

*El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en éste ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios.*

*De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la Comisión Permanente de la Universidad de Los Hemisferios.*

*Alberto Brown Lavalle*

## **Contenido**

CAPÍTULO I. GRATUIDAD EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR .....	3
CAPÍTULO II. LA EDUCACIÓN EN EL PRESUPUESTO GENERAL DEL ESTADO. 12	
CONCORDANCIAS: .....	13
JURISPRUDENCIA: .....	13
DOCTRINA: .....	13
COMENTARIO PERSONAL: .....	16
<b>CAPÍTULO III. ACCESO A LA EDUCACIÓN Y EDUCACIÓN LAICA .....</b>	<b>18</b>
CONCORDANCIAS: .....	19
JURISPRUDENCIA: .....	19
DOCTRINA: .....	23
COMENTARIO PERSONAL: .....	25
CAPÍTULO IV. ANÁLISIS ORGÁNICO INSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR .....	30
GÉNESIS HISTÓRICA: .....	30
CONCORDANCIAS: .....	33
JURISPRUDENCIA: .....	33
DOCTRINA: .....	33
COMENTARIO PERSONAL: .....	35
CAPÍTULO V. LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y LIBERTAD DE CÁTEDRA .....	38
GÉNESIS HISTÓRICA: .....	38
CONCORDANCIAS: .....	39
JURISPRUDENCIA: .....	39
DOCTRINA: .....	46
COMENTARIO PERSONAL: .....	52
CAPÍTULO VI. EL CONTENIDO DE LA EDUCACIÓN .....	55
GÉNESIS HISTÓRICA: .....	55
CONCORDANCIAS: .....	57
JURISPRUDENCIA: .....	57
DOCTRINA: .....	58
COMENTARIO PERSONAL: .....	60
EL CONCEPTO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN .....	64
GÉNESIS HISTÓRICA: .....	64
CONCORDANCIAS: .....	65
JURISPRUDENCIA: .....	65
COMENTARIO PERSONAL: .....	69

# **CAPÍTULO I. GRATUIDAD EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR**

## **CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR**

[Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20-X-2008]

### **TÍTULO VII: RÉGIMEN DEL BUEN VIVIR**

#### **Capítulo primero: Inclusión y equidad**

##### **Sección Primera: Educación**

**Art. 356.- La educación superior pública será gratuita hasta el tercer nivel.**

**El ingreso a las instituciones públicas de educación superior se regulará a través de un sistema de nivelación y admisión, definido en la ley. La gratuidad se vinculará a la responsabilidad académica de las estudiantes y los estudiantes.**

**Con independencia de su carácter público o particular, se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso, en la permanencia, y en la movilidad y en el egreso, con excepción del cobro de aranceles en la educación particular.**

**El cobro de aranceles en la educación superior particular contará con mecanismos tales como becas, créditos, cuotas de ingreso u otros que permitan la integración y equidad social en sus múltiples dimensiones.**

##### **GÉNESIS HISTÓRICA:**

**C. (1945) Art. 143.- (...)** La educación oficial es laica y gratuita en todos sus grados. Ni el Estado ni las Municipalidades pueden subvencionar otra educación que ésta; pero los servicios sociales serán suministrados, sin diferencia alguna, a todos los alumnos que los necesiten. (...)

**C. (1946) Art. 171.-** Las Municipalidades podrán subvencionar la enseñanza particular gratuita. Estas subvenciones no excederán del 20% de las rentas destinadas a educación. El Ejecutivo, cuando estime conveniente suministrar alguna ayuda, necesitará la aprobación del Consejo de Estado, para prestarla.

La enseñanza primaria y la de artes y oficio, de carácter oficial, son gratuitas; y la primaria, sea oficial o particular, es obligatoria.

Los servicios sociales escolares serán suministrados, sin distinción, en los establecimientos gratuitos, oficiales o particulares, a los alumnos que los necesitaren.

**Art. 173.-** El Estado fundará y mantendrá establecimientos especiales de enseñanza gratuita, de artes, oficios, comercio, agricultura y demás medios de trabajo remunerado, que serán, a la vez, de educación moral y cívica. En las escuelas y colegios se cultivarán, en secciones especiales de enseñanza objetiva, las aptitudes de los alumnos para el trabajo lucrativo.

En los establecimientos oficiales de instrucción primaria y de artes y oficios, el Estado suministrará gratuitamente los útiles necesarios para el aprendizaje a los alumnos que carecieren de ellos.

**C. (1967) Art. 37.-** Obligatoriedad.- La educación elemental y la básica son obligatorias; cuando se impartan en establecimientos oficiales, serán además gratuitas.

Art. 41.- Útiles y servicios.- En los establecimientos gratuitos, oficiales o particulares, sin distinción, se suministrarán útiles y servicios sociales a los alumnos que los necesiten.

Art. 42.- Ayuda a la educación particular.- Sin perjuicio de las participaciones establecidas en leyes especiales en beneficio de la educación particular, el legislador, y con anuencia de éste, las Municipalidades, cuando lo estimen conveniente, suministrarán ayuda a la educación particular elemental y básica gratuitas.

**C. (1979) Art. 27.-** (...) La educación oficial es laica y gratuita en todos sus niveles. (...)

El Estado suministra ayuda a la educación particular gratuita, sin perjuicio de las asignaciones establecidas para dicha educación y para las universidades particulares. (...)

**C. (1998) 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. (...)

#### **CONCORDANCIAS:**

N/A

#### **JURISPRUDENCIA:**

N/A

#### **DOCTRINA:**

Machasilla, E., Sánchez, D., Urgilés, O. (2009), Análisis del impacto de la educación gratuita en las universidades estatales de la ciudad de Guayaquil, Escuela Superior Politécnica del Litoral, Tesis de grado, pp. 90-94:

A través de la consulta popular realizada en noviembre del 2006, los ecuatorianos aprobamos el Plan Decenal de Educación, el cual establece aumentar 0.5% anual del PIB del financiamiento del sector educativo hasta el 2012. Para el Ecuador y bajo las actuales condiciones económicas y sociales, esto significa un gran reto que no solo requiere de la voluntad política sino de medidas específicas que garanticen el presupuesto necesario para llevar a cabo la implementación de programas y proyectos que brinden una educación de calidad permanente.

Como se detalló al inicio del análisis, el alto grado de dependencia de las universidades con el Estado, puede ser peligroso, debido a una de las características que poseen las economías latinoamericanas como es la volatilidad económica, lo cual para el Ecuador es un caso extremo, pues muestra una volatilidad que en comparación con el resto de la región es mucho mayor. Este se relaciona directamente con el precio del petróleo, cuya producción es controlada por el Estado en un 50% aproximadamente, el mismo que constituye adicionalmente a los impuestos, ingresos para el Estado. Esto ha permitido que las cuentas fiscales estén equilibradas, sin embargo al mismo tiempo ha contribuido a maquillar el alto

gasto público en el que ha incurrido el Estado en los últimos años, impulsando así la alta volatilidad en el crecimiento económico.

Con lo citado anteriormente, buscamos destacar cuan vulnerable es nuestra economía frente a cualquier tendencia que afecte directamente al PIB, pues la asignación de los recursos se encuentran en función de éste, por lo tanto, una gran contracción económica, traería como consecuencia que las asignaciones a la educación se redujeran automáticamente. Haciendo referencia a esto, la CEPAL ha determinado en su informe anual con respecto al 2008, que Ecuador ha sido uno de los países con mayor crecimiento económico, sin embargo es alarmante conocer las perspectivas vigentes para el 2009, en la cual se ha previsto que el crecimiento de este rubro alcanzará apenas del 2%. Consecuentemente, se espera no sólo que el nivel de actividad económica disminuya, sino que probablemente el nivel de gasto público también resulte afectado en sus principales sectores como es la educación y salud, transgrediendo así cualquier ley que se encuentre vigente.

Considerando todo esto y la inestabilidad política y fiscal del país, se requiere aislar a la educación de los vaivenes de la economía, creando y fomentando políticas anti cíclicas, con las cuales lograríamos mantener un gasto constante y previsible para el sector social en general; dicho de otra forma, se trata de ahorrar en tiempos de bonanza y autorizar su gasto en tiempos de crisis, siendo posible bajo esta condición, llegar a concretar una política educativa sustentable a través del tiempo.

Por otro lado existe la creencia de que a mayor gasto social mayor será nuestro bienestar, no obstante las estadísticas señalan todo lo contrario. Por ejemplo entre el 2000 y 2006, el gasto de la educación se duplicó y el gasto de salud se triplicó, pero la calidad de los servicios recibidos no han mejorado y las pruebas estandarizadas de rendimiento escolar ubican al Ecuador entre los menos aprovechados de la región. Por lo tanto de nada sirve asignar mayores recursos si se lo hace ineficientemente o si se paga más a los burócratas sin exigirles mayor productividad. Si bien un capital humano eficientemente productivo, obtiene mayores oportunidades frente al mercado laboral, es necesario definir correctamente el concepto de educación gratuita, pues no es suficiente garantizar la universalidad de la educación si la inversión que se realiza no ofrece el rendimiento esperado para los directos beneficiarios.

El gobierno ha empezado a realizar reformas importantes dentro del sector como por ejemplo: mayor control en el ingreso de los docentes al magisterio mediante pruebas que exigen cumplir un determinado nivel académico; mayor control en el gasto corriente, mediante la creación de una cuenta única del tesoro nacional, en la cual se ha depositado las rentas recibidas por las universidades por concepto de matrículas, derechos entre otras, y que para hacer uso de ésta se deberá remitir al Ministerio de Finanzas sus respectivos presupuestos. Sin duda este mecanismo ha rectificado en parte el caos administrativo que existe actualmente en la distribución de los sueldos del magisterio que a lo largo de los años se ha caracterizado por no corresponder a la real organización estructural y funcional del Ministerio, sin embargo con esta medida también se ha limitado la autonomía de dichas instituciones y aumentado el control del Estado sobre las mismas.

Por otro lado, vemos que las instituciones de educación superior en respuesta a la gratuidad, han tomado medidas que afectan directamente a la calidad. Estas se han iniciado con la suspensión del examen de ingreso en algunas universidades, lo que ha producido una

masificación estudiantil sin una previa selección de los estudiantes más idóneos. Adicionalmente, se han cambiado los perfiles profesionales de las carreras mediante la disminución de materias dentro de la malla académica prescindiendo así de docentes con alto nivel de preparación; otras instituciones por el contrario, han optado por alargar los años requeridos para obtener un título superior. Estas medidas sin duda impiden ofrecer al país el tipo de profesionales que requiere para su desarrollo y su inserción al mundo laboral. Para ello no es necesaria únicamente mayor inversión en infraestructura sino contar con mayor profesionalismo del docente universitario.

Lamentablemente en el sistema de educación pública de nuestro país no existen requerimientos ni estímulos, tanto para los docentes como para los alumnos. Si un docente realiza su trabajo o no, recibe igualmente su remuneración. El objetivo de la calidad en el sistema educativo se consigue creando un sistema de retribución para los docentes que correspondan al desempeño y esté de acuerdo a los resultados obtenidos en el rendimiento de los alumnos. Por esta razón, si el objetivo principal del gobierno es garantizar el acceso a la educación superior a los estudiantes de bajos recursos, entonces se debería asegurar primero, de que culminen sus estudios primarios y secundarios con los más altos estándares de calidad. Indudablemente la realidad es otra, pues varios estudios han revelado que la educación en el Ecuador es muy pobre comparada con la calidad educativa que existe en el resto de la región.

En conclusión, la gratuidad, sin duda aumentará el número de alumnos en las universidades, lo que es bueno y deseable en cierto punto, pero está claro que para ello se debe destinar un mayor presupuesto pues se necesitarán más profesores, aulas, tecnología, lo cual tras el panorama previsto para el Ecuador no es posible. Conjuntamente existen otros gastos de inversión social con un retorno mayor que proveer educación superior gratuita. Con ello no se trata de privatizar la enseñanza de tercer nivel dando acceso solo al que pueda pagar por ésta, ya que se acentuaría la inequidad y pobreza. En lugar de ello está proponiendo que se fortalezca los planes de crédito educativo, de tal manera que los estudiantes dispongan del mismo para iniciar sus estudios superiores. Este tipo de medidas regularía en largo plazo problemas como la saturación de carreras universitarias, pues los jóvenes seleccionarían aquellas que figuren como más rentables y que le permitan pagar el crédito adquirido, además con esta medida es sostenible en el tiempo y no pondrían en peligro la posibilidad de educarse de las generaciones futuras.

Finalmente, es recomendable analizar muy de cerca las políticas implementadas en países vecinos como Chile, Colombia, Uruguay o España, que han mostrado sustanciales mejoras en los sectores de salud y de educación. Todo esto implicaría para el país, un profundo cambio en el modelo económico y social, lo cual garantizaría una verdadera reforma educativa, cuya producción de conocimientos asegure la obtención de ecuatorianos con alta formación profesional, científico y tecnológico.

Delfino, J. (2004). Educación superior gratuita y equidad. *Revista de Economía y Estadística*, Cuarta Época, Vol. 42, No. 1, pp. 141-160:

La educación impulsa el crecimiento económico pues inculca en las personas una actitud más favorable hacia el progreso, aumenta su capacidad de adaptación a las exigencias de los mercados laborales modernos, y en general desarrolla los talentos necesarios para lograr

un desempeño eficiente en actividades productivas, tecnológicas y científicas. También se piensa que ayuda a lograr una sociedad más igualitaria, porque la relación positiva entre educación, productividad e ingresos contribuye a reducir la desigualdad en la distribución de la riqueza. Pero los beneficios que proporciona no terminan allí, pues también mejora la salud de la población, aumenta el capital humano de los países y eleva el nivel de vida de las familias económicamente menos privilegiadas, por ejemplo.

Los gobiernos contribuyen a financiarla para reducir el costo de estudiar y aumentar su difusión por varias razones. En primer lugar, porque entienden que no sólo favorece a los estudiantes sino que genera también beneficios indirectos a toda la comunidad; como las personas no pueden apropiarse de esas externalidades no las tienen en cuenta en sus decisiones económicas, y por ese motivo demandan una cantidad inferior a la que sería socialmente óptima. En segundo lugar, porque consideran a la educación un bien meritorio, vale decir un bien cuya demanda conviene estimular debido a que muchos individuos no alcanzan a valorar adecuadamente sus beneficios potenciales, y por ese motivo invierten en él menos de lo que correspondería a una correcta evaluación de sus preferencias. Finalmente, porque también creen que en esa forma facilitan el acceso de los grupos económicamente menos privilegiados, les permiten mejorar sus ingresos futuros y contribuyen así a la equidad.

Pero la sospecha de que una educación altamente subsidiada o aún totalmente gratuita podría ser insuficiente para lograr esa igualdad de oportunidades por la importancia que tienen otros gastos que deben soportar los estudiantes o por las limitaciones que impone el entorno socioeconómico del que algunos de ellos provienen dio origen, particularmente en el caso de la educación superior, a numerosos estudios orientados a determinar quiénes son los verdaderos beneficiarios de los subsidios.

[...]

Aunque es probable que el gasto público orientado a financiar la educación superior gratuita contribuya al crecimiento económico cualesquiera sean los beneficiarios de la matrícula, la gratuidad podría ser insuficiente para mejorar efectivamente la igualdad de oportunidades y por consiguiente impulsar la movilidad social. Por una parte, porque para realizar estudios pos – secundarios los alumnos tienen que afrontar también otros gastos (de mantenimiento y compra de material de estudio, por ejemplo) que suelen ser tan importantes como los de enseñanza. Por la otra, porque las evidencias también sugieren que la probabilidad que tienen los jóvenes de los grupos socioeconómicos menos privilegiados de continuar con esos estudios es muy baja (Delfino, 1998). Por lo tanto, si esos alumnos representan una baja proporción de la matrícula gratuita, el gasto público en vez de ayudar a igualar oportunidades podría tener un efecto regresivo en la distribución del ingreso.

El interés por el impacto redistributivo de ese gasto comenzó en Estados Unidos con el célebre trabajo de Hansen y Weisbrod (1969), quienes comparando los impuestos pagados y los beneficios recibidos por las familias mediante la educación superior gratuita llegaron a la conclusión de que en California el financiamiento público tenía un claro efecto regresivo en la distribución de la riqueza, pues las evidencias les indicaban que “los pobres subvencionaban la enseñanza superior de los ricos”. Explicaron ese resultado indicando que eso ocurría porque los tributos con los que los que se financiaba eran regresivos, y porque las familias de menores ingresos recibían subsidios más bajos debido a que tenían una tasa

de acceso a las instituciones más costosas relativamente menor (la Universidad de California, los colegios estatales de 4 años y los comunitarios de 2).

Pero al año siguiente Pechman (1970), con los mismos datos, llegó a una conclusión contraria. Un resultado que se explica porque agregó impuestos progresivos (sobre los beneficios de sociedades y a la transmisión gratuita de bienes) que en su opinión también se destinaban a financiar la educación superior, y en lugar de emplear el promedio de impuestos pagados y beneficios recibidos los distribuyó por niveles de ingresos. Con esas variantes comprobó que los grupos con ingresos inferiores a 12 mil dólares anuales resultaban beneficiados, que los demás efectuaban contribuciones netas, y que los mayores aportantes eran quienes tenían ingresos superiores a 25 mil dólares por año.

En otro trabajo posterior Machlis (1973) agrupó a las familias de la ciudad de Nueva York con hijos de 18 a 24 años de edad por niveles de ingreso, calculó el porcentaje que los de cada grupo representaban con respecto al total y los comparó luego con las proporciones que correspondían a los alumnos matriculados en la universidad de esa ciudad para la misma escala de ingresos, observando que esa relación era 1 para el grupo de rentas comprendidas entre 4 y 6 mil dólares y 0,69 y 1,30 para los niveles mínimos y máximos. Estimó luego los impuestos pagados por las familias de cada escala de ingresos y comprobó que los subsidios eran positivos para todas, excepto para la superior, y que la mayor redistribución de riqueza se producía en los colegios comunitarios.

Con el propósito de analizar los resultados obtenidos por los numerosos trabajos que se sucedieron desde entonces, una tarea complicada porque las escalas de ingresos seleccionadas difieren o porque en algunos casos estiman los subsidios en dinero mientras que en otros sólo calculan porcentajes.

Leslie y Brinkman (1996) realizaron un estudio integrativo normalizando los ingresos primero, estimando los subsidios como diferencia entre el valor de la educación gratuita y los impuestos pagados por cada grupo económico o entre sus participaciones relativas en la matrícula y el sistema tributario después, y comparando los resultados que obtuvieron de ese modo al final. Las conclusiones del trabajo, importantes por su generalidad, sugieren que esa forma de intervención del gobierno “contribuye moderadamente a la progresividad”, pues en 13 de los 14 casos que analizaron tiene un efecto redistributivo favorable (aunque en uno también podría ser neutro). Por esas razones el financiamiento público de la educación superior gratuita, agregan, contribuye a mejorar la equidad en la distribución del ingreso. También insinúan que la clase media es la principal ganadora, porque los sistemas son progresivos desde las familias con rentas superiores a las de niveles intermedios por un lado, y porque predomina la regresividad con respecto a los grupos de bajos ingresos por el otro, ya que éstos también ayudan con pequeños aportes a los de nivel intermedio. Esas evidencias sugieren además que ese efecto redistributivo está determinado tanto por las condiciones de acceso a la educación superior, como por las características del sistema tributario que genera los recursos para financiarla. Cuando la participación de los grupos económicamente menos privilegiados de la población es alta (porque los costos directos son bajos, existen otros instrumentos de ayuda a los estudiantes pobres, o los ricos tienen opciones de asistir a instituciones privadas) y los sistemas tributarios progresivos, el efecto redistributivo que buscan los gobiernos tiende a ser mayor. Lo contrario ocurre cuando el acceso es difícil o los sistemas fiscales regresivos, por ejemplo.

[...]



Con el propósito de obtener evidencias similares para Argentina este trabajo agrupa a las familias de acuerdo a sus niveles de ingreso, calcula los beneficios implícitos que obtienen mediante la matriculación gratuita y su contribución al financiamiento a través del pago de gravámenes, y estima por diferencia los subsidios que recibe cada grupo (comparando las participaciones en beneficios y aportes primero, y los valores monetarios asociados con esos conceptos después). Los resultados que obtiene considerando sólo los porcentajes de matrícula sugieren que los ricos, junto a la clase media alta, son los que más se benefician. Sin embargo, cuando también se incluye la contribución porcentual de cada grupo al financiamiento del sistema los resultados son distintos, porque en este caso son los ricos, los pobres y la clase media baja quienes subsidian a las clases media, y media alta.

Los subsidios calculados restando de los beneficios monetarios implícitos que recibe cada uno de los grupos de ingreso los gravámenes que paga confirman esos resultados, pues los montos totales de las transferencias sugieren que las familias del quintil superior y de los dos inferiores financian a las de clase media, y clase media alta. Pero también muestran que el impacto redistributivo de esas transferencias globales es moderado. Además, aunque el subsidio anual por familia es bajo, los pobres soportan una carga relativamente más pesada que los ricos porque sus contribuciones representan una proporción mayor, tanto de los beneficios que reciben como de sus ingresos familiares. En síntesis, entonces, la educación superior gratuita parece tener en Argentina un moderado efecto redistributivo progresivo desde los ricos y regresivo desde los pobres (si en esta categoría se incluye también a la clase media baja) hacia las clases media, y media alta. Además, ese impacto redistributivo se explicaría porque el sistema tributario es progresivo, los pobres tienen dificultades para acceder a la educación superior, el sector privado ofrece buenas opciones a los ricos, y las clases media y media alta son usuarios intensivos del sistema. Pero esas evidencias también sugieren que la contribución a la igualdad de oportunidades podría mejorarse con un buen sistema de ayuda económica a los pobres, y mayores oportunidades de educación privada para los ricos.

#### **SUMARIO DEL COMENTARIO:**

*I. Gratuidad de la educación superior.*

#### **COMENTARIO PERSONAL:**

##### Gratuidad en la educación superior

En relación con la gratuidad de la educación superior, las principales disposiciones del artículo 356 de la Constitución son las siguientes: (i) La educación superior pública será gratuita hasta el tercer nivel; (ii) La gratuidad se vinculará a la responsabilidad académica de las estudiantes y los estudiantes.

A pesar de lo expreso y claro de la norma constitucional anteriormente referida, la gratuidad de la educación superior ni siquiera es menciona en la Ley Orgánica de Educación Superior. Así como tampoco se ha conocido de nuevas iniciativas legislativas o de la voluntad política del gobierno para hacer efectivo el mandato constitucional de gratuidad.

Más allá de que desde una perspectiva utópica, especialmente en el contexto ecuatoriano, la gratuidad de la educación superior pueda ser considerada como algo positivo, ¿es realmente conveniente, o incluso deseable, que la educación superior sea gratuita?

*Tal y como explica Delfino, en su artículo anteriormente citado, la sospecha de que una educación altamente subsidiada o aún totalmente gratuita podría ser insuficiente para lograr esa igualdad de oportunidades por la importancia que tienen otros gastos que deben soportar los estudiantes o por las limitaciones que impone el entorno socioeconómico del que algunos de ellos provienen dio origen, particularmente en el caso de la educación superior, a numerosos estudios orientados a determinar quiénes son los verdaderos beneficiarios de los subsidios.*

*Agrega además que aunque es probable que el gasto público orientado a financiar la educación superior gratuita contribuya al crecimiento económico cualesquiera sean los beneficiarios de la matrícula, la gratuidad podría ser insuficiente para mejorar efectivamente la igualdad de oportunidades y por consiguiente impulsar la movilidad social. Por una parte, porque para realizar estudios pos – secundarios los alumnos tienen que afrontar también otros gastos (de mantenimiento y compra de material de estudio, por ejemplo) que suelen ser tan importantes como los de enseñanza. Por la otra, porque las evidencias también sugieren que la probabilidad que tienen los jóvenes de los grupos socioeconómicos menos privilegiados de continuar con esos estudios es muy baja (Delfino, 1998). Por lo tanto, si esos alumnos representan una baja proporción de la matrícula gratuita, el gasto público en vez de ayudar a igualar oportunidades podría tener un efecto regresivo en la distribución del ingreso.*

Las conclusiones del autor anteriormente citado son especialmente interesantes por la fundamentación económica de sus hallazgos, como se puede observar, la mayoría de información estadística y las tesis económicas en las que descansan sus conclusiones se derivan de análisis económicos realizados en los Estados Unidos, con contribuciones de estadísticas oficiales argentinas. En cualquier caso, no veo cómo la lógica de la dinámica económica descrita en las fuentes antedichas no sea extrapolable al Ecuador.

Además de tener en cuenta las externalidades que genera una política de gratuidad en la educación superior, tales como los efectos regresivos que puede tener sobre los sectores de la población con menores ingresos, deberíamos considerar que en el Ecuador, el hecho de que el país sea tan vulnerable a la volatilidad de productos primarios y a la inestabilidad política, es irresponsable que el Estado comprometa las arcas fiscales, sin matices ni reservas, en una política cuyos efectos positivos no se han demostrado.

Personalmente, sería partidario de una política de educación superior en donde sí tengan cabido subsidios para las familias más pobres, que se encuentre conscientemente articulada con la política tributaria y que prevea un sistema de becas y créditos educativos articulado de una manera económica y financieramente responsable.

Como bien anotan Machasilla, Sánchez y Urgilés, en su artículo anteriormente citado, *la gratuidad, sin duda aumentará el número de alumnos en las universidades, lo que es bueno y deseable en cierto punto, pero está claro que para ello se debe destinar un mayor presupuesto pues se necesitarán más profesores, aulas, tecnología, lo cual tras el panorama previsto para el Ecuador no es posible. Conjuntamente existen otros gastos de*

*inversión social con un retorno mayor que proveer educación superior gratuita. Con ello no se trata de privatizar la enseñanza de tercer nivel dando acceso solo al que pueda pagar por ésta, ya que se acentuaría la inequidad y pobreza. En lugar de ello está proponiendo que se fortalezca los planes de crédito educativo, de tal manera que los estudiantes dispongan del mismo para iniciar sus estudios superiores. Este tipo de medidas regularía en largo plazo problemas como la saturación de carreras universitarias, pues los jóvenes seleccionarían aquellas que figuren como más rentables y que le permitan pagar el crédito adquirido, además con esta medida es sostenible en el tiempo y no pondrían en peligro la posibilidad de educarse de las generaciones futuras.*

# **CAPÍTULO II. LA EDUCACIÓN EN EL PRESUPUESTO GENERAL DEL ESTADO**

## **CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR**

[Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20-X-2008]

### **TÍTULO VI: RÉGIMEN DE DESARROLLO**

#### **Capítulo cuarto: Soberanía económica**

##### **Sección cuarta: Presupuesto General del Estado**

**Art. 298.- Se establecen preasignaciones presupuestarias destinadas a los gobiernos autónomos descentralizados, al sector salud, al sector educación, a la educación superior; y a la investigación, ciencia, tecnología e innovación en los términos previstos en la ley. Las transferencias correspondientes a preasignaciones serán predecibles y automáticas. Se prohíbe crear otras preasignaciones presupuestarias.**

#### **GÉNESIS HISTÓRICA:**

**C. (1929)** art. 169.- Cada año, en el presupuesto, se incrementará la partida destinada al ramo de educación pública, hasta que llegue a emplearse en este servicio el veinte por ciento, por lo menos, de las rentas del Estado, dentro de cinco años.

**C. (1945)** art. 125.- Se invertirá en educación pública cuando menos el veinte por ciento de los ingresos ordinarios.

**C. (1946)** art. 134.- En el presupuesto se dará atención preferente a la defensa nacional y a la educación pública.

art. 143.- Ningún egreso o transferencia podrá efectuarse sino de acuerdo con disposición expresa de la ley.

Las partidas de educación y las de obras públicas nacionales, provinciales o locales no podrán ser destinadas para otros objetos, salvo el caso determinado en el numeral 5o. del artículo 94 y en caso de calamidad pública.

**C. (1967)** art. 157.- En el presupuesto se atenderá de preferencia a la educación pública y a la defensa nacional.

Se destinará a la educación no menos del treinta por ciento de los ingresos ordinarios del Estado. Para ello, se incrementarán anualmente las partidas correspondientes, de manera que en cinco años contados desde la vigencia de esta Constitución se llegue al indicado porcentaje.

Las partidas de educación no podrán destinarse a otro objeto, salvo el caso de calamidad pública y lo determinado en el ordinal 5o. del Art. 186.

**C. (1979)** art. 71.- El presupuesto se dicta anualmente y contiene todos los ingresos y egresos del Estado, destinados a la atención de los servicios públicos y a la ejecución de programas de desarrollo económico y social. En él se destina menos del treinta por ciento de los ingresos para la educación y para la erradicación del analfabetismo.

**C. (1998)** art. 71.- 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.

#### CONCORDANCIAS:

(i) Ley Orgánica de Educación Superior, arts. 23, 169.

#### JURISPRUDENCIA:

**Resolución Tribunal Constitucional No. 664-2002-RA:** El Dr. César Augusto Cordero Moscoso, Rector de la Universidad Católica de Cuenca, comparece ante la Segunda Sala de la Corte de Justicia del Azuay e interpone acción de amparo constitucional en contra de los señores Ministro de Economía, Subsecretario General de Finanzas y Procurador General del Estado, a fin de que se deje sin efecto el acto administrativo constante en la Resolución No. 400924, por la cual se rebaja en trescientos mil dólares la asignación para la Universidad Católica de Cuenca.

El Tribunal resolvió aceptar la acción de amparo constitucional planteada por considerar que se ha violado el Art. 75 de la Constitución que prohíbe a la Función Ejecutiva o sus órganos, autoridades o funcionarios, a consecuencia de la autonomía de las universidades y escuelas politécnicas públicas y privadas, privarles de sus rentas o asignaciones presupuestarias o retardar injustificadamente sus transferencias; así mismo, por haber violado los Arts. 66 y 78 de la Carta Magna. Finalmente, se dice que la eliminación de la asignación presupuestaria es ilegítima porque a más de contrariar el ordenamiento jurídico, resulta arbitraria al no estar fundamentada como lo dispone el Art. 24 numeral 13 de la normativa constitucional.

**Corte Constitucional, Expediente No. 0212-13-JP:** ¿Se vulnera el derecho a la educación de los ciudadanos ecuatorianos cuando una Universidad pública decide suspender un programa académico por falta de financiamiento?

La Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas resolvió conceder el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría General del Estado y el Rector de la Universidad de Guayaquil e inadmitir la acción de protección propuesta por el actor, porque el acto administrativo impugnado tiene su origen en el ejercicio de las facultades que competen al Consejo Universitario y su impugnación no corresponde ser conocida, ni resuelta por la jurisdicción constitucional.

#### DOCTRINA:

**1.** Carolina Silva Portero (2007), “Las dimensiones positivas del derecho a la educación y el acceso a la información pública”, en “Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad”. PUCE, Quito, p. 43-64:

“Como quedó señalado anteriormente, la obligación de asignar un porcentaje presupuestario para garantizar el derecho a la educación era la medida positiva que se buscaba verificar a través del acceso a la información pública. Para ello, necesitaríamos contar con la información disponible respecto a las asignaciones presupuestarias del gobierno para educación en el año 2007.

En primer lugar, la Constitución Política dispone que la formulación de la pro forma del Presupuesto General corresponde al Presidente de la República, y que, en el ario de su posesión, la pro forma deberá ser presentada hasta el 31 de enero al Congreso y aprobada hasta el 28 de febrero por este organismo. La pro forma presupuestaria contiene asignaciones en materia de salud, educación, vivienda, entre otras, y el valor de dichas asignaciones es información pública por cuanto son datos administrados por el Estado e inciden en el goce de derechos, es decir, afectan a la calidad de la vida de las personas. Por este motivo, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, al regular la difusión de la información pública, dispone que las instituciones del Estado que conforman el sector público difundirán información a través de un portal de información o página web.

Con base en esta disposición, decidimos acceder a la página web del Ministerio de Economía, para encontrar la pro forma del Presupuesto General enviada por el Presidente de la República al Congreso Nacional. En esta página, logramos localizar la pro forma presupuestaria del ario 2007.

La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, al regular la difusión de la información pública, señala que el Congreso Nacional publicará en su página web, los textos completos de todos los proyectos de Ley que sean presentados al Congreso Nacional.

Por este motivo, accedimos a la página web del Congreso Nacional, y encontramos la "Aprobación de la pro forma del Presupuesto General del Estado para el ejercicio económico del 2007". De igual forma, accedimos a la página web de la Presidencia de la República.

Por último, además de la posibilidad de acceder a la información pública a través de un portal de información o página web, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública manifiesta que el interesado/a en acceder a la información pública puede hacerlo mediante solicitud escrita ante el/la titular de la institución en cuestión. Por esta razón, se presentaron peticiones de acceso a la información al Ministerio de Educación y al Ministerio de Economía y Finanzas. En dichas peticiones se solicitaron, al Ministerio de Educación, el monto de las partidas asignadas a educación durante los últimos cinco arios y, al Ministerio de Economía, el monto de los Ingresos Corrientes Totales del Gobierno Central de los últimos cinco años.

Toda la información recopilada por los medios antes descritos, nos permitió establecer la existencia de una violación a un derecho social, y, por tanto, constituyó el factor principal para reconstruir los hechos del caso.

El Presidente de la República envió la Pro forma del Presupuesto General del Estado, correspondiente al año 2007, al Congreso Nacional en virtud de que la Constitución dispone que la formulación del Presupuesto corresponde a la Función Ejecutiva; y, así mismo establece que en el año que se poseione el Presidente, la pro forma deberá ser presentada hasta el 31 de enero al Congreso y aprobada hasta el 28 de febrero por el mismo.

En la pro forma enviada por el Presidente de la República, se establece como Ingresos Corrientes del Gobierno Central el monto total equivalente a USD \$5.218.000.000,00. En esta pro forma, la asignación para el Ministerio de Educación corresponde a USD \$1.290.757.252,68, lo que equivale al 24,73 por ciento de los Ingresos Corrientes del Gobierno Central.

En la Resolución No. 28-044 el Congreso Nacional realizó una reasignación presupuestaria para el sector de la educación de USD \$55.979.929,00, monto que sumado a la asignación presupuestaria inicial del Ejecutivo para este sector, ascendió a un total de USD \$ 1.346.737.181,68. Esta cifra equivalía al 25,80 por ciento de los Ingresos Corrientes del Gobierno Central.

El Presidente Constitucional de la República, mediante Decreto Ejecutivo No. 189, asignó 45 millones de dólares adicionales para educación, con lo que el monto total destinado a esta partida ascendió a USD \$ 1.391.737.181,68 equivalente al 26,67 por ciento de los Ingresos Corrientes del Gobierno Central calculados para este año".

Por tanto, en el presente año, al no haber asignado el 30 por ciento de los ingresos corrientes

totales del gobierno central sino el 26,67 por ciento, el Estado incumplió la obligación de asegurar el mínimo esencial fijado por la Constitución, lo que le provocó un perjuicio al sector de la educación por un monto aproximado de 173 millones de dólares.

Sobre la base de estos hechos y de los fundamentos jurídicos expuestos, se decidió elaborar una demanda de inconstitucionalidad de la Resolución No. R-28-044 mediante la cual el Congreso Nacional aprobó el Presupuesto General del Estado para el año 2007; y del Decreto Ejecutivo No. 189, mediante el cual el Presidente de la República asignó 45 millones de dólares adicionales al presupuesto para el sector de la educación.

Como hemos analizado hasta el momento, los derechos económicos, sociales y culturales entrañan obligaciones que pese a tener una naturaleza positiva, poseen aspectos concretos susceptibles de verificación por los órganos jurisdiccionales. En este sentido, cabe anotar que la exigibilidad de los derechos sociales está subordinada a la definición previa de la conducta debida por el Estado. Por ejemplo, para exigir el logro progresivo de un derecho fundamental como es el derecho a la salud, se debe conocer el estado actual o anterior del goce de dicho derecho. De ahí que la constitucionalización de los derechos sociales en los países de Occidente durante los últimos veinte años constituye, a juicio de Luigi Ferrajoli, la conquista más importante de la civilización jurídica y política del siglo pasado.

Sin embargo, estos *nuevos estándares de verificación judicial*, como son la *progresividad* o los *mínimos esenciales*, plantean dificultades a la hora de ser alegados ante un órgano judicial. Efectivamente, en el ámbito doctrinario se observa que uno de los obstáculos para la exigibilidad judicial de los derechos sociales es la *autorrestricción* del Poder Judicial frente a cuestiones políticas. Es decir, "cuando la reparación de una violación de derechos económicos, sociales y culturales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, o afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas, [...] los jueces suelen considerar tales cuestiones como propias de la competencia de los órganos políticos del sistema".

En el caso del Ecuador, el Tribunal Constitucional se ha restringido de realizar un control judicial respecto de la constitucionalidad de las asignaciones presupuestarias en materia de salud.

En el año 1999, el secretario general del Sindicato Único de Trabajadores (en representación de 14.000 trabajadores de la salud), propuso un amparo constitucional en el que se cuestionaba la constitucionalidad de las reducciones en el Presupuesto de 1999 en perjuicio del sector de la salud. En 1998, la asignación presupuestaria para salud equivalía al 4,09 por ciento del presupuesto total, mientras que en 1999 la asignación correspondía al 3,81 por ciento del presupuesto, es decir, disminuyó. El Tribunal Constitucional negó el amparo argumentando que el Presidente y el Congreso habían cumplido con sus obligaciones constitucionales de procedimiento al elaborar y aprobar el Presupuesto y, por tanto, al no existir violaciones a la Constitución, la aprobación del presupuesto constituía un acto legítimo y constitucional. El Tribunal no realizó un análisis del detrimento en la protección del derecho a la salud, al haberse otorgado una cantidad que constituía una medida regresiva en relación con la asignación del año anterior.

Esta "autorrestricción" tiene su fundamento en el *principio de separación de poderes* que caracteriza a un Estado de Derecho, de manera que cada rama del poder tiene funciones propias y no puede intervenir en el campo que le corresponde a las otras. Por tanto, las decisiones respecto de políticas sociales y públicas — p.ej. la asignación de una determinada cantidad del presupuesto para la compra de medicamentos o los lugares donde serán construidas nuevas escuelas— quedarían a discrecionalidad del poder ejecutivo y legislativo, sin que sean susceptibles de revisión judicial.

Sin embargo, todo paso dado en la tarea de limitación y sujeción al derecho del poder —entendido como las tres funciones del Estado— inevitablemente ha correspondido a un aumento de los espacios de jurisdicción, y con ello la efectiva vigencia de los derechos fundamentales. En este sentido, si bien la misma autorrestricción del Poder Judicial es una dificultad para la exigibilidad de las obligaciones positivas, herramientas como el *acceso a la información pública* nos permiten a todos los titulares de derechos sociales, tener la posibilidad de acceder a las fuentes de información que nos permiten verificar el cumplimiento de obligaciones estatales determinadas, y

de esta forma, acudir ante los órganos judiciales para exigir su cumplimiento.

Este trabajo se propuso bosquejar, a partir de la explicación de las obligaciones positivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, como el acceso a la información pública es una herramienta para hacer justiciables las obligaciones estatales en materia de derechos económicos sociales y culturales; y de esta forma, contribuir a superar los obstáculos que plantea la exigibilidad de estos derechos en nuestro sistema judicial.”

#### SUMARIO DEL COMENTARIO:

*La educación en el presupuesto general del Estado.*

#### COMENTARIO PERSONAL:

La educación en el presupuesto general del Estado.

Junto con la salud, la investigación y los gobiernos locales, la educación, tanto primaria, como secundaria y superior, gozan del privilegio de ser las únicas áreas de inversión pública con la posibilidad de beneficiarse de preasignaciones presupuestarias. Todo esto con la finalidad de que las instituciones relacionadas con la ejecución del mandato constitucional cuenten con suficiente predictibilidad para el cumplimiento de sus obligaciones.

En el año 2002, el entonces Tribunal Constitucional resolvió la inconstitucionalidad de un acto administrativo por el que se redujo el presupuesto de la Universidad del Azuay por la suma de US\$300.000. El Tribunal resolvió *aceptar la acción de amparo constitucional planteada por considerar que se ha violado el Art. 75 de la Constitución que prohíbe a la Función Ejecutiva o sus órganos, autoridades o funcionarios, a consecuencia de la autonomía de las universidades y escuelas politécnicas públicas y privadas, privarles de sus rentas o asignaciones presupuestarias o retardar injustificadamente sus transferencias*. Dispuso además que *la eliminación de la asignación presupuestaria es ilegítima porque a más de contrariar el ordenamiento jurídico, resulta arbitraria al no estar fundamentada*.

A diferencia del artículo 71 de la Constitución de 1998, que disponía 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 actual Constitución se limita a señalar que el sector público de educación contará con preasignaciones presupuestarias, sin indicar su cuantía. Eso sí, la actual Constitución dispone que tales preasignaciones serán predecibles y automáticas.

La eliminación de una referencia a un porcentaje fijo del presupuesto general del Estado que debía ser asignado de manera forzosa al sector educativo, está relacionado con el caso relatado por Carolina Silva Portero en el caso anteriormente citado. Una demanda de inconstitucionalidad fue propuesta ante el entonces Tribunal Constitucional por *no haber asignado el 30 por ciento de los ingresos corrientes totales del gobierno central sino el 26,67 por ciento, el Estado incumplió la obligación de asegurar el mínimo esencial fijado por la Constitución, lo que le provocó un perjuicio al sector de la educación por un monto aproximado de 173 millones de dólares*.



Citando de nuevo a Carolina Silva Portero, *estos nuevos estándares de verificación judicial, como son la progresividad o los mínimos esenciales, plantean dificultades a la hora de ser alegados ante un órgano judicial. Efectivamente, en el ámbito doctrinario se observa que uno de los obstáculos para la exigibilidad judicial de los derechos sociales es la autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas. Es decir, cuando la reparación de una violación de derechos económicos, sociales y culturales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, o afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas, [...] los jueces suelen considerar tales cuestiones como propias de la competencia de los órganos políticos del sistema.*

Por otro lado, es de notar que el sesgo ideológico de los constituyentes del año 2008 omiten una mención equivalente a la siguiente (presente en la ley fundamental del año 1998): *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.* Podemos observar cómo la constitución anterior se aproximaba a la cuestión del financiamiento de la educación desde una perspectiva quizás aconfesional, y no desde una posición laicista más ortodoxa.

# **CAPÍTULO III. ACCESO A LA EDUCACIÓN Y EDUCACIÓN LAICA**

## **CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR**

[Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20-X-2008]

### **TÍTULO II: DERECHOS**

#### **Capítulo segundo: Derechos del buen vivir**

##### **Sección quinta: Educación**

**Art. 28.-** La educación responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos. Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente.

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

**El aprendizaje se desarrollará de forma escolarizada y no escolarizada.**

**La educación pública será universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive.**

##### **GÉNESIS HISTÓRICA:**

**C. (1945)** art. 143§6. La educación oficial es laica y gratuita en todos sus grados. Ni el Estado ni las Municipalidades pueden subvencionar otra educación que ésta; pero los servicios sociales serán suministrados, sin diferencia alguna, a todos los alumnos que los necesiten.

art. 143§7. La educación primaria es obligatoria. En la oficial el Estado proporcionará, sin costo alguno, los materiales escolares necesarios.

**C. (1946)** art. 171§4. La enseñanza primaria y la de artes y oficio, de carácter oficial, son gratuitas; y la primaria, sea oficial o particular, es obligatoria.

art. 171§9. La educación oficial, sea fiscal, provincial o municipal, es laica, es decir, que el Estado como tal no enseña ni ataca religión alguna.

**C. (1967)** art. 33§2. El derecho a la educación incluye el de disponer de iguales oportunidades para desarrollar las dotes naturales en una profesión, arte u oficio, y en el grado o nivel en que encuentre la mejor garantía de bienestar para sí misma, para los que de ella dependen y para el servicio de los demás.

art. 35.- Libertad de educación.- El Estado garantiza la libertad de educación dentro de la moral y de las instituciones democráticas y republicanas.

La educación oficial es laica, o sea que el Estado, como tal, no enseña ni impugna religión alguna.

art. 37.- Obligatoriedad.- La educación elemental y la básica son obligatorias; cuando se impartan en establecimientos oficiales, serán además gratuitas.

**C. (1979)** art. 27§1. La educación es deber primordial del Estado.

art. 27§2. La educación oficial es laica y gratuita en todos sus niveles.

art. 27§7. El Estado garantiza el acceso a la educación de todos los habitantes sin discriminación alguna.

art. 27§9. La educación en el nivel primario y en el ciclo básico del nivel medio es obligatoria.

**C. (1998)** art. 67.- La educación pública será laica en todos sus niveles; obligatoria hasta el nivel básico, y gratuita hasta el bachillerato o su equivalente. (...)

art. 68.- El sistema nacional de educación incluirá programas de enseñanza conformes a la diversidad del país. Incorporará en su gestión estrategias de descentralización y desconcentración administrativas, financieras y pedagógicas. Los padres de familia, la comunidad, los maestros y los educandos participarán en el desarrollo de los procesos educativos.

art. 69.- El Estado garantizará el sistema de educación intercultural bilingüe; en él se utilizará como lengua principal la de la cultura respectiva, y el castellano como idioma de relación intercultural.

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.

#### CONCORDANCIAS:

- (i) Ley Orgánica de Educación Intercultural, art. 2, 4, 5, 54;
- (ii) Ley Orgánica de Educación Superior, arts. 2, 5, 8, 11, 80;
- (ii) Código de la Niñez y Adolescencia, arts. 37.

#### JURISPRUDENCIA:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia del 24 de agosto de 2010:

1. El 3 de julio de 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) presentó, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda contra la República del Paraguay (en adelante “el Estado” o “Paraguay”), a partir de la cual se inició el presente caso. La petición inicial fue presentada ante la Comisión el 15 de mayo de 2001. El 20 de febrero de 2003 la Comisión aprobó el Informe N° 11/032, mediante el cual declaró admisible dicha petición. Posteriormente, el 17 de julio de 2008, aprobó el Informe de Fondo N° 30/083, en los términos del artículo 50 de la Convención, el cual contenía determinadas recomendaciones para el Estado. Este informe fue notificado al Estado el 5 de agosto de 2008. El 2 de julio de 2009 la Comisión, después de analizar varios informes remitidos por el Estado y las observaciones al respecto de los peticionarios, decidió someter el

presente caso a la jurisdicción de la Corte, “en virtud de que no consideró que hubiera un cumplimiento estatal a lo establecido en el Informe de Fondo”. (...)

2. La demanda se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por la supuesta falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek (en adelante la “Comunidad Indígena Xákmok Kásek”, la “Comunidad Xákmok Kásek”, la “Comunidad indígena” o la “Comunidad”) y sus miembros (en adelante “los miembros de la Comunidad”), ya que desde 1990 se encontraría tramitándose la solicitud de reivindicación territorial de la Comunidad, “sin que hasta la fecha se h[ubiera] resuelto satisfactoriamente”. Según la Comisión “[l]o anterior ha significado no sólo la imposibilidad de la Comunidad de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, sino que, por las propias características de la misma, ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazan en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma”.

[...]

209. En cuanto al acceso a servicios de educación, la Comisión alegó que el Relator de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana “constató las precarias condiciones de la escuela donde asisten alrededor de 60 niños y niñas de la Comunidad”. Indicó que la “escuela tiene una superficie aproximada de 25 [m<sup>2</sup>], sin un techo adecuado que proteja de la lluvia y sin piso, no cuenta con escritorios, sillas, ni materiales educativos”. Además, señaló que “los niños y las niñas se ausentan cada vez más de la escuela por falta de alimentos y de agua”. Los representantes coincidieron con los hechos alegados por la Comisión y adicionaron que “la enseñanza se imparte en guaraní y en castellano y no en sanapaná o enxet, los idiomas de los miembros de la Comunidad”.

210. El Estado indicó que había entregado “materiales didácticos y merienda escolar [a través del] Ministerio de Educación”, y que tiene un “plan de construcción de una escuela en el asiento de la Comunidad, una vez finalizados los trámites de escrituración de tierras”. Sostuvo que realizó un “refuerzo de mobiliarios” en la Escuela Básica Dora Kent de Eaton. Asimismo, del acervo probatorio se desprende que el 26 de octubre de 2009 se realizó una jornada de capacitación docente para maestros que se encuentran trabajando en las escuelas de varias Comunidades, entre ellas Xákmok Kásek, y la Dirección General de Educación Escolar Indígena concluyó que “los docentes cuentan la gran necesidad de seguir capacitándose, en trabajar en la recuperación de la lengua y la revitalización de la cultura”.

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

212. En el presente caso, el señor Maximiliano Ruíz, docente en la Comunidad, señaló que hay “85 alumnos [...] mayor parte [pertenecientes a la etnia] Sanapaná, pero se enseña el programa del Ministerio de Educación”. Indicó que existe deserción escolar por la situación en que se encuentran. A pesar de que el señor Maximiliano Ruíz reconoció que el Estado da “meriendas escolares”, indicó que estas son esporádicas y no mensuales.

213. De la prueba recaudada, la Corte observa que si bien algunas condiciones en cuanto a la prestación de la educación por parte del Estado han mejorado, no existen instalaciones adecuadas

para la educación de los niños. El propio Estado anexó un conjunto de fotos donde se observa que las clases se desarrollan bajo un techo sin paredes y al aire libre. Igualmente no se asegura por parte del Estado ningún tipo de programa para evitar la deserción escolar.

214. En suma, este Tribunal destaca que la asistencia estatal brindada a raíz del Decreto N° 1830 de 17 de abril de 2009 no ha sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad que dicho Decreto comprobó existían en la Comunidad Xákmok Kásek.

215. Esta situación de los miembros de la Comunidad está estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria. Así lo indicó Marcelino López, líder de la Comunidad, “[s]i tenemos nuestra tierra también va a mejorar todo y sobre todo vamos a poder vivir abiertamente como indígenas, de lo contrario será muy difícil vivir”.

216. Debe tenerse en cuenta en este punto que, tal y como lo afirma el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, “la pobreza limita gravemente, en la práctica, la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad y, lo que es más grave, afecta seriamente su esperanza en el porvenir y su capacidad para el disfrute efectivo de su propia cultura”.

217. En consecuencia, la Corte declara que el Estado no ha brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en estas condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo determinado de personas, lo que constituye una violación del artículo 4.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de todos los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Suárez Peralta vs. Ecuador, Sentencia del 21 de mayo de 2013:

33. La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, deriva de la propia Convención Americana, instrumento que representa el corazón del Sistema Interamericano y constituye el principal objeto de “aplicación e interpretación” de la Corte IDH, teniendo competencia “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes” del Pacto de San José.

34. Al pensar sobre las implicaciones del derecho a la salud, es necesaria una reevaluación interpretativa del Artículo 26 de la Convención Americana, única norma de dicho Pacto que se refiere “a 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”, partiendo de que el Tribunal Interamericano ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones, entre los cuales se encuentra dicha disposición convencional.

35. Además, el artículo 26 está dentro de la Parte I (Deberes de los Estados y Derechos Protegidos) de la Convención Americana y, por lo tanto, le es aplicable las obligaciones generales de los Estados previstas en los artículos 1.1 y 2 del mismo Pacto, como fue reconocido por el propio Tribunal Interamericano en el Caso Acevedo Buendía Vs. Perú<sup>68</sup>. Existe, sin embargo, una aparente tensión interpretativa con los alcances que deben darse al artículo 26 del Pacto de San

José en relación con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que limita la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a sólo a ciertos derechos.

[...]

48. La posibilidad de utilizar el Protocolo de San Salvador para definir los alcances de la protección del derecho a la salud contenido en el artículo 26 de la Convención Americana no sería extraña en la jurisprudencia de la Corte IDH, como tampoco lo es la utilización de otras fuentes internacionales o los Indicadores de Progreso de la OEA para medición de derechos contemplados en el mismo Protocolo, para precisar diferentes obligaciones del Estado en la materia. En efecto, este ejercicio lo hizo la Corte IDH en el Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay, en el que expresamente manifestó que para fijar el contenido y alcances del artículo 19 del Pacto de San José, tomaría en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo de San Salvador, en tanto dichos instrumentos internacionales forman parte de un muy comprensivo corpus iuris internacional de protección de los niños.

49. De igual forma, en el Caso de la Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay, al analizar si el Estado generó las condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas, la Corte optó por interpretar el artículo 4 de la Convención Americana a la luz del corpus iuris internacional sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidad indígenas. Entre otros, mencionó los artículos 26 del mismo Pacto de San José, así como los artículos 10 (derecho a la salud), 11 (derecho a un medio ambiente sano), 12 (derecho a la alimentación), 13 (derecho a la educación), y 14 (derecho a los beneficios de la cultura) del Protocolo de San Salvador (DESC), y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT. La Corte también observó lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General No. 1487.

[...]

50. Otro ejemplo lo constituye el Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay, en el que la Corte IDH inclusive profundizó en el análisis para determinar que la asistencia estatal brindada por el Estado en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en que se encontraba la Comunidad. Para su determinación, el Tribunal Interamericano evaluó dicha prestación en apartados específicos a cada rubro, a la luz de los principales estándares internacionales en la materia y las medidas adoptadas por el Estado, utilizando las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

[...]

56. Como se puede apreciar de estos ejemplos de la jurisprudencia interamericana, ha sido una práctica reiterada de la Corte IDH utilizar distintos instrumentos y fuentes internacionales más allá del Pacto de San José para definir los contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos previstos en la Convención Americana y precisar las obligaciones de los Estados, en tanto dichos instrumentos y fuentes internacionales forman parte de un muy comprensivo corpus iuris internacional en la materia, utilizando, también el Protocolo de San Salvador. La posibilidad de utilizar el Protocolo de San Salvador para darle contenido y alcances a los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la misma es viable conforme lo ha venido realizando el Tribunal Interamericana para dotar de contenido a muchos derechos convencionales

utilizando distintos tratados y fuentes distintos del Pacto de San José. De ahí que también podría utilizarse el Protocolo de San Salvador, junto con otros instrumentos internacionales, para establecer el contenido y alcances del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana.

#### DOCTRINA:

1. Carolina Silva Portero, "Las dimensiones positivas del derecho a la educación y el acceso a la información pública", en "Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad". PUCE, Quito, 2007, p. 45-50: "En nuestra Constitución, al igual que en los distintos instrumentos internacionales, el derecho a la educación está incluido dentro de la categoría de derechos económicos, sociales y culturales". La posición oficial con relación al "status jurídico", tanto de los derechos civiles como de los derechos sociales, es que "todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí".

De igual forma, en el ámbito doctrinario, se sostiene que no existen obligaciones de los Estados que corresponden a una determinada categoría de derechos, por el contrario, existen obligaciones comunes a todos los derechos humanos". En concordancia con lo dicho, doctrinariamente se ha sostenido que existen cuatro niveles de obligaciones estatales correlativas a los derechos humanos, tanto civiles como sociales, y que consisten en: respetar, proteger, garantizar y promover.

Así mismo, la Convención Americana de Derechos Humanos al reconocer derechos humanos fundamentales, al mismo tiempo incluye obligaciones estatales para proteger dichos derechos". Estas obligaciones son las de *respetar y garantizar*. De manera general, se puede establecer que la obligación de respeto es de naturaleza negativa ya que corresponde a un "no hacer" por parte del Estado, "una prohibición absoluta y definitiva al abuso de poder por parte del Estado"<sup>49</sup>; mientras que la obligación de garantizar es de naturaleza positiva ya que requiere que los Estados adopten medidas afirmativas o positivas para satisfacer el derecho en cuestión".

La satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales está identificada tanto con la obligación de respetar como con la *obligación de garantizar*. Enfatizaremos en esta última, en virtud de que la prestación estatal representa una de las formas más importantes para asegurar estos derechos. En este contexto, la prestación estatal constituye también una *obligación de hacer* y por tanto una *obligación positiva* para el Estado. No obstante, insistimos, resulta claro que la obligación de garantizar un derecho es común tanto a derechos civiles como a derechos sociales, los cuales no se caracterizan por medio de las distinciones entre obligaciones negativas/obligaciones positivas.

Las medidas positivas que se derivan de la obligación de garantizar, encuentran su fundamento en el artículo 2 de la Convención Americana, el cual establece la obligación del Estado de "adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Concretamente, en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado está obligado a *hacer* o a *brindar prestaciones positivas*: proveer servicios de salud, asegurar los sistemas de educación, diseñar programas de vivienda, entre otras medidas.

Resulta claro que llevar a cabo este tipo de medidas positivas supone la erogación de recursos estatales. Por sí misma, la destinación de recursos por parte de la Administración para la satisfacción de necesidades básicas, no agota la obligación de garantizar derechos sociales. Como analizaremos a continuación, existen obligaciones jurídicas concretas respecto de la obligación general de garantizar, que deben verificarse al momento de adoptar medidas, como las asignaciones presupuestarias, por parte del Estado.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU ha señalado 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". En el mismo sentido, Danilo Türk, relator Especial de la ONU, ha afirmado sobre la realización de los derechos sociales que "los Estados están obligados, sin importar su nivel de desarrollo económico, a asegurar el respeto por los derechos de subsistencia mínima para todos"

Al respecto, los *Principios de Limburgo*, los cuales fijan lineamientos para interpretar derechos sociales, establecen que existe una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Estos principios admiten que el cumplimiento de la obligación de garantizar contenidos mínimos está supeditado a la limitación de recursos, pues las medidas deben tomarse hasta el máximo de los recursos de que se disponga. No obstante, el no cumplimiento de las obligaciones mínimas puede atribuirse a la falta de recursos sólo si se demuestra que se ha realizado todo esfuerzo para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición.

Respecto del derecho a la educación, el Comité Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU sostiene que la obligación mínima de los Estados comprende el velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna; proporcionar enseñanza primaria universal y aplicar una estrategia nacional de educación que abarque la enseñanza secundaria, superior y fundamental; y, velar por la libre elección de la educación sin la intervención del Estado ni de terceros. A esto hay que agregar que uno de los parámetros para identificar un contenido esencial de un derecho social es, como sostiene Víctor Abramovich, el grado de protección ya alcanzado por un determinado sistema jurídico.

En el caso del Ecuador, esta obligación mínima se adoptó como norma constitucional, la cual fija 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". Esta asignación presupuestaria constitucional reflejó la voluntad y capacidad del Estado de fijar mediante una norma el contenido esencial del derecho a la educación en materia de presupuesto."

2. Najas, R. T., & Soasti, G. (2006). La educación laica y el proyecto educativo velasquista en el Ecuador, 1930-1950. Procesos. Revista ecuatoriana de historia, 1(23), 39-55:

El proceso de reforma educativa integral que viene experimentando el Ecuador en estos últimos años ha dado lugar a un debate inevitable y necesario sobre aspectos pedagógicos y curriculares y, de alguna manera, ha despertado en algunos sectores el interés por rastrear en la historia las tendencias educativas, las políticas, los actores, en fin, los diversos elementos que intervinieron en la configuración de la estructura actual del sistema educativo y de cómo las formas se han moldeado en las prácticas en educación. Este tipo de reflexión resulta de gran importancia para orientar las iniciativas de reforma en el debate contemporáneo, puesto que iluminan sobre los factores históricos que, entre otras cosas, determinan resistencias o potencialidades de cambio. De todas maneras, la reflexión sobre temas relacionados con la historia de la educación apenas comienza. Y no debe extrañar que los escasos trabajos que existen se hayan ubicado entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX, época que, precisamente, se convierte en escenario del proceso de constitución de un sistema educativo público. La primera gran contribución en este sentido es la de Gabriela Ossenbach con su trabajo sobre el papel de la educación en la consolidación del estado nacional, entre 1870 y 1900. La atención que ha merecido, por su parte, el desarrollo de la educación laica, tiene también que ver con su vinculación al gran tema de la gesta liberal en el Ecuador. Los ciento cincuenta años de la Revolución Liberal (1895-1995) inspiraron recientemente un análisis sobre el laicismo, que sale de la esfera de los trabajos de tono reivindicativo que se publicaron en su defensa en la primera mitad del siglo. El presente estudio aborda la situación de la educación laica instaurada por la Revolución Liberal



en el contexto de los dos primeros gobiernos de Velasco Ibarra, político cuya influencia ha sido gravitante en la historia del Ecuador contemporáneo. Para ilustrarlo, basta señalar que, entre las décadas del treinta al setenta accedió al poder presidencial en cinco ocasiones (1934-1935, 1944-1947, 1952-1956, 1968-1970, 1970-1972) y protagonizó dos golpes dictatoriales. Partimos de la consideración de que la vertiente de la educación laica sienta las bases de una suerte de cultura pedagógica o, por lo menos, de un patrón de prácticas pedagógicas en el Ecuador, inspirada en los principios del normalismo, que es la puerta de entrada del proceso de institucionalización de la educación pública. De hecho, de allí en adelante, la reivindicación de las premisas pedagógicas normalistas no ha dejado de estar presente como un tema central tanto del pensamiento como de las políticas educativas que se han desarrollado en el presente siglo, demostrando con ello que salieron ilesas de la confrontación que la educación laica y la educación confesional mantuvieron a lo largo de la primera mitad del siglo XX. Precisamente fue en el marco adverso del velasquismo, durante los años treinta y cuarenta, que la educación laica demostró su vigor intelectual y su solidez institucional, pese a que para entonces -y siendo aún laica la enseñanza oficial- ya no estaba articulada a un proyecto de Estado como en los albores del liberalismo y tuvo que enfrentar en términos más duros la competencia de su vieja contrincante, la educación particular religiosa. Y aunque Velasco Ibarra planteó un esquema de convivencia para ambas, de hecho arremetió contra la "politización" de la enseñanza laica y defendió la "libertad de enseñanza", esta vez en favor de la educación confesional. Al parecer, en ese contexto la educación laica sobrevivió gracias al soporte institucional adquirido mediante el triunfo del Estado liberal, la consiguiente expansión burocrática del Ministerio de Instrucción Pública y la consolidación del magisterio nacional laico.

#### SUMARIO DEL COMENTARIO:

*I. Acceso a la educación. II. Educación laica.*

#### COMENTARIO PERSONAL:

##### I. Acceso a la educación

El artículo 28 de la Constitución consagra la garantía de acceso a la educación con el siguiente texto: “[...] *Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente.* [...]”

A continuación, el legislador ecuatoriano buscó el desarrollo del mandato constitucional, en particular, me referiré a las secciones más relevantes de la Ley Orgánica de Educación Intercultural (en adelante la **LOEI**):

“Art. 1.- **Ámbito.- La presente Ley garantiza el derecho a la educación, determina los principios y fines generales que orientan la educación ecuatoriana en el marco del Buen Vivir, la interculturalidad y la plurinacionalidad; así como las relaciones entre sus actores. Desarrolla y profundiza los derechos, obligaciones y garantías constitucionales en el ámbito educativo y establece las regulaciones básicas para la estructura, los niveles y modalidades, modelo de gestión, el financiamiento y la participación de los actores del Sistema Nacional de Educación.** [...]”

Art. 2.- **Principios.- La actividad educativa se desarrolla atendiendo a los siguientes principios generales, que son los fundamentos filosóficos,**

*conceptuales y constitucionales que sustentan, definen y rigen las decisiones y actividades en el ámbito educativo:*

*a. **Universalidad.- La educación es un derecho humano fundamental y es deber ineludible e inexcusable del Estado garantizar el acceso, permanencia y calidad de la educación para toda la población sin ningún tipo de discriminación. Está articulada a los instrumentos internacionales de derechos humanos; [...]***

*Art. 4.- Derecho a la educación.- **La educación es un derecho humano fundamental garantizado en la Constitución** de la República y condición necesaria para la realización de los otros derechos humanos. [...]*

*Art. 5.- La educación como obligación de Estado.- **El Estado tiene la obligación ineludible e inexcusable de garantizar el derecho a la educación**, a los habitantes del territorio ecuatoriano y su acceso universal a lo largo de la vida, para lo cual generará las condiciones que garanticen la igualdad de oportunidades para acceder, permanecer, movilizarse y egresar de los servicios educativos. El Estado ejerce la rectoría sobre el Sistema Educativo a través de la Autoridad Nacional de Educación de conformidad con la Constitución de la República y la Ley. [...]"*

De las normas anteriormente transcritas, podemos observar de manera más clara la forma en la que el legislador ha interpretado la garantía de acceso a la educación al momento de instrumentar o ejecutar su mandato de elaboración de normas positivas más detalladas.

Se afirma que la LOEI “garantiza”, “desarrolla y profundiza” las garantías constitucionales. Por otro lado, la LOEI se refiere a la educación como un “derecho humano fundamental”, y que manifiesta que el Estado “tiene la obligación ineludible e inexcusable de garantizar el derecho a la educación”. Esta última afirmación contendría lo más parecido a la articulación de una garantía efectiva, es decir, se entiende la garantía como una obligación de procurar acceso a la educación de manera ineludible e inexcusable.

Como sucede con todos los derechos programáticos, vemos que la obligación del Estado es relativa en función de las características de la persona, grupo o colectivo que solicita la tutela de los mismos.

En el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay la Corte IDH, en una decisión en la que condena al Estado paraguayo, manifiesta que “[e]n cuanto al acceso a servicios de educación, la Comisión alegó que el Relator de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana constató las precarias condiciones de la escuela donde asisten alrededor de 60 niños y niñas de la Comunidad. Indicó que la escuela tiene una superficie aproximada de 25 [m2], sin un techo adecuado que proteja de la lluvia y sin piso, no cuenta con escritorios, sillas, ni materiales educativos. Además, señaló que los niños y las niñas se ausentan cada vez más de la escuela por falta de alimentos y de agua. Los

*representantes coincidieron con los hechos alegados por la Comisión y adicionaron que la enseñanza se imparte en guaraní y en castellano y no en sanapaná o enxet, los idiomas de los miembros de la Comunidad”.*

Se puede apreciar que los esfuerzos de un Estado en particular, deben procurar el acceso a la educación no sólo a través de planes uniformes de inversión mínima, sino que de satisfacer ciertos requerimientos aceptables en cuanto a la infraestructura de las unidades educativas, otros aspectos, tales como la cultura y el lenguaje de los ciudadanos tutelados por el poder estatal.

En la misma decisión judicial referida, vemos cómo las condiciones socioeconómicas de los ciudadanos también pueden requerir una aproximación diferenciada del Estado para garantizar de manera efectiva el acceso a la educación: *“Debe tenerse en cuenta en este punto que, tal y como lo afirma el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, “la pobreza limita gravemente, en la práctica, la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad y, lo que es más grave, afecta seriamente su esperanza en el porvenir y su capacidad para el disfrute efectivo de su propia cultura”.*

Como bien ha identificado Carolina Silva, *“las medidas positivas que se derivan de la obligación de garantizar, encuentran su fundamento en el artículo 2 de la Convención Americana, el cual establece la obligación del Estado de “adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Concretamente, en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado está obligado a hacer o a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar los sistemas de educación, diseñar programas de vivienda, entre otras medidas.”*

## II. Educación laica

Además de garantizar el acceso a la educación, el artículo 28 la Constitución garantiza asimismo una de las cualidades o características que deberá tener esta educación, la laicidad: *“[...] La educación pública será universal y laica en todos sus niveles [...].”*

En este sentido, la Ley Orgánica de Educación Intercultural se refiere a esta cuestión en las siguientes normas:

*“Art. 4.- [...] Son titulares del derecho a la educación de calidad, laica, libre y gratuita en los niveles inicial, básico y bachillerato, así como a una educación permanente a lo largo de la vida, formal y no formal, todos los y las habitantes del Ecuador. [...]*

*Art. 5.- [...] El Estado garantizará una educación pública de calidad, gratuita y laica.”*

La obligación del Estado de materializar el acceso a la educación, como vimos anteriormente, no descansa exclusivamente en el cumplimiento de estándares de infraestructura o relacionados con la calidad de los muebles o útiles escolares empleados, ni siquiera se termina con la calidad de los educadores, sino que comprende además a obligación de garantizar que la educación sea laica. Empezando por el hecho de que el propio término está sujeto a una serie de interpretaciones, desde el principio de la historia ecuatoriana ha sido fuente de controversia.

Quisiera analizar a continuación el próximo pasaje, tomado de la obra de Najas y Soasti: *“Precisamente fue en el marco adverso del velasquismo, durante los años treinta y cuarenta, que la educación laica demostró su vigor intelectual y su solidez institucional, pese a que para entonces -y siendo aún laica la enseñanza oficial- ya no estaba articulada a un proyecto de Estado como en los albores del liberalismo y tuvo que enfrentar en términos más duros la competencia de su vieja contrincante, la educación particular religiosa. Y aunque Velasco Ibarra planteó un esquema de convivencia para ambas, de hecho arremetió contra la "politización" de la enseñanza laica y defendió la "libertad de enseñanza", esta vez en favor de la educación confesional. Al parecer, en ese contexto la educación laica sobrevivió gracias al soporte institucional adquirido mediante el triunfo del Estado liberal, la consiguiente expansión burocrática del Ministerio de Instrucción Pública y la consolidación del magisterio nacional laico”*. ¿Qué significa sin embargo el concepto de laico, o de laicidad? Lo explico más adelante.

Uno de los máximos exponente del budismo, el Dalái Lama, ha dicho que la compasión y el afecto son valores humanos independientes de la religión, que necesitamos estos valores humanos. Llama a esto ética laica, creencias seculares. Según él, no hay relación con ninguna religión en particular. Incluso sin la religión, incluso como no creyentes, los humanos tenemos la capacidad de promover estas cosas.

*“Respecto de esa dificultad para determinar qué significa la laicidad o el Estado laico, valga una breve digresión. Friedrich von Hayek advertía sobre la perversión del lenguaje en lo que él llamó “palabras-comadreja”. Inspirado en viejo mito nórdico que atribuye a la comadreja capacidad de succionar el contenido de un huevo sin quebrar su cáscara, Hayek advertía de la posibilidad de dejar vacías las palabras, de despojarlas de su significado, dejando tan sólo en pie el significante.*

*Algo así sucede con la palabra laicidad. Veamos por qué. En Francia, por ejemplo, se produce un movimiento de matización y se habla de una laïcité du combat para designar la trasnochada e intolerante laicidad francesa, frente a una laïcité ouverte que se pretendería en la actualidad. Turquía, por su parte, representaría una laicidad de rompeolas frente al avance del fundamentalismo islámico. En Italia, ante la dificultad de aplicar una laicidad decimonónica de corte francés, en los ambientes académicos universitarios se estima necesaria la labor de ripensare la laicità. O, sencillamente, ante su multivocidad rayana en la equivocidad política, se considera que la laicidad podría terminar siendo sencillamente un “concepto jurídico inútil”. Si*

*acudimos a otro frente distinto, el del concepto adjetivado de “laicidad positiva”, la confusión se mantiene. Porque el concepto de laicidad positiva es empleado igualmente por Benedicto XVI, cuando afirma en una carta al Senador Marcello Pera -retomando en parte la terminología de Pío XII- que «un Estado sanamente laico también tendrá que dejar lógicamente espacio en su legislación a esta dimensión fundamental del espíritu humano. Se trata, en realidad, de una “laicidad positiva”, que garantice a cada ciudadano el derecho de vivir su propia fe religiosa con auténtica libertad, incluso en el ámbito público». [...]*

*Siguiendo a Dalla Torre, encontraremos entonces que hay varias formas de aproximación al concepto laicidad, algunas incluso incompatibles entre sí. En algunos casos, laicidad equivaldría a laicismo, una posición no tanto jurídica cuanto ideológica, en la que la laicidad es concebida como contraposición entre religión (una suerte de fábula, mito, superstición) frente a la razón (que estaría representada por la ciencia experimental y la técnica en su imparable avance), entre dogma (de formulación rígida, indiscutible e inmodificable) y relativismo, entre tradicionalismo e innovación. Otra forma de aproximación a la laicidad es entenderla como equivalente a la aconfesionalidad, en el sentido de designar que el Estado no tiene una religión oficial a la que protege. Un concepto más de laicidad, de raíces sociológicas, hace referencia al proceso de secularización. Es igualmente asimilable al concepto de laicidad el de neutralidad del Estado; aquí se designa entonces el rechazo del Estado de reconocerse sometido a normas extrañas a él mismo –como los derechos humanos- o superiores -como el derecho natural. Bajo esta formulación, una suerte de positivismo ético da paso al Estado ético, más o menos totalitario, productor de valores sociales que se han de compartir. [...]* [Citas internas omitidas] (Rafael Palomino, *Laicidad, laicismo, ética pública: Presupuestos en la elaboración de políticas para prevenir la radicalización violenta*, Athena Intelligence Journal Vol. 3, No. 4, 2008, pp. 77-97).

A efectos de definir los contenidos de la educación laica que el Estado está obligado a garantizar, observamos que los poderes estatales encargados de interpretar y ejecutar el mandato constitucional deben escoger entre una aproximación dogmática y recalcitrante cuyos orígenes se remontan a la Revolución Francesa, el laicismo, y una aproximación más democrática y conciliadora, que muchas veces adopta la forma de la aconfesionalidad del Estado. Bajo esta segunda conceptualización de la laicidad, el Estado participa y contribuye con el desarrollo de la vida religiosa de sus ciudadanos, sin imponer realmente el contenido de los valores que se imparten a los educandos.

# **CAPÍTULO IV. ANÁLISIS ORGÁNICO INSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR**

## **CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR**

[Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20-X-2008]

### **TÍTULO VII: RÉGIMEN DEL BUEN VIVIR**

#### **Capítulo primero: Inclusión y equidad**

##### **Sección Primera: Educación**

**Art. 351.- El sistema de educación superior estará articulado al sistema nacional de educación y al Plan Nacional de Desarrollo; la ley establecerá los mecanismos de coordinación del sistema de educación superior con la Función Ejecutiva. Este sistema se regirá por los principios de autonomía responsable, cogobierno, igualdad de oportunidades, calidad, pertinencia, integralidad, autodeterminación para la producción del pensamiento y conocimiento, en el marco del diálogo de saberes, pensamiento universal y producción científica tecnológica global.**

#### **GÉNESIS HISTÓRICA:**

**C. (1812)** Art. 23.- Toca también al Poder Ejecutivo el desempeño del Gobierno económico en todos los Ramos de la Administración Pública y de Hacienda y de Guerra que hasta el día han estado a cargo de los Presidentes igualmente que la protección de todos los Ramos de industria, educación y prosperidad pública, y de todos los establecimientos dirigidos a este fin.

**C. (1830)** Art. 26.- Las atribuciones del Congreso son: (...) 7. Promover la educación pública. (...)

**C. (1835)** Art. 43.- Las atribuciones del Congreso son: (...) 8. Promover y fomentar la educación pública, y el progreso de las ciencias y de las artes; (...).

**C. (1843)** Art. 37.- Son atribuciones del Congreso: (...) 6. Promover, y fomentar la educación pública, y el progreso de las ciencias y artes; (...).

Art. 52.- Son atribuciones de la Comisión permanente: (...) 14. Promover, y fomentar la educación pública, el progreso de las ciencias y artes, el arreglo y adelantamiento de las misiones, casas de beneficencia, y demás establecimientos públicos, haciendo al efecto al Poder Ejecutivo las indicaciones convenientes. (...)

Art. 81.- Los Gobernadores con dictamen del Concejo provincial y en observancia de las leyes vigentes podrán expedir, y hacer ejecutar decretos: 1o. sobre fomento de la educación primaria, y secundaria; (...).

**C. (1845)** Art. 42.- Son atribuciones del Congreso: (...)

11. Formar planes generales de enseñanza para todo establecimiento de educación e instrucción pública;

12. Promover y fomentar la educación pública y el progreso de las ciencias y de las artes, concediendo con este objeto, por tiempo limitado privilegios exclusivos o las ventajas e indemnizaciones convenientes para la realización o mejora de empresas u obras públicas interesantes a la Nación, o para el establecimiento de artes o industrias desconocidas en el Ecuador. (...)

**C. (1851)** Art. 31.- Son atribuciones de la Asamblea Nacional: (...) 25. Promover y fomentar la educación pública. (...)

**C. (1852)** Art. 40.- Son atribuciones del Congreso: (...)

11. Formar planes generales de enseñanza para todo establecimiento de educación e instrucción pública;

12. Promover y fomentar la educación pública, el progreso de las ciencias y de las artes, concediendo con este objeto, por tiempo limitado privilegios exclusivos, o las ventajas e indemnizaciones convenientes para la realización o mejora de empresas u obras públicas interesantes a la Nación, o para el establecimiento de artes o industrias desconocidas en el Ecuador. (...)

**C. (1861)** Art. 39.- Son atribuciones del Congreso: (...)

11. Formar leyes generales de enseñanza para los establecimientos de educación o instrucción pública;

12. Promover y fomentar la educación pública y el progreso de las ciencias y las artes, concediendo con este objeto y por tiempo limitado privilegios exclusivos o las ventajas o indemnizaciones convenientes; promover las empresas, fomentar los descubrimientos y favorecer las mejoras útiles que deban introducirse en la República. (...)

Art. 96.- Habrá Municipalidades provinciales, cantonales y parroquiales. La ley determinará sus atribuciones en todo lo concerniente a la policía, educación e instrucción de los habitantes de su localidad, sus mejoras materiales, recaudación, manejo e inversión de las rentas municipales, fomento de los establecimientos públicos y demás objetos y funciones a que deban contraerse.

**C. (1869)** Art. 35.- Son atribuciones del Congreso: (...)

11. Dar leyes generales de enseñanza para los establecimientos de educación o instrucción pública;

Art. 83.- Habrá Municipalidades en todas las capitales de cantón, y serán presididas por los Jefes Políticos. La ley determinará sus atribuciones en todo lo concerniente a la policía, educación e instrucción de los habitantes, de la localidad, sus mejoras materiales, recaudación, manejo e inversión de las rentas municipales, fomento de los establecimientos públicos y demás objetos y funciones a que deban contraerse.

**C. (1878)** Art. 47.- Son atribuciones del Congreso: (...)

15. Dictar leyes generales de enseñanza para los establecimientos de educación o instrucción pública;

Art. 104.- Para la administración de los intereses seccionales habrá Cámaras provinciales en los lugares que determine la ley, y Municipalidades en todos los cantones, sin más dependencia que la establecida por ella o por la Constitución. La ley determina sus atribuciones en todo lo concerniente a la policía, educación e instrucción de los habitantes de la localidad, mejoras materiales, creación, recaudación, manejo e inversión de sus rentas, fomento de los establecimientos públicos y demás objetos a que deban contraerse.

**C. (1884)** Art. 118.- Para la administración de los intereses seccionales, habrá Municipalidades. La ley determinará su organización y atribuciones en todo lo concerniente a la educación e instrucción de los habitantes de la localidad; policía; mejoras materiales; creación, recaudación, manejo e inversión de las rentas; fomento de los establecimientos públicos, y más objetos de su incumbencia.

**C. (1897)** Art. 36.- La enseñanza es libre; en consecuencia, cualquiera puede fundar establecimientos de educación e instrucción, sujetándose a las leyes respectivas.

Art. 65.- Son atribuciones del Congreso: (...) 13. Dictar leyes generales de enseñanza para los establecimientos de educación e instrucción pública. (...)

Art. 122.- Para la administración de los intereses seccionales, habrá Municipalidades. La ley determinará su organización y atribuciones en todo lo concerniente a la educación e instrucción de los habitantes de la localidad; policía; mejoras materiales; creación, recaudación, manejo e inversión de las rentas; fomento de los establecimientos públicos y más objetos a que deban atender.

**C. (1906)** Art. 54.- Son atribuciones y deberes del Congreso: (...)

13. Decretar leyes generales de enseñanza para los establecimientos de educación e instrucción pública. (...)

Art. 113.- Para la administración de los intereses seccionales habrá Municipalidades. La ley determinará su organización y atribuciones, en todo lo concerniente a la educación e instrucción de los habitantes de la localidad; policía y mejoras materiales; creación, recaudación, manejo e inversión de las rentas del Municipio; fomento de los establecimientos públicos y más objetos a que deban atender.

**C. (1929)** Art. 48.- Sus atribuciones y deberes son [del poder legislativo] (...) 15. Dictar leyes generales de enseñanza para los establecimientos de educación pública. (...)

**C. (1945)** Art. 143.- La educación constituye una función del Estado.

Se garantiza la educación particular, ajustada a las leyes y a los reglamentos y programas oficiales.

(...)

El Estado y las Municipalidades cuidarán de eliminar el analfabetismo y estimularán la iniciativa privada en este sentido. (...)

**C. (1946)** Art. 171.- (...) La educación de los hijos es deber y derecho primario de los padres o de quienes los representen. El Estado vigilará el cumplimiento de ese deber y facilitará el ejercicio de este derecho.

Art. 173.- El Estado fundará y mantendrá establecimientos especiales de enseñanza gratuita, de artes, oficios, comercio, agricultura y demás medios de trabajo remunerado, que serán, a la vez, de educación moral y cívica. En las escuelas y colegios se cultivarán, en secciones especiales de enseñanza objetiva, las aptitudes de los alumnos para el trabajo lucrativo.

En los establecimientos oficiales de instrucción primaria y de artes y oficios, el Estado suministrará gratuitamente los útiles necesarios para el aprendizaje a los alumnos que carecieren de ellos.

**C. (1967)** Art. 33.- Derecho a la educación.- El Estado garantiza el derecho a una educación que capacite a la persona para vivir dignamente, bastarse a sí misma y ser útil a la comunidad. (...)

Art. 34.- Parte del Estado, los padres y otras entidades.- El Estado suministrará y regulará la educación. Es deber y derecho de los padres educar a los hijos, y podrán escoger, en consecuencia, la índole de educación que habrá de dárseles.



Compete al Estado dictar las leyes, reglamentos y programas a los cuales se ajustarán la educación fiscal, municipal y particular, propendiendo a la coherente unidad del proceso educativo.

**C. (1979) Art. 27.-** La educación es deber primordial del Estado.

(...)

Los consejos provinciales y las municipalidades pueden colaborar para los mismos fines.

**C. (1998) Art. 66.-** 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.

Art. 68.- El sistema nacional de educación incluirá programas de enseñanza conformes a la diversidad del país. Incorporará en su gestión estrategias de descentralización y desconcentración administrativas, financieras y pedagógicas. Los padres de familia, la comunidad, los maestros y los educandos participarán en el desarrollo de los procesos educativos.

Art. 70.- La ley establecerá órganos y procedimientos para que el sistema educativo nacional rinda cuentas periódicamente a la sociedad sobre la calidad de la enseñanza y su relación con las necesidades del desarrollo nacional.

Art. 79.- Para asegurar los objetivos de calidad, las instituciones de educación superior estarán obligadas a la rendición social de cuentas, para lo cual se establecerá un sistema autónomo de evaluación y acreditación, que funcionará en forma independiente, en cooperación y coordinación con el Consejo Nacional de Educación Superior.

#### CONCORDANCIAS:

Arts. 11, 14, 15, 16 Ley Orgánica de Educación Superior.

#### JURISPRUDENCIA:

N/A

#### DOCTRINA:

René Ramírez y Analía Minteguiaga, *Transformaciones en la Educación Superior Ecuatoriana: antecedentes y perspectivas futuras como consecuencia de la nueva constitución política*, Revista Educación Superior y Sociedad, Quito, 2009, pp. 138-151:

“La autonomía desde la lógica del gobierno del sistema podría parecer una excelente propuesta en el marco del respeto de la autonomía de las instituciones universitarias y de un contexto de crecimiento acelerado del campo. El problema resultó cuando dicha nueva autonomía se conformó a partir del gobierno reducido de un grupo de rectores, que bajo una lógica corporativa dejó de observar el interés general del sistema y la sociedad ecuatoriana. Asimismo, por esta razón fue trocando hacia una autarquía al romper las necesarias conexiones que debieran existir con la colectividad y las necesidades de desarrollo del país. Esta situación devino en un gravoso aislamiento y en la incapacidad para regular eficazmente el sistema, es decir en una imposibilidad para autorregularse. Un ejemplo claro de esto se demostró en el hecho de que un patrocinador, fundador y ex rector de una universidad particular que estuvo intervenida durante 5 años por denuncias de fraude académico resultara miembro del pleno del CONESUP.

La problemática del conflicto de intereses resultaba entonces ineludible a la hora de analizar la composición de estos nuevos organismos rectores. Otro caso paradigmático que devela la poca capacidad de regulación del CONESUP es que de 30 reglamentos que debía elaborar y aprobar luego de sancionada la Ley Orgánica en el año 2000, luego de 9 años 15 de éstos (los más importantes y

conflictivos) todavía no habían sido expedidos. Otro botón de muestra, resulta que hubo que esperar 8 años para que el Consejo aprobara un Régimen Académico para universidades y escuelas politécnicas, cuando dicha normativa resultaba esencial para el funcionamiento del sector.

Poco importó también a los reguladores del sistema darle la importancia que merece el aseguramiento de la calidad de la educación superior, en especial cuando comenzó a visualizarse como mecanismo de control y transparencia. Así por ejemplo, a pesar de que los estatutos indicaban que el presupuesto debía repartirse por igual entre el CONESUP y el CONEA, se estableció por decreto que tres cuartas partes serían para el primero, mientras que el organismo encargado de la evaluación y acreditación tendría que funcionar con sólo un cuarto del mismo. En efecto, el Art. 75 de la LOES del 2000 señalaba que: “Para el funcionamiento de la Secretaría Técnica Administrativa [del CONESUP] y el Sistema Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior se destinará el uno por ciento (1%) del monto de las rentas que por leyes tributarias y asignaciones presupuestarias correspondan a las universidades y escuelas politécnicas” (LOES, 2000). No obstante, aunque se consideraba necesaria la distribución equitativa del presupuesto, esto no se pudo cumplir, porque a menos dos años después de expedida esta Ley se reformó aquella distribución mediante el Decreto Ejecutivo No. 3103, cuya disposición séptima prescribía: “El porcentaje señalado en el inciso segundo del Art. 75 de la Ley de Educación Superior será distribuido de la siguiente manera: 75% para el funcionamiento de la Secretaría Técnica Administrativa del CONESUP y el 25% restante para el funcionamiento de la Secretaría Técnica del CONEA. En base a estos porcentajes, cada uno de estos Consejos elaborará y aprobará su presupuesto anual” (RO 667, 2002). Luego, no es difícil imaginar que con esta limitación en sus recursos el CONEA no pudiera cumplir a cabalidad sus funciones. En efecto, a pesar de que las tareas de evaluación y acreditación requeridas demandaban una mayor base financiera para su ejecución, hasta la actualidad se observa que su presupuesto sigue siendo reducido, lo cual también incide en la ineficacia del control sobre el propio Sistema de Educación Superior.

Con estos precedentes, fue difícil que aún existiendo disposiciones normativas éstas se aplicaran de manera objetiva y rigurosa. Así por un lado si bien se elevaron los requisitos para la creación de nuevas universidades, en la práctica bastaba con el juego de intereses para obtener el permiso necesario y proceder a su fundación.

[...]

La nueva Carta Política buscaba, contra el formalismo declarativo de la anterior Constitución, vincular la parte dogmática de los derechos con la organización institucional del Estado mediante garantías constitucionales efectivas (Ávila & Trujillo, 2009). En este sentido, la estructura del Estado se enlaza con la planificación para el desarrollo económico-social, con el objetivo de recuperar funciones para regular la economía, redistribuir riqueza y generar servicios sociales universales de calidad. Es decir, garantizar la materialidad de esas garantías constitucionales. Por ello la Constitución de 2008, en consonancia con las declaraciones y normativas internacionales más progresistas define que la educación superior debe responder al interés público y que no podrá estar al servicio de intereses individuales y corporativos ni tener fines de lucro. Asimismo, le otorga un papel indelegable al Estado en este campo y se sujeta la acción educativa particular a su política, control y regulación.

De esta manera se busca superar la ambigüedad en la asignación de responsabilidades dentro del ámbito de la educación superior que había caracterizado el anterior período, garantizando la regulación y el aseguramiento de la calidad de las instituciones educativas. Con este objetivo, el artículo 351 prescribe que el Sistema de Educación Superior se debe articular con el Plan Nacional de Desarrollo, y se señalan como principios que han de orientar la educación superior: “la autonomía responsable, el cogobierno, la igualdad de oportunidades, la calidad, la pertinencia, la integralidad y la autodeterminación para la producción del pensamiento y conocimiento”. Asimismo, el artículo 353 señala la necesidad de establecer dos organismos, ahora decididamente de carácter público: uno que regule, planifique y coordine internamente el sistema y se ocupe de la relación entre los distintos actores del campo con la función Ejecutiva y otro de carácter técnico que acredite y asegure la calidad de la educación superior.

[...]

En conjunto, los siete principios se articulan en torno a la conceptualización de la educación superior como bien público y derecho humano fundamental a lo largo de toda la vida cuyo desempeño debe orientarse en función de las necesidades y expectativas de la sociedad en la que se inscribe. Por último, el proyecto supone una nueva estructura institucional para el sistema de educación superior que redefine la discusión en torno a la autonomía.

La nueva institucionalidad propuesta respeta la Constitución al crear dos organismos que regirán el sistema y en los que existirá participación tanto del Ejecutivo como de los actores de la educación superior. Asimismo garantiza que en ningún caso estos integrantes podrán tener intereses o representar intereses de terceros ligados a las instituciones a ser evaluadas o reguladas.

Busca des-corporativizar a ambos organismos en especial al Consejo de Educación Superior al promover que los actores de la educación superior que integren este espacio no representen a instituciones específicas sino a áreas del conocimiento. Asimismo estos miembros serán seleccionados mediante concursos públicos de merecimientos y oposición a nivel nacional.

En este diseño institucional, regresa la autonomía a su espacio original: la universidad. Asimismo, el Consejo de Educación Superior tendrá una Secretaría Técnica que permitirá darle apoyo ejecutivo para una toma de decisiones informada y, por el otro, al estar presidida por un delegado del Presidente, podrá hacer efectiva la responsabilidad del Estado en el desarrollo de políticas públicas para el campo. Esto corrobora la recuperación del papel del Estado en la garantía del derecho a una educación de calidad como establece la Constitución y al mismo tiempo viabiliza la relación entre educación superior y desarrollo del país y todo esto en el marco del respeto a la autonomía de las universidades.

Otro de los cambios relevante es que la Agencia de Acreditación y Aseguramiento de la calidad ya no estará subordinada al Consejo de Educación Superior, sino que se ubicará al mismo nivel.”

#### **SUMARIO DEL COMENTARIO:**

*Análisis orgánico institucional de la regulación constitucional de la educación superior.*

#### **COMENTARIO PERSONAL:**

Análisis orgánico institucional de la regulación constitucional de la educación.

La Ley Orgánica de Educación Superior es la principal norma legislativa que regula las actividades de enseñanza a nivel superior y universitario. A continuación los artículos más relevantes de la norma en cuestión:

*“Art. 11.- Responsabilidad del Estado Central.- El Estado Central deberá proveer los medios y recursos únicamente para las instituciones públicas que conforman el Sistema de Educación Superior, así como también, el brindar las garantías para que las todas las instituciones del aludido Sistema cumplan con:*

- a) Garantizar el derecho a la educación superior;*
- b) Generar condiciones de independencia para la producción y transmisión del pensamiento y conocimiento;*
- c) Facilitar una debida articulación con la sociedad;*
- d) Promover y propiciar políticas que permitan la integración y promoción de la diversidad cultural del país;*

- e) Promover y propiciar políticas públicas que promuevan una oferta académica y profesional acorde a los requerimientos del desarrollo nacional;*
- f) Articular la integralidad con los niveles del sistema educativo nacional;*
- g) Garantizar la gratuidad de la educación superior pública hasta el tercer nivel; y,*
- h) Garantizar su financiamiento en las condiciones establecidas en esta Ley, en observancia a las normas aplicables para cada caso.*

*Art. 14.- Son instituciones del Sistema de Educación Superior:*

- a) Las universidades, escuelas politécnicas públicas y particulares, debidamente evaluadas y acreditadas, conforme la presente Ley; y,*
- b) Los institutos superiores técnicos, tecnológicos, pedagógicos, de artes y los conservatorios superiores, tanto públicos como particulares, debidamente evaluados y acreditados, conforme la presente Ley.*

*Art. 15.- Organismos públicos que rigen el Sistema de Educación Superior.- Los organismos públicos que rigen el Sistema de Educación Superior son:*

- a) El Consejo de Educación Superior (CES); y,*
- b) El Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CEAACES).*

*Art. 16.- Organismos de consulta del Sistema de Educación Superior.- Los organismos de consulta del Sistema de Educación Superior son: la Asamblea del Sistema de Educación Superior y los Comités Regionales Consultivos de Planificación de la Educación Superior.”*

A partir de la promulgación de la Constitución vigente, la autonomía universitaria pierde terreno ante la oficialización e institucionalización de la intervención del Poder Ejecutivo en la dirección de los programas académicos y la política universitaria.

Según el artículo 351 de la Constitución, *[e]l sistema de educación superior estará articulado al sistema nacional de educación y al Plan Nacional de Desarrollo; la ley establecerá los mecanismos de coordinación del sistema de educación superior con la Función Ejecutiva [...].*

Según Ramírez (quien actualmente se desempeña como una de las máximas autoridades del país en materia de educación) y Minteguiaga, anteriormente citados, el sistema de educación superior que existía bajo la constitución anterior, de 1998, creaba los incentivos incorrectos para el correcto funcionamiento y desarrollo de la educación universitaria en el Ecuador. Para ellos, *la autonomía desde la lógica del gobierno del sistema podría parecer una excelente propuesta en el marco del respeto de la autonomía de las instituciones universitarias y de un contexto de crecimiento acelerado del campo. El problema resultó cuando dicha nueva autonomía se conformó a partir del gobierno reducido de un grupo de rectores, que*

*bajo una lógica corporativa dejó de observar el interés general del sistema y la sociedad ecuatoriana. Asimismo, por esta razón fue trocando hacia una autarquía al romper las necesarias conexiones que debieran existir con la colectividad y las necesidades de desarrollo del país.*

Los nuevos objetivos del sistema de educación superior, inaugurados a partir del nuevo marco normativo e institucional de la Constitución de 2008 pasan por la creación *de dos organismos que regirán el sistema y en los que existirá participación tanto del Ejecutivo como de los actores de la educación superior. Asimismo garantiza que en ningún caso estos integrantes podrán tener intereses o representar intereses de terceros ligados a las instituciones a ser evaluadas o reguladas.* Esto, según Ramírez y Minteguiaga.

Lo que se busca es *des-corporativizar a ambos organismos en especial al Consejo de Educación Superior al promover que los actores de la educación superior que integren este espacio no representen a instituciones específicas sino a áreas del conocimiento. Asimismo estos miembros serán seleccionados mediante concursos públicos de merecimientos y oposición a nivel nacional.* Tal y como exponen los autores antes citados.

Está claro que las ideas plasmadas en el pasaje anteriormente transcrito resume de alguna manera la aproximación del actual gobierno en todos los frentes de la administración. Es decir, lo que ellos llaman “autarquía”, otros llamarían “autonomía”. El reto de un hipotético futuro sistema de educación superior, es el de conciliar la necesidad de libertad y autonomía de las instituciones de educación superior, que pasa por la libertad de establecimiento de centro de educación y la libertad de enseñar sin verse limitado por directrices políticas y gubernamentales, con las necesidades culturales y económicas de la sociedad ecuatoriana.

# **CAPÍTULO V. LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y LIBERTAD DE CÁTEDRA**

## **CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR**

[Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20-X-2008]

### **TÍTULO II: DERECHOS**

#### **Capítulo segundo: Derechos del buen vivir**

##### **Sección quinta: Educación**

**Art. 29.- El Estado garantizará la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra en la educación superior, y el derecho de las personas de aprender en su propia lengua y ámbito cultural.**

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

#### **GÉNESIS HISTÓRICA:**

**C. (1897) Art. 36.-** La enseñanza es libre; en consecuencia, cualquiera puede fundar establecimientos de educación e instrucción, sujetándose a las leyes respectivas.

**C. (1945) Art. 143.-** [...] Se garantiza la libertad de cátedra. [...]

**C. (1946) Art. 171.-** La educación de los hijos es deber y derecho primario de los padres o de quienes los representen. El Estado vigilará el cumplimiento de ese deber y facilitará el ejercicio de este derecho.

La educación y la enseñanza, dentro de la moral y de las instituciones republicanas, son libres.

**C. (1967) Art. 34.-** Parte del Estado, los padres y otras entidades.- El Estado suministrará y regulará la educación. Es deber y derecho de los padres educar a los hijos, y podrán escoger, en consecuencia, la índole de educación que habrá de dárselos.

**C. (1979) Art. 27.-**

[...] Se reconoce a los padres el derecho de dar a sus hijos la educación que a bien tuvieren. [...]

[...] Se garantiza la libertad de enseñanza y de cátedra. [...]

**C. (1998)** Art. 67.- [...] El Estado garantizará la libertad de enseñanza y cátedra; desechará todo tipo de discriminación; reconocerá a los padres el derecho a escoger para sus hijos una educación acorde con sus principios y creencias; prohibirá la propaganda y proselitismo político en los planteles educativos; promoverá la equidad de género, propiciará la coeducación.

#### CONCORDANCIAS:

- (i) Ley Orgánica de Educación Intercultural, art. 12;
- (ii) Ley Orgánica de Educación Superior, arts. 2, 6, 18;
- (iii) Código de la Niñez y Adolescencia, arts. 37.

#### JURISPRUDENCIA:

Acción Extraordinaria de Protección No. 133, Registro Oficial Suplemento 526 de 19 junio de 2015:

La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver sobre las acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República en concordancia con los artículos 63 y 191 numeral 2 literal d de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de acuerdo con el artículo 3 numeral 8 literal b y el tercer inciso del artículo 35 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. Legitimación activa El artículo 59 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dice: "La acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso por sí misma o por medio de procurador judicial". El accionante, Julio César Hidalgo Chávez en calidad de representante legal de su hijo A.H.A. se encuentra legitimado para interponer la presente acción extraordinaria de protección en virtud de haber sido demandante en la acción de protección No. 929-2011. Análisis Constitucional Finalidad de la acción extraordinaria de protección De conformidad con los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional es el órgano de control constitucional, idóneo para examinar mediante acción extraordinaria de protección las sentencias, autos en firmes o ejecutoriados expedidos por los jueces ordinarios y constitucionales con el objetivo de verificar si se han vulnerado derechos constitucionales o normas del debido proceso, a fin de alcanzar un equilibrio razonable que permita mantener la seguridad jurídica, vinculada con el respeto a la autonomía judicial y principio de especialidad en razón de la independencia de la que gozan los órganos de la función judicial. El objetivo principal de la acción extraordinaria de protección es el preservar y restablecer cualquier derecho constitucional que haya sido vulnerado. De ahí que "(...) el juez constitucional tiene la obligación de examinar la descripción de los hechos que ante

él se exponen, así como las pretensiones, y verificar, si por sus características, el caso puede ser resuelto en relación con los derechos constitucionales posiblemente afectados y con efectividad indispensable para su salvaguardia"2. Estos elementos hacen posible el debate en el ámbito de la jurisdicción constitucional. Por lo tanto, la acción extraordinaria de protección no constituye una nueva instancia, ni tiene como propósito el deslegitimar la actuación de juezas y jueces, sino, por el contrario, permite emerger un sistema de justicia caracterizado por el respeto y la obediencia a las normas y principios constitucionales.

Identificación de los problemas jurídicos Dentro del análisis del caso sub examine se han determinado los siguientes problemas jurídicos a ser resueltos por la Corte Constitucional del Ecuador: 1. La sentencia expedida el 26 de diciembre de 2011 a las 13h13, por los jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha que revoca la sentencia recurrida y en su lugar, niega la acción de protección, ¿vulnera el derecho constitucional a la educación del niño A.S.H.A., contemplado en los artículos 26, 27, 28 y 29 de la Constitución de la República del Ecuador? 2. La sentencia impugnada ¿vulnera el principio del interés superior del niño previsto en el artículo 44 de la Constitución de la República? Desarrollo de los problemas jurídicos 1. La sentencia expedida el 26 de diciembre de 2011 a las 13h13, por los jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha que revoca la sentencia recurrida y en su lugar, niega la acción de protección, ¿vulnera el derecho constitucional a la educación del niño A.S.H.A., contemplado en los artículos 26, 27, 28 y 29 de la Constitución de la República del Ecuador? En el presente caso, conforme lo menciona el legitimado activo, la sentencia impugnada vulnera el derecho a la educación del niño A. S. H. A., al no tutelar este derecho -ante la negativa de matricular en el primer año de educación básica a dicho menor en la unidad educativa "Escuela de Práctica Rosario González de Murillo" de la ciudad de Quito. Los derechos constitucionales supuestamente vulnerados en el fallo materia de esta acción, establecen lo siguiente: Artículo 26.- La educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tienen el derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo. Artículo 27.- La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar. La educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional. Artículo 28.- La educación responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos. Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente. Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones. El aprendizaje se desarrollará de forma escolarizada y no



escolarizada. Artículo 29.- El Estado garantizará la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra en la educación superior, y el derecho de las personas de aprender en su propia lengua y ámbito cultural. Las madres y padres o sus representantes tendrán la libertad de escoger para sus hijas e hijos una educación acorde con sus principios, creencias y opciones pedagógicas. De manera preliminar, corresponde puntualizar acerca de la protección constitucional que asegura a toda persona el derecho a la igualdad en el marco de las relaciones familiares en contexto con el derecho a la educación, toda vez, que el accionante alegó que la decisión de los jueces al negar la acción de protección y no tutelar el derecho a la educación de este menor, vulnera de forma conjunta el derecho a la igualdad entre los hermanos que se encuentran cursando sus estudios en la Escuela de Práctica "Rosario González de Murillo". Cabe tener presente que los padres tienen derecho para decidir cómo y dónde desean educar a sus hijos. La Constitución confió a los padres la decisión de cuál debe ser el trato que debe recibir cada uno de los hijos para su adecuada formación (artículo 29 último inciso de la Constitución de la República del Ecuador). El derecho a la igualdad en el marco de las relaciones familiares, tiene un impacto importante y busca ante todo garantizar que los hijos no estén sometidos a tratos discriminatorios. Ahora bien, concatenando la igualdad con el derecho a la educación de los hijos de familia, los artículos 28 y 29 ut supra, garantizan sin discriminación alguna la obligatoriedad de acceder a la educación en el nivel inicial, básico, bachillerato o su equivalente, permitiendo a las madres y padres la libertad de escoger para sus hijas e hijos una educación acorde con sus principios, creencias y opciones pedagógicas. Los derechos de los niños, las libertades de todos los miembros de la familia, así como las garantías especiales de protección a las personas de atención prioritaria, por una parte, demandan que el juez constitucional intervenga en el plano escolar para evitar, por ejemplo, tratos degradantes o abuso de autoridades educativas sobre sus estudiantes. Si bien es cierto que las políticas del entorno escolar se rigen por el principio democrático, pero no una democracia vedada al juez ni inmune a los mandatos constitucionales. Un juez no puede, por ejemplo, so pretexto del respeto a ciertos instructivos, requisitos o autonomía educativa, desentender a los casos en los que menores son sometidos a tratos arbitrarios o discrecionales. Pero, por otra parte, la Constitución también demanda al juez, consideración para la protección del ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales, en virtud de garantías tales como el derecho a la educación (artículos 26, 27, 28 y 29 Constitución), el libre desarrollo de la personalidad (artículo 66 numeral 5 ibídem) y el principio de interés superior del niño (artículo 44 ídem). Bajo estos parámetros, el contexto escolar solo puede ser objeto de la intervención del juez constitucional en los casos en los que haya razón suficiente para ello, cuando se evidencian transgresiones al orden constitucional en especial, porque se amenazan o vulneran los derechos constitucionales. Para que la exclusión del acceso a una oportunidad sea considerada discriminatoria, el juez constitucional debe tener en cuenta ciertos aspectos puntuales, los cuales han de ser apreciados en el *thema decidendum*. A continuación se enuncian los aspectos que serán tomados en cuenta para resolver el presente problema jurídico planteado: Si la exclusión de una oportunidad de inicio escolar es notoria respecto de otros hermanos que se encuentran cursando en la Escuela de Práctica "Rosario González de Murillo". La diferencia en el acceso a la oportunidad (o en la forma como se los trata) cuando es clara y manifiesta, puede indicar que hay una discriminación. Cuando la exclusión de una oportunidad afecta derechos y valores constitucionales. El juez constitucional debe asegurarse de que el

trato diferente, por ejemplo, limita, restringe o condiciona en cualquier sentido un derecho constitucional o desconoce valores y principios constitucionales. De lo contrario, no estarían comprometidos intereses constitucionalmente protegidos. Así, por ejemplo, la afectación de derechos constitucionales existe en el ámbito de la educación escolarizada en la fase inicial cuando se compromete el principio de interés superior del niño. La afectación de tales derechos o valores constitucionales es grave, es decir, si se limita o impide a alguno de los menores, el acceso a un bien o servicio que disfrutan, o gozan los otros hijos de estos mismos padres, con repercusiones negativas respecto de sus condiciones de vida o su desarrollo personal, lo cual les causa un perjuicio. Si la diferencia de trato o la exclusión de una oportunidad carece de alguna razón legítima que pueda justificarse. Como la prueba de estos criterios puede ser difícil, el juez puede apreciar los hechos a la luz del contexto dentro del cual han ocurrido con el fin de valorar si sucedieron de forma discriminatoria. Se presenta un entorno discriminatorio cuando se constata la existencia de alguno de los siguientes elementos: a) Un ánimo discriminatorio reflejado en manifestaciones externas de causarles consecuencias negativas al niño, a diferencia de sus hermanos que cursan en la Escuela de Práctica "Rosario González de Murillo". El ánimo discriminatorio no es la razón íntima y privada que llevó a la directora de la escuela a tratar diferente a uno de los hijos del padre de familia. Su identificación no demanda una búsqueda psicológica hasta hallar el verdadero motivo. El ánimo discriminatorio puede ser constatado por un observador externo a partir de los hechos objetivos. b) El trato diferencial o la exclusión de una oportunidad se funda en un criterio sospechoso. Aunque será tan solo en el caso concreto que el juez podrá determinar si en efecto existe o no discriminación, cuando el trato diferente del cual se queja el padre del niño A.S.H.A., tiene por sustento una de las categorías enunciadas en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución y considerado como sospechoso, el análisis debe ser más cuidadoso, por cuanto, es probable que este obedezca a un prejuicio, no a una decisión legítima. Los criterios sospechosos de clasificación son aquellos que tradicionalmente han sido empleados en el pasado para excluir a ciertas personas por su raza, sexo, religión, ubicación social, domicilio, identidad cultural, condición migratoria, etc. El que el trato diferente o la exclusión de una oportunidad se funde en un criterio sospechoso, si bien no es razón suficiente para considerar que hay discriminación, sí es un indicador de mucho peso de que existe un contexto discriminatorio. Por mandato de la Constitución en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan a su efectiva vigencia, más aún cuando se compromete los derechos de las personas de atención prioritaria. En el presente caso, se debate el derecho a la educación, el mismo que incluye y supera la universalización o cobertura. En este sentido, y más allá de las cifras de escolarización, las condiciones específicas de accesibilidad, asequibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, resultan indicativas del grado de materialización del derecho a la educación como derecho constitucional de la persona, las mismas que inexorablemente deben ser observadas por los operadores del derecho, toda vez que, la accesibilidad implica la obligación de eliminar todas las exclusiones basadas en los criterios discriminatorios actualmente prohibidos (raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional, origen étnico, origen social, posesión económica, discapacidad o nacimiento); la asequibilidad: obligación de asegurar que sea educación gratuita y obligatoria y esté asequible para todos los niños y

adolescentes en edad escolar; la aceptabilidad: obligación de proporcionar una educación con determinadas calidades consecuentes con los derechos humanos y, la adaptabilidad: requiere que las escuelas se adapten a los niños, según el principio del interés superior del niño de la Convención sobre los Derechos del Niño. Conforme los razonamientos expuestos en párrafos que anteceden, se deduce que existe un trato diferente notorio, ya que, en la Escuela de Práctica "Rosario González de Murillo" se encuentran cursando los dos hermanos del niño A.S.H.A., (E.H.A. en octavo año de educación básica y N.H.A. en tercer año de educación básica) por lo que el accionante optó por inscribir al niño A.S.H.A., para su respectiva matrícula en ese mismo plantel educativo donde se encuentran estudiando sus otros hijos, pero esta ha sido negada, argumentando que no ha sido beneficiado en el sorteo, lo cual es, inclusive, contrario a los presupuestos que menciona el instructivo "Criterios de Selección para la Asignación de Cupos"<sup>4</sup>, ya que este señala los principios de cercanía geográfica y preferencia al estudiante que tenga hermano (s) matriculados en dicha institución educativa. Desde esta premisa se deduce que tienen cupo preferencial los niños que tengan hermanos en la Institución, puesto que no cabe disgregar-separar los hijos a otras instituciones del Distrito Metropolitano de Quito, toda vez que, su traslado dificulta por enorme congestión y tráfico vehicular existente. Por otra parte, el criterio de admisión escolar se basa únicamente en razón del lugar de residencia de la familia, ello hace posible o imposible permitir el ingreso al establecimiento educativo de las personas que no sean de su jurisdicción. Sin embargo el Instructivo Criterios de Selección para la Asignación de Cupos, dice: "Los criterios de prioridad para la selección de estudiantes en las distintas instituciones educativas están basados en principios de cercanía geográfica y de meritocracia. En caso de estudiantes que van a ingresar a 1ro y 2do año de básica de EGB, en las instituciones donde la demanda supere la capacidad de atención, la autoridad máxima realizará un sorteo público entre los inscritos. (...) Se dará preferencia al estudiante que tenga hermano (s) matriculados en dicha institución educativa". (Fojas 14 y 36 del expediente de instancia). -esta Magistratura Constitucional señala que tratándose del inicio escolar básico de los niños, niñas y adolescentes no puede fundarse en un sorteo, toda vez que este mecanismo prima facie priva su admisión a los niños y adolescentes en edad escolar, contrariando los deberes y responsabilidades, previstos en los numerales 5 y 9 del artículo 83 de la Constitución de la República que en su orden dice: "Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento"; "Practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios". Por tanto, la negativa no se funda en una razón que se pueda justificar legítimamente, tanto más, cuando el legitimado activo, manifiesta, en la audiencia pública (fojas 41), que tiene su domicilio en el inmueble signado de la calle H y calle A principal, ubicada en San Enrique de Velasco, sector el Condado, perteneciente a Cotocollao de esta ciudad de Quito, es decir, dentro del sector comprendido dentro de la línea azul que demuestra el plano de distribución de la Dirección Provincial de Educación Hispana de Pichincha UTE 1 Urbana, situación que de conformidad con el numeral 3 del artículo 86 de la Constitución de la República, se presumen ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario. En cuanto al aspecto de la afectación directa al derecho constitucional a la educación, cabe puntualizar que la diferencia de trato afecta realmente la educación del niño A.S.H.A., toda vez que el acceso a la misma, por mandato de la Constitución tiene un carácter universal

y supremo, calificándose como un derecho constitucional - fundamental-, destacándose así su importancia. En efecto, el artículo 26 de la Constitución de la República, define a la educación como "un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado", garantiza "el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna", obligatorio en el nivel inicial (artículo 28). Los artículos 45 segundo inciso y 46 numeral 1, indican que el derecho de los niños es fundamental y de atención prioritaria. En concordancia con los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, esta Corte observa que la afectación que se causa al negarle la matrícula al niño A.S.H.A., es grave, toda vez que el derecho a la educación, siendo obligatorio, y debiendo ejercerse sin discriminación alguna en el nivel inicial con libertad para escoger, constituye una garantía para el libre desarrollo y autonomía de toda persona en una sociedad abierta y democrática. Es uno de los medios más importantes con que cuenta toda persona para alcanzar sus aspiraciones y forjarse un lugar en la sociedad. En consecuencia, la sentencia materia del control de constitucionalidad, al revocar la sentencia recurrida y negar la acción de protección, ciertamente ha vulnerado el derecho constitucional a la educación del niño A.S.H.A., contemplado en los artículos 26, 27, 28 y 29 de la Constitución de la República del Ecuador. 2. La sentencia impugnada ¿vulnera el principio del interés superior del niño previsto en el artículo 44 de la Constitución de la República? El legitimado activo aduce que la sentencia demandada vulneró el principio del interés superior del niño A.S.H.A., al revocar la sentencia de primera instancia que aceptó la acción de protección planteada ante la negativa de admisión en el primer año de educación básica del referido menor. El artículo 44 de la Constitución de la República, establece como grupo de atención prioritaria a los niños, niñas y adolescentes: El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. La doctrina de protección integral establece una nueva concepción del niño como sujeto de derechos, lo cual implica reconocer que son capaces de ejercerlos y exigirlos. Es decir como ciudadanos gozan de todos los derechos generales, pero además de estos tienen unos derechos específicos de acuerdo a su edad, dentro de los cuales se establecen también principios especiales y entre ellos, está el principio de interés superior del niño y el de prioridad absoluta plasmado en la Convención de los Derechos del Niño ratificado por el Ecuador en 1989: Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. La doctrina en mención es el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dicten y ejecuten desde el Estado, con la firme participación y corresponsabilidad de la familia y la sociedad para garantizar que todos los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos en su integralidad, al tiempo que atiende las situaciones

especiales en que se encuentran niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos. El principio del interés superior del niño implica que previo a que una autoridad judicial o administrativa tome una decisión en la que se encuentran involucrados los derechos de la niñez y adolescencia, la autoridad debe mirar y proteger de mejor manera a este sujeto de derechos. Estos principios son expresados por el Código de la Niñez y Adolescencia desde el año 2003: Artículo 11.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento (...). El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. Es decir los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que previo a tomar una decisión sobre ellos, las autoridades tanto judiciales como administrativas, adopten medidas que promuevan y protejan sus derechos. El principio de interés superior del niño debe entenderse como una garantía, según la conceptualización de Luigi Ferrajoli, quien sostiene: "como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos". De igual manera nos dice Miguel Cillero que la función del principio de interés superior del niño es: "iluminar la conciencia del o la autoridad para que tome la decisión correcta". Asimismo, se puede entender que este principio como la plena satisfacción de sus derechos. Otros doctrinarios lo describen a este principio de la siguiente manera: "El llamado "interés superior del niño" debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña". Por las consideraciones que anteceden, esta Corte concluye que los legitimados pasivos ciertamente, omitieron aplicar los principios constitucionales relativos al derecho a la educación e interés superior de los niños, niñas y adolescentes que se orientan a proteger y evitar que sean vulnerados por acción u omisión, en contra de los derechos de éstos. Otras consideraciones Aduce el accionante que la directora de la Escuela de Práctica "Rosario González de Murillo" ha argumentado que ha sido favorecida con la sentencia expedida en segunda instancia en la acción de protección, por lo que pretende entregar los documentos del nombrado niño para que busque otra institución educativa. En el control de constitucionalidad de la decisión judicial, si se constata la vulneración del derecho constitucional, como consecuencia, se debe dejar sin efecto la misma, con lo cual, pierde relevancia jurídica la ejecución de la sentencia de apelación. En tal virtud, ya no se puede continuar con la ejecución de dicha sentencia, quedando de ipso facto, sin valor jurídico todos los actos de ejecución emprendidos por la directora de dicho centro educativo. A fin de complementar el presente estudio, este Organismo considera pertinente referirse a la sentencia de primera instancia, esto es, la emitida el 29 de agosto de 2011 a las 17h55, por el juez décimo octavo de garantías penales de Pichincha en la que acepta la demanda de acción de protección y revoca la resolución de la ingeniera Maritza Pérez de Galindo, directora de la Escuela de Práctica "Rosario González de Murillo" de no aceptar y negar el cupo al menor,

ordenando otorgar el mismo, por cuanto, el mencionado juez consideró que los hechos puestos en su conocimiento, efectivamente, vulneran los derechos constitucionales a la educación, al principio de interés superior del niño y al trato igualitario entre los hijos de una misma familia, por lo que ordenó su reparación. En consecuencia, de conformidad con los sustentos jurídicos expuestos en el considerando cuarto del fallo ut supra, se concluye que del análisis se ha podido establecer que los argumentos expuestos por el juez de instancia son legítimos y dentro de los parámetros constitucionales, por lo que la presente controversia tiene asidero en el debate constitucional por vulnerar el derecho a la educación y el principio de interés superior del niño. III. DECISION En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, expide la siguiente: 1. Declarar vulnerados los derechos constitucionales a la educación, así como el principio del interés superior del niño. 2. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada. 3. Como medidas de reparación integral se dispone: 3.1. Dejar sin efecto la sentencia emitida el 26 de diciembre de 2011 a las 13h13, por los jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, caso No. 793-2011. 3.2. Dejar en firme la sentencia expedida el 29 de agosto de 2011 a las 17h55, por el juez décimo octavo de garantías penales de Pichincha, dentro de la acción de protección No. 929-2011. 3.3. Ordenar que las autoridades de la Defensoría del Pueblo en coordinación con el supervisor de la Dirección Provincial de Educación Hispana de Pichincha UTE 1 Urbana, vigilen el cumplimiento de las disposiciones de esta sentencia. 3.4. Que las autoridades de la Escuela de Práctica "Rosario González de Murillo" garanticen el derecho constitucional a la educación del legitimado activo a fin de que los hechos como el presente, no se repitan en los siguientes años lectivos. 3.5. Remitir copia de la presente sentencia al Ministerio de Educación, a fin de que se observe la conducta de la máxima autoridad de la Escuela, debiendo informar a esta Corte Constitucional sobre lo que se actúe y resuelva al respecto. 3.6. Disponer que las autoridades del Ministerio de Educación adecuen los instructivos de "Criterios de Selección para la asignación de cupos" de los establecimientos educativos, respecto de los inscritos para cursar el primer año de educación básica en observancia de lo dispuesto en esta sentencia.

#### DOCTRINA:

**1. Sobre el rol de los padres en la educación:** Pontificio Consejo "Justicia y Paz" (2005), Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia:

"[...] §239: El derecho y el deber de los padres a la educación de la prole se debe considerar como *esencial*, relacionado como está con la transmisión de la vida humana; como *original y primario*, respecto al deber educativo de los demás, por la unicidad de la relación de amor que subsiste entre padres e hijos; como *insustituible e inalienable*, y... por consiguiente, no puede ser totalmente delegado o usurpado por otros. [...]

[...] §243 Los padres tienen una particular responsabilidad en la esfera de la educación sexual. Es de fundamental importancia, para un crecimiento armónico, que los hijos aprendan de modo ordenado y progresivo el significado de la sexualidad y aprendan a apreciar los valores humanos y morales a ella asociados: «Por los vínculos

estrechos que hay entre la dimensión sexual de la persona y sus valores éticos, esta educación debe llevar a los hijos a conocer y estimar las normas morales como garantía necesaria y preciosa para un crecimiento personal y responsable en la sexualidad humana ». (Nota 553: Juan Pablo II, Exh. ap. Familiaris consortio, 37: AAS 74 (1982) 128; cf. Pontificio Consejo para la Familia, Sexualidad humana: verdad y significado. Orientaciones educativas familiares (8 de diciembre de 1995) Tipografía Vaticana, Ciudad del Vaticano, 1995.) Los padres tienen la obligación de verificar las modalidades en que se imparte la educación sexual en las instituciones educativas, con el fin de controlar que un tema tan importante y delicado sea tratado en forma apropiada.”

**2. Sobre la libertad de enseñanza:** Ramiro Borja y Borja, “Derecho Constitucional Ecuatoriano”, Tomo I, Quito, 1999, p. 207 – 209:

“[...] §458.- La garantizan relativamente las Constituciones de 1878 (Art. 17 N°. 12), 1884 (Art. 34), 1897 (Art. 36, cuyo precepto se afectó por la reforma de 1905) y 1906 (Art. 16), según las cuales tan sólo sobre la base de una ley se puede intervenir en ella.

§459.- Las Constituciones de 1929 (Art. 151 N°. 21), 1945 (Art. 143), 1946 (Art. 171) y 1967 (Art. 35) se ocupan de la enseñanza en la parte destinada a las garantías; pero en verdad no la garantizan por sí mismas: la sujeción "a la vigilancia oficial", exigida por primera para la enseñanza que no sea la que da el Estado; el ajuste a los "programas oficiales", requerido por la segunda para la misma clase de enseñanza; la conformidad con "la moral" y "las instituciones republicanas" que señala la tercera como requisito para la enseñanza en general; la que ha de guardar con una y otras y con las "instituciones democráticas", según la cuarta; tornan ficticia la garantía de la enseñanza, porque no se expresa en esas Constituciones, respectivamente, la norma según la cual ni la autoridad por la que se ha de ejercer la "vigilancia oficial"; ni la norma en que hayan de fundarse directamente los "programas oficiales", ni la autoridad que los ha de elaborar; ni la norma según la que ha de calificarse a la enseñanza de moral o de inmoral, de republicana de antirrepublicana, de conforme o disconforme con la moral, lo republicano y lo democrático.

¿Puede concebirse educación inmoral? ¿Podrá proscribirse racionalmente, dada la esencia de la educación, algún tratado de ciencia política en el que un ilustre jurista ensalce al régimen monárquico?

§460.- La Constitución de 1978 consagra a "la educación y cultura" la Sección IV del Título II comprendido en la Primera Parte, Sección que abarca los Arts. 31, 40 y 41. Tal lección en su conjunto se caracteriza por determinar materias o puntualizar bases para la Legislación y la Administración; pareciendo instituir la garantía de la educación, la vuelve nugatoria al proclamar (Art. 27) sus requisitos: "se inspirará en principios de nacionalidad, democracia, justicia social, paz, defensa de los derechos humanos"; "estará abierta a todas las corrientes del pensamiento universal"; "tendrá un sentido moral, histórico y social".

No se determina norma ni autoridad según la que o por quien se aplicará el concepto de "justicia social", concepto en sí inexacto porque la justicia es social por su esencia (apartados 7 y 14), por su impropiedad puede dar pábulo para que a lo justo se le niegue a calidad de social. Es proclive al abuso y al fanatismo imponer la democracia como principio de la educación, por cuanto respetables teorías

filosóficas, jurídicas e históricas pueden aparecer ante muchos como incompatibles con la democracia, y aunque lo sean, enriquecer el patrimonio cultural de la humanidad y orientarla. Extravagante, suponer una educación antisocial.

§461.- Tanto las Constituciones de 1878, 1884, 1897 y 1906; como las de 1929, 1945, 1946 y 1967 (Arts. citados de las seis primeras; Arts. 171, 172 y 173 de la Constitución de 1946; Arts. 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45 de la Constitución de 1967); encierran, con mayor magnitud las cuatro últimas, al tratar de la enseñanza, determinaciones positivas respecto del contenido de la Administración y de la Legislación, a las cuales ya mentamos refiriéndonos en el apartado 460 a la Constitución de 1978.”

**2. Sobre la libertad de cátedra:** López, M. L. S., & Tobarra, J. A. S. (1995). Los límites del derecho de libertad de cátedra. *Ensayos: Revista de la Facultad de Educación de Albacete*, (10), 119-128:

“[...] La libertad de cátedra es un Derecho subjetivo del profesor, pero por encima de todo, es una auténtica garantía institucional que posibilita el avance en el descubrimiento y transmisión de conocimientos e ideas dentro de una sociedad, Esta idea de garantía institucional suele prevalecer por encima del concepto de Derecho subjetivo del profesor.

El sujeto de la libertad de cátedra es todo docente o investigador interesado' en difundir contenidos científicos. La libertad de: cátedra, no suele amparar, por ejemplo, aquellos actos que impliquen una difusión de propaganda política dentro de la labor docente.

La libertad de cátedra ha estado históricamente vinculada al reconocimiento de otras libertades (de opinión, de credo religioso, de prensa, etc.). Los regímenes no democráticos restringían estas libertades con la intención de evitar ataques hacia los principios que sustentaban estos sistemas. [...]

[...] Este apartado trata de sintetizar los límites que se establecen a través de la Constitución [española], la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [español] y el ordenamiento jurídico en general.

El primer límite es el respeto a la Constitución, especialmente al artículo 27.22. Este respeto abarcaría lo que la doctrina alemana considera el «minimum constitucional inatacable», donde cualquier ataque a estos principios, eliminaría la «protección» ofrecida por el derecho de libertad de cátedra.

Otro límite importante es el recogido por el artículo 20.4 de la Constitución, que contempla el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Estos límites cobran más sentido en las opiniones difundidas a través de medios de comunicación, aunque también podría darse esta circunstancia dentro de las opiniones expresadas por el docente en el aula. Sin embargo, en este artículo sí que habría que considerar como importantes la protección de la juventud y de la infancia, adquiriendo más relevancia cuanto más jóvenes son los alumnos.



Un tercer límite, sería el respeto a la libertad de conciencia y dignidad personal de los alumnos. El profesor debe respetar aquellas opiniones de los alumnos que discrepen con las suyas propias.

También vendría limitada la libertad de cátedra por los planes de estudios establecidos por las administraciones educativas, donde fijan los contenidos mínimos y los recursos pedagógicos a utilizar por el profesor. Un ejemplo bastante claro de este límite, lo tendríamos en la Reforma del Sistema Educativo producida como consecuencia de la aplicación de la LOGSE y todo su desarrollo normativo posterior. Esta limitación a la libertad de cátedra sería menor en los niveles universitarios y mayor en la enseñanza secundaria y, sobre todo, en la enseñanza primaria. El propio Tribunal Constitucional, en la Sentencia 5/81, de 13 de febrero de 1981, viene a reconocer que la libertad de cátedra alcanza su máximo exponente en los Catedráticos y Profesores Titulares de Universidad cuya docencia es proyección de la propia labor investigadora, mientras que, en niveles inferiores, los planes de estudios vienen establecidos por la autoridad competente y DO por el propio profesor.

Una restricción muy importante viene definida por la contradicción entre la libertad de cátedra de los profesores de los centros privados y el propio ideario educativo de estos centros. Sobre esta cuestión, nos extenderemos ampliamente en el último apartado. Estas limitaciones de carácter ideológico no se producen en los centros públicos donde, según la interpretación del Tribunal Constitucional en la ya citada Sentencia del 13 de febrero de 1981, los centros docentes han de ser ideológicamente neutrales, siendo exigencia necesaria que deben cumplir cada uno de los docentes integrados en el centro educativo, y no la resultante de neutralizar recíprocamente las distintas orientaciones ideológicas en las enseñanzas de los docentes.

Otras limitaciones referidas al régimen jurídico y status funcional del profesor, serían:

a) El profesor viene obligado a cumplir aquellas normas relativas a la organización del centro como normativa de horarios, sistemas de evaluación, calendario escolar, etc.

b) Igualmente, la libertad de cátedra no ampara la libertad de no enseñar, siendo también legales las consecuencias derivadas de la ineptitud o falta de preparación del profesor. Por lo tanto, es perfectamente lícita, la exigencia de pruebas de actitud para el ejercicio de la labor educativa, tales como la necesidad de tener el título de doctor, superar las pruebas de concurso-oposición que se exijan en cada caso, etc. [...]

[...] La ya mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 5/81, de 13 de febrero de 1981, vino a aclarar en cierta medida los límites que presenta la libertad de cátedra en los centros privados. Esta sentencia surge como consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad promovido por 64 senadores socialistas contra varios artículos de la Ley Orgánica 5/1980 de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (más conocida como L.O.E.C.E.). Estos senadores consideraban que los arts. 15, 18 y 34 de la LOECE no establecían límites a los derechos de los propietarios de los centros privados a la hora de establecer un

ideario, pudiendo invadir la libertad ideológica de docentes, padres y alumnos. Concretamente, el artículo que afectaba a la libertad de cátedra era el artículo 15. En la citada sentencia, el Tribunal Constitucional considera, en primer lugar, que el artículo 34 de la LOECE, donde se reconoce a los titulares de los centros privados el derecho a «establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución», forma parte de la libertad de creación de centros, plantea, en este sentido, como límite al ideario del centro, el respeto a los principios constitucionales, a los derechos fundamentales, el servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia, etc. Posteriormente, el Tribunal Constitucional, expone que la existencia de un ideario, que es conocido por el profesor antes de incorporarse al centro, no le obliga a convertirse en apologista del mismo, ni a dedicarse a hacer propaganda del citado ideario. Sin embargo, el profesor no puede hacer ataques abiertos o incluso solapados contra este ideario. El ideario del centro no puede restringir el núcleo esencial del derecho de libertad de cátedra, en consonancia con el artículo 53.1 de la Constitución. Esta falta de respeto al ideario del centro puede llegar a motivar el despido del profesor. Los motivos de este despido deben ser bastante concretos y evidentes. Ante esta circunstancia, el Tribunal Constitucional reconoce al profesor la vía de amparo si hubiera violación del derecho fundamental de libertad de cátedra.

Si la causa del despido no fuera, como hemos citado antes, clara y evidente, el Tribunal Constitucional podría decretar la nulidad radical, obligando a readmitir al profesor e impidiendo la indemnización sustitutoria. Esta circunstancia viene contemplada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/85, de 27 de marzo de 1985, donde el citado tribunal admitió el recurso de amparo presentado por la profesora Pilar Sala Ribalta, estipulando que la simple disconformidad de un profesor con el ideario del centro no puede ser motivo de despido, si no se exterioriza en alguna de las actividades educativas del centro. Esta falta de pruebas por parte del centro privado a la hora de despedir a la profesora, es considerado por el Tribunal Constitucional como un motivo ideológico de despido y, por lo tanto, discriminatorio y contrario al artículo 16.1 de la Constitución Española, que regula la libertad ideológica. No obstante, la imposición de la carga de la prueba al propietario del centro privado, tal como se desprende de este caso, presentaría el problema de que el profesor que atacara el ideario del centro podría defenderse ante un despido alegando que éste ha sido por motivos ideológicos.

Volviendo al tema central de este apartado, es decir, las limitaciones que impone el ideario del centro al derecho de libertad de cátedra del profesor, también habría que hacer una referencia a las actividades que los docentes realicen al margen de sus labores académicas fuera del centro educativo. Según el Tribunal Constitucional, estas actividades podrían dar lugar a una ruptura del vínculo contractual si la posible notoriedad, la naturaleza de estas actividades e incluso su intencionalidad puedan tener una influencia decisiva en la labor educativa que tienen encomendada los docentes.

Resulta interesante hacer mención al voto particular emitido por el magistrado Francisco Tomás y Valiente en la ya varias veces reseñada sentencia de 13 de febrero de 1981. Tomás y Valiente sostiene que la formulación del ideario debe ser pública, sintética e inequívoca para que pueda ser conocida por todos. Además

opina que una vez establecido este ideario, la modificación arbitraria o sustitución de éste, constituiría una conducta fraudulenta hacia los padres o profesores que entraron con una condicione que conocían y que, posteriormente son modificadas. Además, estos idearios deberían ser flexibles y permeables a las aportaciones de toda la comunidad escolar (padres, alumnos profesores...), También, Tomás y Valiente viene a destacar que el reglamento de régimen interno no puede establecer limitaciones al derecho de libertad de cátedra, ya que no tiene carácter de ley, y según el artículo 53,1 de la Constitución Española, sólo mediante ley, que deberá respetar el contenido esencial de esos derechos, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades. Luego, el reglamento de régimen interno, sólo puede establecer normas de funcionamiento (horarios, distribución del tiempo lectivo entre las diferentes materias programadas, etc.), pero no podrá limitar la libertad de cátedra.

También sostiene Tomás y Valiente que no es constitucional establecer jerarquizaciones entre derechos fundamentales, tal como contempla la LOECE con la libertad de cátedra frente a libertad de creación de centros escolares igualmente, considera el citado magistrado que el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas o las conductas realizadas al margen de la institución escolar, no pueden ser consideradas contrarios al ideario del centro.

Para concluir, Tomás. y Valiente aclara que no piensa que los artículos 15, 18.2 y 34.1 de la LOECE sean inconstitucionales siempre que se «interprete que el ideario público es la expresión pública, sintética e inequívoca del carácter ideológico propio de un centro tendente a facilitar a los padres el derecho que a éstos les reconoce el artículo 27.3 de la Constitución y que el reglamento de régimen interno no puede afectar por razón de su contenido al desarrollo ni al ejercicio de ningún derecho fundamental o libertad pública».

Para terminar, habría que dejar abierto el debate que, en el futuro, puede dar lugar a ciertas controversias y es el relativo a los .Proyectos Educativos del Centro que se están elaborando en los distintos centros públicos al compás de la implantación de la LOGSE. En el Proyecto Educativo del Centro se intenta dar unas sellas de identidad al centro en cuestión. La pregunta que surge es la posibilidad de poder obligar a los nuevos profesores que lleguen a un centro público a aceptar los preceptos del proyecto educativo elaborados por otros profesores con anterioridad y Si, de este hecho, no surgirían restricciones a la libertad de cátedra semejantes a las que se producen en los centros privados a través del ideario del centro, Como ejemplo de esta tendencia, podríamos citar el caso de la educación secundaria, donde un grupo de profesores que, cumpliendo una serie de requisitos, presente un proyecto pedagógico innovador, puede ocupar mediante concurso de traslados las primeras plazas que surjan en un instituto de nueva creación y exigir a los futuros profesores que vayan llegando a ese instituto la aceptación de ese proyecto pedagógico.”

## **SUMARIO DEL COMENTARIO:**

*I. Libertad de enseñanza y libertad de cátedra. II. Rol de los padres en la educación*

## COMENTARIO PERSONAL:

### Libertad de enseñanza y libertad de cátedra.

Libertad de enseñanza es aquella constitucionalmente reconocida, que contiene un doble derecho: a enseñar y aprender, sin imposiciones ni interferencias estatales. Más concretamente se suelen entender incluidas en la libertad de enseñanza: la libertad de cátedra, o derecho del maestro a exponer sus conocimientos sin sujetarse a una doctrina impuesta por el Estado, el derecho a crear establecimientos de enseñanza, y el derecho a la libre elección de escuela. En la Constitución ecuatoriano, se distingue de manera expresa entre la libertad de enseñanza y la libertad de cátedra, y se introducen además ciertos matices novedosos entre ambos conceptos, como expondré más adelante.

La cita de Borja y Borja sigue vigente en el Ecuador de hoy, “la sujeción "a la vigilancia oficial", exigida por primera para la enseñanza que no sea la que da el Estado; el ajuste a los "programas oficiales", requerido por la segunda para la misma clase de enseñanza; la conformidad con "la moral" y "las instituciones republicanas" que señala la tercera como requisito para la enseñanza en general; la que ha de guardar con una y otras y con las "instituciones democráticas", según la cuarta; tornan ficticia la garantía de la enseñanza, porque no se expresa en esas Constituciones, respectivamente, la norma según la cual ni la autoridad por la que se ha de ejercer la "vigilancia oficial"; ni la norma en que hayan de fundarse directamente los "programas oficiales", ni la autoridad que los ha de elaborar; ni la norma según la que ha de calificarse a la enseñanza de moral o de inmoral, de republicana de antirrepublicana, de conforme o disconforme con la moral, lo republicano y lo democrático”.

En una sección anterior de este trabajo, aquella dedicada a la exposición del llamado “contenido del derecho a la educación” (sobre el artículo 27 de la Constitución), examiné cómo la actual Constitución ecuatoriana se refiere al menos a veintidós elementos o características que deberán constituirse en núcleo de la educación, es decir, en núcleo de su contenido sustantivo, por mandato constitucional. La norma en cuestión ordena que la educación deberá (i) centrarse en el ser humano, (ii) garantizar el desarrollo holístico, (iii) deberá estar orientada hacia concientización de los alumnos en el respeto a los derechos humanos, (iv) el respeto al medio ambiente y su sostenibilidad, (v) en el respeto a la democracia, (vi) así mismo deberá ser participativa, (vii) obligatoria, (viii) intercultural, (ix) democrática, (x) incluyente, (xi) diversa, (xii) de calidad y (xiii) de calidez, (xiv) deberá impulsar la equidad de género, (xv) la justicia, (xvi) la solidaridad y la paz, (xvii) el sentido crítico, (xviii) el arte, (xix) la cultura física, (xx) la iniciativa individual y la (xxi) iniciativa comunitaria, finalmente, deberá también ser útil para (xxii) el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar.

El que una constitución o ley fundamental de una sociedad determine este contenido de manera predeterminada, y de manera tan arbitraria y detallada, es de por sí cuestionable, y desde luego poco democrático (por más que tal o cual constitución sea aprobada por mayoría de votos en un momento determinado).

Pasando a la libertad de cátedra, para parafrasear a López y Tobarra: “*El sujeto de la libertad de cátedra es todo docente o investigador interesado' en difundir contenidos científicos. La libertad de: cátedra, no suele amparar, por ejemplo,*

*aquellos actos que impliquen una difusión de propaganda política dentro de la labor docente. [...] La libertad de cátedra ha estado históricamente vinculada al reconocimiento de otras libertades (de opinión, de credo religioso, de prensa, etc.). Los regímenes no democráticos restringían estas libertades con la intención de evitar ataques hacia los principios que sustentaban estos sistemas [...]*”.

Como expuse anteriormente, la teoría constitucional ha evitado disociar la garantía de libertad de enseñanza de la libertad de cátedra, entendiéndolas como partes de un todo continuo. La constitución ecuatoriana las diferencia, quizás de manera premeditada, con la finalidad de facilitar mayores limitaciones a la educación primaria y secundaria. El artículo 29 de la Constitución dispone que *el Estado garantizará la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra en la educación superior*. ¿Podemos entonces llegar a la conclusión de que los maestros o profesores de educación primaria y secundaria, e incluso los padres de familia y sus hijos, no se hallan asistidos de una garantía constitucional a la libertad de cátedra?

Debemos entender que las limitaciones para los educandos son a la vez una habilitación para que el gobierno de turno pretenda imponer la ideología de sus representantes. En el caso ecuatoriano podemos emprender este análisis a partir varias normas constitucionales analizadas de manera específica en este trabajo, y de las normas legislativas y reglamentarias que las desarrollan, tales como la Ley Orgánica de Educación Intercultural y la Ley Orgánica de Educación Superior, entre otras.

## II. Rol de los padres en la educación.

Según la Corte Constitucional, “[c]abe tener presente que los padres tienen derecho para decidir cómo y dónde desean educar a sus hijos. La Constitución confió a los padres la decisión de cuál debe ser el trato que debe recibir cada uno de los hijos para su adecuada formación (artículo 29 último inciso de la Constitución de la República del Ecuador). El derecho a la igualdad en el marco de las relaciones familiares, tiene un impacto importante y busca ante todo garantizar que los hijos no estén sometidos a tratos discriminatorios. Ahora bien, concatenando la igualdad con el derecho a la educación de los hijos de familia, los artículos 28 y 29 *ut supra*, garantizan sin discriminación alguna la obligatoriedad de acceder a la educación en el nivel inicial, básico, bachillerato o su equivalente, permitiendo a las madres y padres la libertad de escoger para sus hijas e hijos una educación acorde con sus principios, creencias y opciones pedagógicas. Los derechos de los niños, las libertades de todos los miembros de la familia, así como las garantías especiales de protección a las personas de atención prioritaria, por una parte, demandan que el juez constitucional intervenga en el plano escolar para evitar, por ejemplo, tratos degradantes o abuso de autoridades educativas sobre sus estudiantes. Si bien es cierto que las políticas del entorno escolar se rigen por el principio democrático, pero no una democracia vedada al juez ni inmune a los mandatos constitucionales. Un juez no puede, por ejemplo, so pretexto del respeto a ciertos instructivos, requisitos o autonomía educativa, desentender a los casos en los que menores son sometidos a tratos arbitrarios o discrecionales.”

Según el artículo 12 (a) de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, los padres tienen derecho a elegir, *con observancia al Interés Superior del Niño* [esencialmente un principio de ponderación judicial], *el tipo de institución educativa que consideren conveniente para sus representados, acorde a sus creencias, principios y su realidad cultural y lingüística.*

En mi opinión, el régimen excesivamente centralista, politizado e ideologizado de la educación ecuatoriano, crea el efecto de que solamente las familias con acceso a una educación privada, cuyo costo puede ser prohibitivo en ocasiones, tengan una titularidad efectiva de este derecho.

# **CAPÍTULO VI. EL CONTENIDO DE LA EDUCACIÓN**

## **CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR**

[Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20-X-2008]

### **TÍTULO II: DERECHOS**

#### **Capítulo segundo: Derechos del buen vivir**

##### **Sección quinta: Educación**

**Art. 27.-** La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar.

**La educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional.**

#### **GÉNESIS HISTÓRICA:**

**C. (1929)** art. 167.- Los Poderes Públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social, muy especialmente en lo relativo a su educación y condición económica.

art. 168.- El Estado tiene obligación de dispensar a la mujer atención preferente, tendiendo a su liberación económica. En consecuencia, velará, de modo especial, por su educación profesional técnica, capacitándola, entre otras posibilidades, para que pueda tomar parte activa en la Administración Pública.

**C. (1945)** art. 143§3. La educación oficial y la particular tienen por objeto hacer del educando un elemento socialmente útil. Deben inspirarse en un espíritu democrático de ecuatorianidad y de solidaridad humana.

art. 143§5. Empleará métodos que se fundamenten en la actividad del educando y desarrollen sus aptitudes, respetando su personalidad.

art. 143§8. El Estado y las Municipalidades cuidarán de eliminar el analfabetismo y estimularán la iniciativa privada en este sentido.

art. 143§9. En las escuelas establecidas en las zonas de predominante población india, se usará, además del castellano, el quechua o la lengua aborigen respectiva.

**C. (1946)** art. 171§2. La educación y la enseñanza, dentro de la moral y de las instituciones republicanas, son libres.

art. 171§6. En todos los grados de la educación se atenderá especialmente a la formación moral y cívica de los alumnos.

art. 171§7. Tanto la enseñanza oficial como la particular prestarán especial atención a la raza indígena.

**C. (1967)** art. 33. Derecho a la educación.- El Estado garantiza el derecho a una educación que capacite a la persona para vivir dignamente, bastarse a sí misma y ser útil a la comunidad.

El derecho a la educación incluye el de disponer de iguales oportunidades para desarrollar las dotes naturales en una profesión, arte u oficio, y en el grado o nivel en que encuentre la mejor garantía de bienestar para sí misma, para los que de ella dependen y para el servicio de los demás.

art. 35.- Libertad de educación.- El Estado garantiza la libertad de educación dentro de la moral y de las instituciones democráticas y republicanas.

La educación oficial es laica, o sea que el Estado, como tal, no enseña ni impugna religión alguna.

art. 36.- Finalidades.- La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad e inculcará respeto a los derechos y libertades fundamentales; favorecerá la comprensión y tolerancia entre los grupos sociales y religiosos, y el mantenimiento de la paz.

En todos los niveles de la educación se atenderá primordialmente a la formación moral y cívica de los alumnos.

art. 38.- De campesinos e indígenas.- En la educación se prestará especial atención al campesino.

Se propenderá a que los maestros y funcionarios que traten con él, conozcan el idioma quichua y otras lenguas vernáculas. En las escuelas establecidas en las zonas de predominante población indígena se usará de ser necesario además del



español, el quichua o la lengua aborígen respectiva, para que el educando conciba en su propio idioma la cultura nacional y practique luego el castellano.

**C. (1979)** art. 27§5. La educación se inspira en principios de nacionalidad, democracia, justicia social, paz, defensa de los derechos humanos, y, está abierta a todas las corrientes del pensamiento universal.

art. 27§6. La educación tiene un sentido moral, histórico y social y estimula el desarrollo de la capacidad crítica del educando para la comprensión cabal de la realidad ecuatoriana, da promoción de una auténtica cultura nacional, la solidaridad humana y la acción social y comunitaria.

art. 27§11. En las escuelas establecidas en las zonas de predominante población indígena, se utiliza, además del castellano, el quichua o la lengua aborígen respectiva.

**C. (1998)** art. 66§2. (...) La educación, 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.

art. 66§3. La educación preparará a los ciudadanos para el trabajo y para producir conocimiento. En todos los niveles del sistema educativo se procurarán a los estudiantes prácticas extracurriculares que estimulen el ejercicio y la producción de artesanías, oficios e industrias.

art. 66§4. El Estado garantizará la educación para personas con discapacidad.

#### CONCORDANCIAS:

- (i) Ley Orgánica de Educación Intercultural, art. 3;
- (ii) Ley Orgánica de Educación Superior, arts. 4, 5;
- (iii) Código de la Niñez y Adolescencia, arts. 6.

#### JURISPRUDENCIA:

**Corte Constitucional, Expediente No. 0208-13-JP:** ¿Se vulnera el artículo 57, numeral 14 de la Constitución de la República que establece el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, cuando la autoridad educativa nacional dispone el cierre de centros educativos bilingües dentro de estos sectores, sin motivo alguno?

El Juez de la Unidad Judicial Especializada Primera Civil y Mercantil de Imbabura de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura resolvió negar la acción de protección presentada manifestando que en el caso en cuestión la parte accionante

no ha justificado dentro del proceso que existe una violación de derechos constitucionales, así como también no se señala en forma expresa cual es el acto administrativo que ha violado derechos constitucionales y tampoco existe fecha ni circunstancia de estos hechos. Por lo que, la autoridad jurisdiccional expresó que no puede juzgar hechos violatorios a la Constitución que no estén plenamente determinados por la demandante y tampoco estén debidamente probados.

#### DOCTRINA:

1. Pontificio Consejo “Justicia y Paz” (2005), Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, §290: “La conservación del empleo depende cada vez más de las capacidades profesionales. (Nota 628: Cf. Concilio Vaticano II, Const. past. *Gaudium et spes*, 66: AAS 58 (1966) 1087-1088.) El sistema de instrucción y de educación no debe descuidar la formación humana y técnica, necesaria para desarrollar con provecho las tareas requeridas. La necesidad cada vez más difundida de cambiar varias veces de empleo a lo largo de la vida, impone al sistema educativo favorecer la disponibilidad de las personas a una actualización permanente y una reiterada cualifica. Los jóvenes deben aprender a actuar autónomamente, a hacerse capaces de asumir responsablemente la tarea de afrontar con la competencia adecuada los riesgos vinculados a un contexto económico cambiante y frecuentemente imprevisible en sus escenarios de evolución.(Nota 629: Cf. Juan Pablo II, Carta enc. *Laborem exercens*, 12: AAS 73 (1981) 605-608.) Es igualmente indispensable ofrecer ocasiones formativas oportunas a los adultos que buscan una nueva cualificación, así como a los desempleados. En general, la vida laboral de las personas debe encontrar nuevas y concretas formas de apoyo, comenzando precisamente por el sistema formativo, de manera que sea menos difícil atravesar etapas de cambio, de incertidumbre y de precariedad.”

2. Carolina Silva Portero (2007), “Las dimensiones positivas del derecho a la educación y el acceso a la información pública”, en “Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad”, PUCE, Quito, p. 50-52: “El Pacto Internacional de Derechos Humanos (PIDESC) establece como obligación general para garantizar la vigencia y el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, que "cada uno de los Estados [...] se compromete a adoptar medidas [...] 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 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU estableció que la progresividad es "un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. [La progresividad] impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

En opinión de Víctor Abramovich y Christian Curtis, la noción de progresividad

comprende dos sentidos complementarios: en primer lugar, la *gradualidad* en la satisfacción plena de los derechos sociales, de esta forma, la realización requiere un cierto tiempo para asegurar los derechos en cuestión. En segundo lugar, la satisfacción de estos derechos requiere un *progreso*, es decir mejorar las condiciones de goce y ejercicio de cada derecho.

A la obligación de progresividad es correlativa la obligación de *no regresividad*, que, a criterio de los tratadistas citados, constituye una obligación susceptible de revisión judicial. En virtud de la no regresividad, los Estados están prohibidos de adoptar medidas y políticas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales. Cuando un Estado asume la obligación de mejorar estos derechos, al mismo tiempo, asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes.

En el Ecuador, una obligación progresiva respecto del derecho a la educación consiste en el aumento del 0,5 por ciento anual de la participación del sector educativo en el producto interno bruto (PIB) hasta el año 2012, consagrada en el Plan Decenal de Educación, adoptado como parte del cumplimiento de los Objetivos del Milenio.

El Plan contiene ocho medidas para mejorar la educación en el Ecuador, las medidas 1, 2 y 8 son: 1. Universalización de la Educación Inicial de 0 a 5 años; 2. Universalización de la Educación General Básica de primero a décimo; 3. Aumento del 0,5 por ciento anual en la participación del sector educativo en el PIB hasta el año 2012, o hasta alcanzar al menos el 6 por ciento del PIB. Estas medidas fueron aprobadas como Políticas de Estado por la población mediante consulta popular el pasado 26 de noviembre del 2006.

El Ecuador, al haber establecido el Plan Decenal de Educación como Política de Estado y como parte del plan de acción para el cumplimiento de los Objetivos del Milenio, se comprometió a asegurar la enseñanza primaria universal y además estableció una medida concreta para asegurar las demás políticas: aumento del 0,5 por ciento anual en la participación del sector educativo en el PIB hasta el año 2012, o hasta alcanzar al menos el 6 por ciento del PIB. Esta medida, a la luz de lo establecido anteriormente, es una obligación positiva de carácter progresivo.”

**3.** Manuel Eduardo Góngora Mera (2003), “El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales”, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003: “El bloque del derecho a la educación lo conforman, además de varios artículos de la Constitución, múltiples normas consagradas en estos instrumentos internacionales:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

También se han incorporado obligaciones al Estado relativas a sujetos de especial protección en materia educativa en:

- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
- Convenio (No. 169 OIT) Relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
- Convención sobre los Derechos del Niño Adicionalmente, se han incluido normas que hacen parte de lo que se conoce como “derecho internacional consuetudinario” o “costumbre internacional”.

Aunque no tienen carácter vinculante (carecen de efecto jurídico obligatorio), al obtener un amplio consenso de la comunidad internacional y ser aplicadas sistemáticamente por los Estados, consolidan una práctica general y sistemática que se deriva en la aceptación de obligaciones jurídicas. Pueden tenerse como costumbre internacional las Declaraciones, resoluciones, observaciones de los órganos creados en virtud de los tratados y los informes de los mecanismos no convencionales. Por lo anterior, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fueron tenidas en cuenta para la elaboración del contenido normativo del derecho a la educación. Pese a que no son tratados, sus disposiciones tienen el carácter de derecho internacional consuetudinario dado que son aplicadas sistemáticamente por los Estados y establecen principios ampliamente aceptados en la comunidad internacional. Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos y las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad también se incluyeron. Frente a los Principios, la Corte Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que hacen parte del bloque de constitucionalidad. En cuanto a las Normas uniformes, la Organización de las Naciones Unidas ha considerado que están en camino de alcanzar el carácter de derecho consuetudinario.”

#### **SUMARIO DEL COMENTARIO:**

*El contenido de la educación.*

#### **COMENTARIO PERSONAL:**

El contenido de la educación.

El artículo 27 de la Constitución se refiere al contenido o el alcance que tendrá el derecho a la educación, entendiendo a este como un “derecho del buen vivir”. En el contexto internacional, como veremos más adelante, debemos entender al derecho a la educación como uno de los “derechos económicos, sociales y culturales”, o como derechos progresivos o programáticos. Entiendo esto, vemos que la Constitución determina lo que podríamos llamar el “núcleo” que deberán contener y sobre el que deberán ser diseñados los programas educativos en el Ecuador, en particular en la enseñanza primaria y secundaria.

La norma constitucional referida establece que la educación deberá (i) centrarse en el ser humano, (ii) garantizar el desarrollo holístico, (iii) deberá estar

orientada hacia concientización de los alumnos en el respeto a los derechos humanos, (iv) el respeto al medio ambiente y su sostenibilidad, (v) en el respeto a la democracia, (vi) así mismo deberá ser participativa, (vii) obligatoria, (viii) intercultural, (ix) democrática, (x) incluyente, (xi) diversa, (xii) de calidad y (xiii) de calidez, (xiv) deberá impulsar la equidad de género, (xv) la justicia, (xvi) la solidaridad y la paz, (xvii) el sentido crítico, (xviii) el arte, (xix) la cultura física, (xx) la iniciativa individual y la (xxi) iniciativa comunitaria, finalmente, deberá también ser útil para (xxii) el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar.

El núcleo al que me referí anteriormente, en el que deben basarse los programas de educación en el Ecuador, sería por lo tanto extenso y complejo. A la vez, cada uno de los criterios o requisitos constitucionales que definen a la educación puede hallarse sujeto a diversas interpretaciones en función de la subjetividad de quien aplica o desarrolla la norma, independientemente de la rama del poder estatal desde donde lo haga (*i.e.* ejecutivo, legislativo o judicial).

En atención a lo anteriormente referido, es de especial interés observar el contenido que el legislador ecuatoriano a definido para los programas educativos que tiene bajo su control, para efecto y a manera de ejemplo, debemos analizar el artículo 3 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural:

*“Son fines de la educación:*

- a. El desarrollo pleno de la personalidad de las y los estudiantes, que contribuya a lograr el conocimiento y ejercicio de sus derechos, el cumplimiento de sus obligaciones, el desarrollo de una cultura de paz entre los pueblos y de no violencia entre las personas, y una convivencia social intercultural, plurinacional, democrática y solidaria;*
- b. El fortalecimiento y la potenciación de la educación para contribuir al cuidado y preservación de las identidades conforme a la diversidad cultural y las particularidades metodológicas de enseñanza, desde el nivel inicial hasta el nivel superior, bajo criterios de calidad;*
- c. El desarrollo de la identidad nacional; de un sentido de pertenencia unitario, intercultural y plurinacional; y de las identidades culturales de los pueblos y nacionalidades que habitan el Ecuador;*
- d. El desarrollo de capacidades de análisis y conciencia crítica para que las personas se inserten en el mundo como sujetos activos con vocación transformadora y de construcción de una sociedad justa, equitativa y libre;*
- e. La garantía del acceso plural y libre a la información sobre la sexualidad, los derechos sexuales y los derechos reproductivos para el conocimiento y ejercicio de dichos derechos bajo un enfoque de igualdad de género, y para la toma libre, consciente, responsable e informada de las decisiones sobre la sexualidad;*
- f. El fomento y desarrollo de una conciencia ciudadana y planetaria para la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente; para el logro de una vida sana; para el uso racional, sostenible y sustentable de los recursos naturales;*
- g. La contribución al desarrollo integral, autónomo, sostenible e independiente de las personas para garantizar la plena realización individual, y la realización colectiva que permita en el marco del Buen Vivir o Sumak Kawsay;*
- h. La consideración de la persona humana como centro de la educación y la*

*garantía de su desarrollo integral, en el marco del respeto a los derechos educativos de la familia, la democracia y la naturaleza;*

*i. La Promoción de igualdades entre hombres, mujeres y personas diversas para el cambio de concepciones culturales discriminatorias de cualquier orden, sexistas en particular, y para la construcción de relaciones sociales en el marco del respeto a la dignidad de las personas, del reconocimiento y valoración de las diferencias;*

*j. La incorporación de la comunidad educativa a la sociedad del conocimiento en condiciones óptimas y la transformación del Ecuador en referente de educación liberadora de los pueblos;*

*k. El fomento del conocimiento, respeto, valoración, rescate, preservación y promoción del patrimonio natural y cultural tangible e intangible;*

*l. La inculcación del respeto y la práctica permanente de los derechos humanos, la democracia, la participación, la justicia, la igualdad y no discriminación, la equidad, la solidaridad, la no violencia, las libertades fundamentales y los valores cívicos;*

*m. La protección y el apoyo a las y los estudiantes en casos de violencia, maltrato, explotación sexual y de cualquier tipo de abuso; el fomento de sus capacidades, derechos y mecanismos de denuncia y exigibilidad; el combate contra la negligencia que permita o provoque tales situaciones;*

*n. La garantía de acceso plural y libre a la información y educación para la salud y la prevención de enfermedades, la prevención del uso de estupefacientes y psicotrópicos, del consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para la salud y desarrollo;*

*o. La promoción de la formación cívica y ciudadana de una sociedad que aprende, educa y participa permanentemente en el desarrollo nacional;*

*p. El desarrollo de procesos escolarizados, no escolarizados, formales, no formales y especiales;*

*q. El desarrollo, la promoción y el fortalecimiento de la educación intercultural bilingüe en el Ecuador;*

*r. La potenciación de las capacidades productivas del país conforme a las diversidades geográficas, regionales, provinciales, cantonales, parroquiales y culturales, mediante la diversificación curricular; la capacitación de las personas para poner en marcha sus iniciativas productivas individuales o asociativas; y el fortalecimiento de una cultura de emprendimiento;*

*s. El desarrollo, fortalecimiento y promoción de los idiomas de los pueblos y nacionalidades del Ecuador;*

*t. La promoción del desarrollo científico y tecnológico; y,*

*u. La proyección de enlaces críticos y conexiones articuladas y analíticas con el conocimiento mundial para una correcta y positiva inserción en los procesos planetarios de creación y utilización de saberes.”*

Si tomamos como ejemplo la decisión judicial anteriormente expuesta, expediente No. 0208-13-JP de la Corte Constitucional, nos encontramos ante una demanda por la supuesta infracción de la garantía estatal de precautelar el carácter intercultural de la educación. El juez del caso determinó que no se llegó a configurar una violación constitucional por el cierre de una de las denominadas “escuelas interculturales bilingües”. Sin embargo no quisiera enfocarme en una crítica relacionada de manera directa con la decisión, o sobre la vulneración o no de la garantía constitucional, sino más bien al concepto de la interculturalidad, así

como podría haberme referido al contenido sustantivo de cualesquier otro de los elementos constitutivos del derecho a la educación.

El paradigma de la cultura se inscribe en la reflexión de la antropología cultural que se inserta en la comprensión de las minorías étnicas y en el planteamiento de sus respectivos derechos a la tierra, la cultura y la identidad. Los actores clave de este modelo han sido los líderes indígenas, los antropólogos y las Iglesias [...]. En este paradigma, la interculturalidad es entendida, en un primer momento, en función de los pueblos indígenas y fuertemente condicionada por el irrestricto uso de las lenguas vernáculas y de la praxis cultural en el ámbito de la enseñanza y el aprendizaje, de forma que interculturalidad, en este contexto, casi es sinónimo de ejercicio de la especificidad lingüístico-cultural de cada pueblo, y no tanto una apertura y un intercambio de la sociedad hacia los valores y las especificidades de los pueblos indígenas, a tal punto que se puede afirmar que “interculturales deben ser sólo los indios” (Catalina Vélez, *Trayectoria de la educación intercultural en Ecuador*, Revista Educación y Pedagogía, vol. XX, núm. 52, diciembre de 2008).

Así como analizamos el concepto de la interculturalidad se encuentra sujeta a múltiples variaciones, es decir, en cuanto a lo que es y lo que implica, todos los demás elementos enumerados son interpretados de manera subjetiva con la finalidad de lograr distintos objetivos políticos o sociales al momento de darle forma al derecho de la educación para su debida adjudicación a través de los poderes públicos.

En el plano internacional, vemos que el bloque del derecho a la educación lo conforman los siguientes instrumentos internacionales:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
- Convenio (No. 169 OIT) Relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
- Convención sobre los Derechos del Niño Adicionalmente, se han incluido normas que hacen parte de lo que se conoce como “derecho internacional consuetudinario” o “costumbre internacional”.

# EL CONCEPTO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

## CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

[Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20-X-2008]

### TÍTULO II: DERECHOS

#### Capítulo segundo: Derechos del buen vivir

#### Sección quinta: Educación

**Art. 26.- La educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tienen el derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo.**

#### GÉNESIS HISTÓRICA:

**C. (1929)** art. 151. La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos: (...) 21. La libertad de educación, de enseñanza y de propaganda. (...)

**C. (1945)** art. 143§1. Art. 143.- La educación constituye una función del Estado. Se garantiza la educación particular, ajustada a las leyes y a los reglamentos y programas oficiales. (...)

**C. (1946)** art. 171. La educación de los hijos es deber y derecho primarios de los padres o de quienes los representen. El Estado vigilará el cumplimiento de ese deber y facilitará el ejercicio de este derecho.

**C. (1967)** art. 33. Derecho a la educación.- El Estado garantiza el derecho a una educación que capacite a la persona para vivir dignamente, bastarse a sí misma y ser útil a la comunidad.

El derecho a la educación incluye el de disponer de iguales oportunidades para desarrollar las dotes naturales en una profesión, arte u oficio, y en el grado o nivel en que encuentre la mejor garantía de bienestar para sí misma, para los que de ella dependen y para el servicio de los demás.

**C. (1979)** art. 27§1. La educación es deber primordial del Estado. (...)

**C. (1998)** art. 66§1.- 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. (...)



## CONCORDANCIAS:

- (i) Código Civil (libro I), arts. 108, 268, 453, 455;
- (ii) Código del Trabajo, arts. 135, 136, 268;
- (iii) Código de la Niñez y Adolescencia, arts. 39, 42, 55, 84, 91, 102.
- (iv) Ley Orgánica de Educación Intercultural art. 4.

## JURISPRUDENCIA:

**Corte Constitucional, Expediente No. 0459-13-JP:** El Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Esmeraldas resolvió aceptar la acción de protección, argumentando que en conjunto, con la prueba incorporada al proceso se ha demostrado que la actuación del Rector de del Liceo Naval de Esmeraldas “Calm. Ramón Castro Jijón” ha vulnerado el derecho a la educación, establecido en la Constitución de la República, ya que no se encuentran razones de ninguna naturaleza: ni morales, ni éticas, prácticas, sociales, constitucionales, legales o reglamentarias para no haber otorgado el cupo correspondiente ni matrícula al adolescente, impidiendo su acceso a la educación, derecho que es plenamente sujeto a tutela judicial, inherente a la persona e inalienable, considerando además que dicho adolescente ya fue estudiante por varios años seguidos de dicha Institución y que el cupo solicitado es para el último año de colegio. Como reparación integral el Juez ordenó que se conceda cupo y matrícula al adolescente y además, que se adopte un plan de nivelación educativa, de lo cual hará seguimiento el Juzgado.

La Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia subida en grado, señalando que la pretensión de los accionantes se concentra en dejar sin efecto el proceso administrativo N° 017-2012-E-MSF, y en el sentido en que se ha planteado el requerimiento se puede deducir que se incurre en un caso de legalidad más no de constitucionalidad. Asimismo manifiesta, que del análisis del expediente se puede evidenciar que durante el desarrollo del proceso administrativo, sí existió el cumplimiento del debido proceso, sin embargo, los hoy accionantes no comparecieron para rendir sus testimonios durante el período de práctica de prueba.

Adicionalmente expone, que de forma correcta se ha construido la conclusión en el proceso, estableciendo que el cometimiento de agresiones a la integridad del señor Carlos Muñoz Yáñez, por parte de los accionantes, afecta al prestigio de la Universidad Central del Ecuador; por tanto la suspensión de la educación durante un ciclo educativo es consecuencia de las actuaciones de los legitimados activos, no de las autoridades universitarias.

Finalmente concluye, que la pretensión en una acción de protección, no puede reducirse únicamente a la revisión de la legalidad de un procedimiento administrativo, pues para este objeto existen otras vías judiciales, añadiendo que los accionantes no han demostrado fehacientemente por qué estas vías no son eficaces para el caso hoy abordado, por lo expuesto, la Sala dispone negar la acción de protección propuesta, ya que la misma no procede cuando se refiere a aspectos de mera legalidad, sin que conlleve la vulneración de derechos constitucionales.

**Corte Constitucional, Expediente No. 1152-12-JP:** La Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha desestimó el recurso de apelación interpuesto, y por lo tanto la acción de protección propuesta. El Tribunal se planteó las siguientes preguntas:

1.- ¿La imposición de una sanción de orden administrativo de suspensión de las actividades académicas por la comisión de una infracción tipificada en la Ley Orgánica de Educación Superior, que a su vez podría configurar una infracción penal, una violación al debido proceso, en las garantías del juez competente y la legalidad de la infracción y sanción; en conexión con el derecho a la educación?

2.- ¿La suspensión de las actividades universitarias durante un período lectivo como producto de una sanción administrativa, por haberse configurado un delito tipificado en la ley penal, viola el derecho constitucional a la educación y al debido proceso?

Manifestó que del análisis del expediente se puede evidenciar que durante el desarrollo del proceso administrativo, sí existió el cumplimiento del debido proceso, sin embargo, los hoy accionantes no comparecieron para rendir sus testimonios durante el período de práctica de prueba.

Adicionalmente expone, que de forma correcta se ha construido la conclusión en el proceso, estableciendo que el cometimiento de agresiones a la integridad del señor Carlos Muñoz Yáñez, por parte de los accionantes, afecta al prestigio de la Universidad Central del Ecuador; por tanto la suspensión de la educación durante un ciclo educativo es consecuencia de las actuaciones de los legitimados activos, no de las autoridades universitarias.

Finalmente concluye, que la pretensión en una acción de protección, no puede reducirse únicamente a la revisión de la legalidad de un procedimiento administrativo, pues para este objeto existen otras vías judiciales, añadiendo que los accionantes no han demostrado fehacientemente por qué estas vías no son eficaces para el caso hoy abordado, por lo expuesto, la Sala dispone negar la acción de protección propuesta, ya que la misma no procede cuando se refiere a aspectos de mera legalidad, sin que conlleve la vulneración de derechos constitucionales.

**Corte Constitucional, Expediente No. 0149-13-JP:** La Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia aceptó el recurso de apelación revocando la sentencia recurrida. La Sala inició memorando la naturaleza de la acción de protección y los requisitos para su procedencia. Manifestó que de la documentación que obra en el expediente que se ha seguido el debido proceso, y se ha permitido el derecho a la defensa del accionante lo que se constata con la apelación por el accionante propuesta el 23 de mayo de 2011, así como constancias de las diferentes oportunidades que la institución le ha brindado. Indicó que además reposa en el sumario un pronunciamiento del Ministerio del Interior, ya que dicha entidad conoció del caso por apelación y ordenó dejar sin efecto la baja del aspirante disponiendo que se le dé una nueva oportunidad para rendir el examen y pueda contar con una nueva oportunidad para aprobar la materia, no obstante, se evidencia que el aspirante vuelve a fallar y no logró obtener la nota mínima requerida. De lo expuesto, la Sala arguyó que se trata de un asunto de mera legalidad para el cual se

contempla la jurisdicción contenciosa administrativa, pues dicha vía se constituye en una auténtica garantía para satisfacer las pretensiones del accionante; adicionalmente, señaló que no existe vulneración de derechos constitucionales.

**Corte Constitucional, Expediente No. 0240-13-JP:** ¿Existe vulneración al derecho a la educación cuando un hospital público niega a uno de sus servidores la comisión de servicios con remuneración para efectuar estudios regulares de postgrado, tomando en cuenta que éste ya ganó su derecho a realizar la sub-especialidad y que la constitución garantiza el acceso y permanencia como elementos del derecho a la educación?

La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro resolvió revocar la sentencia subida en grado y en su lugar admitir la acción de protección, por los vicios contenidos en el Memo de 24 de octubre del 2012, donde se vulneran los derechos al trabajo, a la educación, a la seguridad jurídica, al debido proceso, y al buen vivir; ocasionándole graves daños y perjuicios a una colectividad que requiere la preparación constante de los profesionales para aspirar a una mejor atención con conocimientos actualizados, siendo obligación de todo juez constitucional reparar esta clase de daños.

**Corte Constitucional, Expediente No. 0409-13-JP:** ¿Se atenta contra el derecho a la educación cuando la autoridad educativa competente no tramita una homologación de materias dentro de un plazo razonable?

La Única Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro confirmó en todas sus partes la sentencia dictada, disponiendo que proceda conceder en forma inmediata matrícula a la señora Geomary Alexandra Tituana Córdova en el tercer nivel de post bachillerato. La Sala indicó que el Rector de la referida Institución Educativa respondió a la petición de manera tardía y sin contener la debida motivación, lo que va en contravía con normativa constitucional que especifica que las resoluciones de las autoridades públicas que carezcan de motivación se entenderán nulas. Por otra parte, indicó que el artículo 26 constitucional resalta la importancia del derecho a la educación, derecho que en los hechos del caso estudiado considera se ha transgredido.

**Corte Constitucional, Expediente No. 0325-13-JP:** 1.- ¿En qué medida procede la suspensión del derecho constitucional a la educación por una investigación disciplinaria en una universidad, entendiéndose que ésta es considerada en los artículos 26, 27, 28 y 29 de la Constitución de la República como ineludible e inexcusable por parte del Estado? 2.- ¿Bajo qué circunstancias es procedente que se suspenda constitucionalmente el derecho a la educación?

La Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Manabí resolvió aceptar el recurso de apelación presentado por la parte accionada y en consecuencia revocar la sentencia dictada por el Juez Segundo de Familia, Niñez y Adolescencia de Manabí que aceptó la acción de protección. La referida Sala argumentó que no se evidencia violación al derecho a la defensa que acusa el accionado, pues la suspensión de sus actividades estudiantiles por el lapso

que dure la tramitación del expediente administrativo instaurado en su contra, está plenamente facultado en el artículo 132 numeral 2 del estatuto de la universidad.

Además, la Sala mencionó que no se observa violaciones de derechos constitucionales, sino que las presuntas transgresiones, a las que se refiere el accionante, debió plantearlas en la vía judicial ordinaria por tratarse de asuntos de legalidad.

#### **DOCTRINA:**

1. Pontificio Consejo “Justicia y Paz” (2005), Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, §166: Las exigencias del bien común derivan de las condiciones sociales de cada época y están estrechamente vinculadas al respeto y a la promoción integral de la persona y de sus derechos fundamentales. Tales exigencias atañen, ante todo, al compromiso por la paz, a la correcta organización de los poderes del Estado, a un sólido ordenamiento jurídico, a la salvaguardia del ambiente, a la prestación de los servicios esenciales para las personas, algunos de los cuales son, al mismo tiempo, derechos del hombre: alimentación, habitación, trabajo, educación y acceso a la cultura, transporte, salud, libre circulación de las informaciones y tutela de la libertad religiosa.

2. Carolina Silva Portero (2007), “Las dimensiones positivas del derecho a la educación y el acceso a la información pública”, en “Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad”. PUCE, Quito, p. 43-64: El derecho a recibir educación está consagrado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. En el Ecuador, la Constitución Política establece que "la educación es derecho irrenunciable de las personas, deber inexcusable del Estado [...] es responsabilidad del Estado definir y ejecutar políticas que permitan alcanzar estos propósitos". Además, el Ecuador ha ratificado el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo de San Salvador") y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante "PIDESC"), los mismos que declaran el derecho de toda persona a la educación".

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), para acentuar la importancia del derecho a la educación, determinó que "la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados, económica y socialmente, salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico".

En este sentido, Katarina Tomasevski, relatora Especial sobre el derecho a la educación de la ONU, manifiesta que "muchos derechos individuales, especialmente los asociados al empleo y la seguridad social, están fuera del alcance de quienes han

sido privados de educación. La educación es un multiplicador que aumenta el disfrute de todos los derechos y libertades individuales cuando el derecho a la educación está efectivamente garantizado, y priva a las poblaciones del disfrute de muchos derechos y libertades cuando se niega o viola ese derecho".

De igual forma los tratadistas argentinos, Juana M. Kweitel y Pablo Ceriani Cernadas, opinan que "la educación es una condición para el ejercicio de muchos otros derechos. Es sin duda un elemento fundamental para el ejercicio de los derechos políticos pero es además un componente elemental del derecho a la libertad religiosa. Por otra parte, los derechos derivados del empleo y de la seguridad social quedan fuera del alcance de aquellos que han sido privados del acceso a la educación".

#### **SUMARIO DEL COMENTARIO:**

*El concepto del derecho a la educación.*

#### **COMENTARIO PERSONAL:**

El concepto del derecho a la educación.

A pesar de que las normas que revisaremos a lo largo del presente compendio, de todo tipo, desde regulaciones y reglamentos, hasta constituciones y tratados internacionales, se refieren a la educación, o el derecho a recibirla, en ninguna de estas fuentes encontramos una definición semántica del concepto.

La definición oficial que se le ha dado en castellano, tomada del Diccionario de la lengua española, es la siguiente: "Dirigir, encaminar, doctrinar". Alternativamente: "Desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos, etc.". Con esto en mente, me referiré al concepto mismo de educación, en la medida en que puede ser inferido a partir de las disposiciones normativas que analizaremos, y a la manera en que se lo debe entender en el contexto de la Constitución ecuatoriana.

El artículo 4 de Ley Orgánica de Educación Intercultural, la ley de educación vigente en el Ecuador, dice que "*la educación es un derecho humano fundamental garantizado en la Constitución de la República y condición necesaria para la realización de los otros derechos humanos [...]*". Por lo tanto, a efectos de definir el concepto, además de los elementos que puedan resultar obvios (desarrollar, dirigir, perfeccionar facultades y habilidades), vemos que la educación es un derecho humano, además de un derecho constitucional. Adicionalmente, la realización de este derecho, encaja en el programa constitucional como una pieza dentro de un mecanismo sistemático, dicho de otra manera, es una condición para la realización de otros derechos.

En el sentido de lo anteriormente expuesto, cuando me refiero a la educación como un derecho que trasciende el ámbito de lo constitucional, es importante entender al derecho a la educación en su dimensión natural e internacional, como un derecho que sobrepasa la legalidad o normatividad de cualquier estado. Así, el artículo 13.2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone lo siguiente: "*Los Estados partes en el presente*

*Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.”*

En esta misma línea de argumentación, vemos que “[e]l Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), para acentuar la importancia del derecho a la educación, determinó que “la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados, económica y socialmente, salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico” (Carolina Silva Portero (2007), “Las dimensiones positivas del derecho a la educación y el acceso a la información pública”, en “Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad”, PUCE, Quito).

La jurisprudencia constitucional relevante en materia de educación es escasa y poco novedosa. De las decisiones judiciales señaladas anteriormente, pueden ser relevantes las contenidas en los expedientes No. 0240-13-JP y No. 0409-13-JP.

La primera de ellas trata sobre el derecho de un estudiante de medicina a tomar una comisión de servicios, con remuneración, para efectuar estudios de posgrado. Entre los argumentos presentados por el tribunal para conceder el recurso de protección, y por lo tanto extender a dicho estudiante beneficios financieros estatales, se dice que “*éste ya ganó su derecho a realizar la sub-especialidad y que la constitución garantiza el acceso y permanencia como elementos del derecho a la educación*”. Adicionalmente, el tribunal se refiere a “*los graves daños y perjuicios a una colectividad que requiere la preparación constante de los profesionales para aspirar a una mejor atención con conocimientos actualizados*”.

Los efectos inmediatos de la decisión suscitan preguntas importantes, que lamentablemente no son esclarecidas por la sucinta motivación expuesta por los jueces. ¿Debemos entender que cualquier estudiante de posgrado en instituciones públicas, de cualquier materia que fuere, tiene derecho a recibir recursos públicos (en la forma de una comisión de servicios pagada) derivados de las garantías al acceso y permanencia citados? ¿Debemos aplicar esta doctrina exclusivamente a los estudiantes de medicina? Pero los efectos de esta decisión parecen proyectarse más allá del caso particular del recurrente, cuya pretensión, como ya vimos, fue acogida. El tribunal se refiere adicionalmente a los daños que serían causados a una “colectividad”, presumo que todos los estudiantes de medicina que se encuentren en una situación similar y comparable a la del recurrente. Aparecen entonces interrogantes que trascienden al derecho constitucional cuya tutela se

pretende, y pasan a tratar sobre los efectos que en efecto puede tener una sentencia derivada de un proceso iniciado mediante una acción de protección.

La segunda decisión a la que quisiera referirme consiste en una acción de protección que fue otorgada por el tribunal como consecuencia de un retraso en la tramitación de una homologación de materias. El principal motivo por el que el tribunal acoge el pedido de tutela es la falta de motivación y el retraso del rector de la institución educativa en donde se llevaba a cabo dicho trámite. Sin embargo, al momento de determinar la conexión del supuesto señalado, es decir, la falta de motivación y el retraso en el trámite, el tribunal se limita a citar “la importancia del derecho a la educación”, por lo que la utilidad de este precedente para futuras acciones similares sería dudosa.

**Bibliografía:**

Carolina Silva Portero (2007), “Las dimensiones positivas del derecho a la educación y el acceso a la información pública”, en “Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad”. PUCE, Quito

Delfino, J. (2004). Educación superior gratuita y equidad. Revista de Economía y Estadística, Cuarta Época, Vol. 42, No. 1

Juan Pablo II, Exh. ap. Familiaris consortio

López, M. L. S., & Tobarra, J. A. S. (1995). Los límites del derecho de libertad de cátedra. *Ensayos: Revista de la Facultad de Educación de Albacete*, (10),

Machasilla, E., Sánchez, D., Urgilés, O. (2009), Análisis del impacto de la educación gratuita en las universidades estatales de la ciudad de Guayaquil, Escuela Superior Politécnica del Litoral, Tesis de grado.

Manuel Eduardo Góngora Mera (2003), “El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales”, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003.

Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, 2005.

Ramiro Borja y Borja, “Derecho Constitucional Ecuatoriano”, Tomo I, Quito, 1999, p. 207 – 209

René Ramírez y Analía Minteguiaga, *Transformaciones en la Educación Superior Ecuatoriana: antecedentes y perspectivas futuras como consecuencia de la nueva constitución política*, Revista Educación Superior y Sociedad, Quito, 2009

**Normativa Citada:**

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Convención sobre los Derechos del Niño Adicionalmente, se han incluido normas que hacen parte de lo que se conoce como “derecho internacional consuetudinario” o “costumbre internacional”.

Convenio (No. 169 OIT) Relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes

Estatuto de Centros Escolares

Ley Orgánica de Educación Intercultural

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.

**Jurisprudencia citada:**

Acción Extraordinaria de Protección No. 133, Registro Oficial Suplemento 526 de 19 junio de 2015

Corte Constitucional, Expediente No. 0149-13-JP

Corte Constitucional, Expediente No. 0208-13-JP

Corte Constitucional, Expediente No. 0240-13-JP

Corte Constitucional, Expediente No. 0325-13-JP

Corte Constitucional, Expediente No. 0409-13-JP

Corte Constitucional, Expediente No. 0459-13-JP

Corte Constitucional, Expediente No. 1152-12-JP

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia del 24 de agosto de 2010



