA. MILTON, *La educación en los últimos años en el Ecuador: Situación y propuestas*, Serie Cuadernos del Contrato Social por la Educación-Ecuador, Quito, 2006.

MARTIN. CLAUDIA, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Funciones y Competencia*, en C. Martin, D.Rodríguez, J. Guevara, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana A.C, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington Collage of Law, American University, Distribuciones Fontamara S.A., México, 2004

MARTÍNEZ DE PISON. JOSÉ., *Políticas de bienestar: Un estudio sobre los derechos sociales*, Ed. Tecnos S.A, Madrid, 1998.

MELÉNDEZ. FLORENTÍN, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: Estudio constitucional comparado*, Honrad-Adenauer-Stiftung, México, 2004

MELISH. TARA, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, Orville h. Schell, Jr. Center for Internacional Human RIghts Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales CDES, Quito, 2003.

MINISTERIO DE BIENESTAR SOCIAL, *Programa de Protección Social, Bono de Desarrollo Humano*, en http://www.pps.gov.ec/index_sistema.htm, (15/04/07).

MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA, *Proyecto: Textos Escolares gratuitos*, en <http://mec.gov.ec/proyectosConvenios/textosescolaresgratuitos.php?sec=3&subCat=1&subSec=4>, (09/04/07)

MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA, *Programa de Alimentación Escolar*, en [http://mec.gov.ec/servicios/pae.php?sec=10&subCat=1&subSec=1\(PAE\)](http://mec.gov.ec/servicios/pae.php?sec=10&subCat=1&subSec=1(PAE)),(08/04/07)

MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA, *Programa de Alimentación Escolar*, Tabla Cobertura del Programa de Alimentación Escolar, en <http://www.pae.org.ec/>, (08/04/07)

NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño, Propósitos de la Educación* 17/04/2001, CRC/GC/2001/1. (General Comments), *Observación General No. 1 Propósitos de la Educación Párrafo 1 del Art. 29 2001*, en <http://www.unhchr.ch.>, (04/03/07).

OBSERVATORIO DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, *Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia Ecuador 2005*, en <http://www.odna.org/inter.asp?s=3&m=32>,(06/04/07).

OBSERVATORIO DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, *¿Qué mide?*, en <http://www.odna.org/inter.asp?s=4&ss=5&sss=2> (06/04/07)

OBSERVATORIO DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, *El cumplimiento de los derechos de la niñez en sus primeros años*, en <http://www.odna.org/inter.asp?s=4&ss=5&sss=2> (06/04/07)

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Órganos de Tratados de Derechos Humanos: Vigilancia del cumplimiento de los principales tratados internacionales de derechos humanos* en <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/treaty/index.htm>, (08/04/07)

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Comité de los Derechos del Niño: Vigilancia del ejercicio de los derechos del niño*, en, <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/treaty/index.htm>, (08/04/07).

PEÑA. CARLOS, *Igualdad educativa y sociedad democrática, Políticas Educativas y Equidad*, Reflexiones del Seminario Internacional Santiago de Chile, Ford Foundation, UNESCO, UNICEF, Universidad Alberto Hurtado, octubre, 2004.

PÉREZ LUÑO. ANTONIO ENRIQUE, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

PIOVESAN. FLAVIO, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Max Limonad, Sao Paulo, 1997.

PROGRAMA INTERNACIONAL DE BECAS EN DERECHOS HUMANOS (IHRIP), *Una Onda en Aguas Tranquilas: Reflexiones de activistas sobre el trabajo a nivel local y nacional en derechos económicos, sociales y culturales*, Washington, D.C.: Programa Internacional de Becas en Derechos Humanos.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición, Tomo 7mo, España, 2001.

RIVERA PIZARRO. JORGE, *Educación y Desarrollo*, en *Visión a Futuro de la Educación*, Ministerio de Educación y Cultura del Ecuador: Unidad Coordinadora de Programas, Quito, 1999.

SAENZ. ALVARO, PEÑAHERRERA. SAMIA, *Hacia una educación de calidad y descentralizada: Una propuesta de reforma de la educación ecuatoriana*, en *Visión a Futuro de la Educación*, Ministerio de Educación y Cultura del Ecuador: Unidad Coordinadora de Programas, Quito, 1999.

SIMON CAMPAÑA. FARITH, *La educación en la Constitución ecuatoriana de 1998*, Hacia una educación de calidad y descentralizada: Una propuesta de reforma de la educación ecuatoriana”, en *Visión a Futuro de la Educación*, Ministerio de Educación y Cultura del Ecuador: Unidad Coordinadora de Programas, Quito, 1999.

SIMON CAMPAÑA. FARITH, *Los procedimientos en el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia*, sin editar, Quito, 2006.

TOLE MARTÍNEZ JULIAN, *La teoría de la doble dimensión de los Derechos Fundamentales en Colombia, el Estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación*, Cuestiones Constitucionales, Número 15, julio-diciembre 2006, en www.ejournal.unam.mx/cuestiones/cconst15/CUC1510.pdf, (14/03/07)

TOMASEVSKI. KATARINA, *Contenido y vigencia del derecho a la educación*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2002.

TRAVIESO. JUAN, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1990.

URIBE MUÑOZ. ALVARO, *Estado Actual de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Derecho al Desarrollo en el Derecho Internacional*, en Terre des Hommes, El Derecho a la Equidad: Ética y Mundialización Social, Ed. Icaria Antrazyt, Barcelona, 1997.

VENEGAS GUZMÁN. HUGO, *Educación de calidad para todos y para todas*, Series Cuaderno 5 del Contrato Social por la Educación, Quito, 2007.

WRAY REYES. NORMAN, *Tesis previa a la obtención del título de doctor en Jurisprudencia: La exigibilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2003.

ZAVALA EGAS. JORGE, *Manual de Derecho Constitucional: Una introducción a la teoría constitucional*, Edino, Guayaquil.