



Derecho a la educación: el rol de los tribunales de justicia como garantizadores del acceso a la educación en condiciones de igualdad

Rigth of education: the rol of the Courts as guarantors of equal access to education

Liliana M. Ronconi

Resumen

En Argentina el derecho a la educación goza de un amplio reconocimiento normativo (constitucional, convencional y legal). Asimismo, este reconocimiento es ampliado en la normativa de algunas jurisdicciones locales, como sucede en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ahora bien, pese a este amplio reconocimiento normativo, existen determinadas situaciones donde el ejercicio de dicho derecho presenta fuertes déficits. En este sentido, diferentes informes demuestran que no todas las personas o grupos pueden acceder al derecho a la educación o, en caso de que accedan, no lo hacen en condiciones de igualdad. Muchas de estas situaciones de desigualdad en el acceso a la educación han sido llevadas a los tribunales por particulares o por ONGs que procuran la defensa de un derecho educativo igualitario. El análisis crítico de las respuestas que ha dado el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a estos reclamos es el foco de este trabajo. Así, pretendemos analizar el rol que han asumido los jueces y juezas como garantes del derecho a la educación, en una jurisdicción que, al carecer de una norma general que regule la totalidad del sistema educativo, requiere de otros órganos, distinto del Legislativo, para hacer efectivos los derechos.

Palabras claves: derechos, educación, igualdad, grupos desaventajados, tribunales de justicia.

Abstract

In Argentina, the right to education is legal and wide recognized. This recognition is extended in the rules of some local jurisdictions, as in the Constitution of the city of Buenos Aires. However, despite this broad regulatory recognition, there are certain situations where the exercise of this right has strong deficits. In this regard, various reports show that not all individuals or groups can access the right to education or they access in conditions of inequality. Many of these situations of inequality in access to education have been brought to court by individuals or NGOs. The aim of this paper is to analyze and criticize the responses given by the judiciary of the city of Buenos Aires to this claims. We will analyze the role that the judges assumed in these cases as guarantors of the right to education. This is a particular situation because Buenos Aires is a jurisdiction that lacks of a general rule that governs the entire education system and requires other organs than the legislature, to enforce the rights.

Keywords: rights, education, equality, groups disadvantage, courts.



Introducción

El derecho a la educación goza de un amplio reconocimiento normativo. En el ámbito nacional, se encuentra reconocido en la Constitución Nacional (en adelante CN) (Arts. 14 y 75 inc. 18, 19 y 23) y en diferentes Instrumentos Internacionales (Tratados y Declaraciones) de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) y regulado por diferentes normas nacionales (Leyes nro. 26.061, 26.206, 27.045, entre otras). Asimismo, se encuentra garantizado en la mayoría de las constituciones provinciales y en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, la CABA) (art. 23, 24 y 25 de la Constitución de la CABA). En esta última jurisdicción, la garantía supera incluso el piso federal¹

Ahora bien, existen determinadas situaciones donde el ejercicio de dicho derecho presenta fuertes déficits (ACIJ, 2008; ADC, 2009; Rivas, 2010)². Así, la mera enunciación constitucional y legislativa del derecho no alcanza para proteger a la población más vulnerable. Estos déficit pueden identificarse en lo que respecta a su *asequibilidad*, *accesibilidad*, *aceptabilidad*, *adaptabilidad*, conforme el análisis de las 4 “A” propuesto por K. Tomasevsky (2004). Muchas de las situaciones de desigualdad en el *acceso* a la educación³ han sido llevadas a los tribunales por particulares o por ONGs que procuran la defensa de un derecho educativo más igualitario. El análisis crítico de las respuestas que ha dado el Poder Judicial a estos reclamos es el foco de este trabajo.

Así, pretendemos analizar el concepto de igualdad que surge de los fallos dictados por el poder judicial de la CABA para resolver los reclamos en materia educativa. El objetivo principal es determinar cuál es la concepción de igualdad dominante en la jurisprudencia relativa al acceso a la educación básica⁴ de los tribunales de la CABA e indagar sobre los avances (y/o retrocesos) que estas sentencias implican como forma de garantizar el derecho a la educación en una jurisdicción que carece de una norma general que regule el sistema educativo. Este análisis resulta de gran importancia, pues al carecer la jurisdicción de una normativa general, las sentencias se convierten en normas que regulatorias del sistema educativo (Ruíz, 2012). Además, si bien las sentencias tienen efecto entre las partes, lo característico de los casos seleccionados es que caen (o deberían caer, a nuestro entender) dentro de la tipología “litigio estructural”, donde la estructura ya no es estrictamente bipolar (Puga, 2013; Bergallo, 2005; Treacy, 2013). En estos casos, existe una 1) afectación a un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan su causa, 2) involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas, y 3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto), de esta manera exigen que el juez o tribunal ejerza con mayor intensidad sus poderes de dirección del proceso.

Para esto, en primer lugar, trabajaré sobre distintas concepciones de igualdad, determinando a) las ventajas e insuficiencias de cada una de ellas; b) cual es el mandato de igualdad que rige (o debería regir) en lo que respecta al derecho a la educación; c) quién/quienes es/son los obligados a hacer efectiva dicho mandato constitucional. Luego, realizaré un análisis de distintas sentencias que se han dictado en el ámbito de la CABA en donde existían problemas de acceso a la educación e igualdad. Por último, elaboraré algunas conclusiones.

¿Qué entendemos por igualdad?

Al igual que el derecho a la educación, el principio de igualdad tiene un amplio reconocimiento tanto en la CN (arts. 16, 20 y 75 inc. 19 y 22) como en la Constitución de la CABA (arts. 11 y 23). Sin embargo, la pregunta que sigue es: ¿de qué hablamos cuando hablamos de igualdad? Al respecto, es posible identificar tres concepciones sobre las implicancias y alcances del principio de igualdad. Superado el entendimiento de la igualdad como mero principio de igualdad formal, se comienza a interpretar la igualdad (a.1) como no-discriminación, criterio que se refuerza con la presunción de inconstitucionalidad cuando se utilizan categorías sospechosas para clasificar en desmedro de determinados colectivos. Asimismo, un avance sobre esta concepción es la interpretación de la igualdad como la necesidad de realizar (a.2) acciones positivas, entendiendo a la igualdad como igualdad estructural de “oportunidades”. Veamos con más detalle.

a.1) Igualdad como no discriminación.

Esta concepción de igualdad que no se conforma con que los “iguales” sean tratados como “iguales” sino que cuestiona la “razonabilidad” de la distinción. De esta manera, exige que nos preguntemos si es válida cualquier tipo de distinción



realizada por el legislador. Comienzan entonces a exigirse razones que hablen a favor (o en contra) del criterio utilizado por el legislador para clasificar. Para esta concepción de igualdad, sólo serán válidas aquellas clasificaciones que sean “objetivas y razonables”.

Sostiene que las distinciones no están prohibidas siempre que exista un fin razonable que las justifique. Exige, entonces, indagar sobre la “razonabilidad” de la distinción.⁵ Esto quiere decir “que exista una relación de “funcionalidad” o “instrumentalidad” entre el fin buscado por la norma, y el criterio o categoría escogido para justificar el trato diferente” (Saba, 2012).

Es posible identificar distintos “test” o “modelos” de razonabilidad (Clérico & Aldao, 2011). Sin embargo, existen categorías o clases que implican distinciones que prima facie son inconstitucionales por ser discriminatorias: las “categorías sospechosas”. Forman parte de dichas categorías, las distinciones basadas en el sexo, la nacionalidad, la raza, la orientación sexual, entre otras.⁶ Es así que, verificada la existencia de una categoría sospechosa, el análisis de constitucionalidad debe ser muy estricto y deberá ser el Estado quien justifique la constitucionalidad de dicha diferenciación (inversión de la carga justificatoria). Es decir que rige sobre dicha distinción una presunción de inconstitucionalidad, y es el Estado quien debe demostrar por qué está justificada. Así, las consecuencias de que una norma se base en una categoría sospechosa para establecer una distinción son: a) cae la presunción de constitucionalidad de la norma, b) es el Estado quien debe probar que la distinción es estrictamente necesaria para alcanzar un fin imperioso c) se aplica un análisis estricto de razonabilidad (Garay, 1989; Bianchi & Gullco, 2001; Treacy, 2006).

Esta doctrina fue aplicada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, la CSJN o la Corte) en distintos casos, en los cuales existía una norma que establecía una clasificación fundada en una “categoría sospechosa”. En todos estos casos se utilizaba la nacionalidad o el sexo para negar el ingreso de ciertos grupos (extranjeros, mujeres) al empleo público,⁷ a un establecimiento educativo,⁸ a la continuación del ejercicio de la docencia en un establecimiento educativo privado con reconocimiento oficial,⁹ a un beneficio social,¹⁰ a un puesto de trabajo.¹¹

Ahora bien, la crítica que se le realiza a la concepción de igualdad como no discriminación es que dicho criterio de análisis no toma en cuenta las diferencias fácticas entre las personas o grupos, que en muchos casos resultan de vital importancia. En especial cuando se trata de grupos que han sido históricamente excluidos del goce de ciertos derechos. Aclaremos un poco este punto. Así, la igualdad es ciega, porque no toma en cuenta el contexto en el que se desenvuelve la persona. Presupone que todos tenemos las mismas posibilidades, lo cual no se puede afirmar respecto de determinados grupos que han sido excluidos del reconocimiento o goce de ciertos derechos.

El concepto de *igualdad como no discriminación* es incompleto o insuficiente, porque no toma en cuenta la situación de estos grupos desaventajados o sojuzgados. Más aún, podemos sostener que estos grupos, en muchos casos, no son excluidos por ninguna ley ni tampoco se excluyen voluntariamente del goce de ciertos derechos (ej. educación), sino que, en lo cotidiano, ellos no pueden gozar de sus derechos. Esto es, padecen una desigualdad fáctica. De esta manera, se plantea la necesidad de ampliar la concepción de igualdad y trabajar a la igualdad como *principio de no sometimiento o igualdad estructural* (Saba, 2012).

a.2) Acciones positivas. El camino hacia la igualdad como no sometimiento o igualdad estructural

Esta postura se ve afirmada con la reforma constitucional, ya que a partir del año 1994 se estableció la igualdad real de oportunidades como un valor a proteger y correlativamente la necesidad de realizar “*acciones positivas*” (Art. 75 inc. 19 y 23 y art. 37 CN; arts. 11 y 23 de la CCABA) en favor de determinados grupos, a fin de neutralizar o modificar situaciones de desigualdad. Se trata entonces de “una noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, la protección de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación. Esta última noción presupone un Estado que abandone su [aparente] neutralidad y que cuente con herramientas de *diagnóstico* de la situación social para saber qué grupos o sectores debe recibir en un momento histórico determinado *medidas urgentes y especiales de protección*”. (UNLanús, 2013).

Mediante las acciones positivas se procura colocar a aquellos grupos que han sido sojuzgados en situación de igualdad real de oportunidades respecto del goce efectivo de los derechos. En estos casos, se requerirán acciones reparadoras o transformadoras (Fraser, 2006), a fin de erradicar esa desigualdad. De esta manera, existirán respecto de algunas personas o grupos tratos desigualitarios (como acciones positivas) que tienden a equilibrar su situación de desigualdad y permitirle



el goce efectivo del derecho en cuestión. En suma, la igualdad jurídica es insuficiente cuando se trata de ciertos grupos. Respecto de estos grupos se deberán realizar acciones positivas (transformadoras o reparadoras) para cumplir con el mandato de igualdad real de oportunidades. El Estado deberá, entonces, dejar atrás su rol aparentemente neutral y adoptar acciones que impliquen favorecer a estos grupos desaventajados. Ahora bien, ¿Cuál es el alcance de la igualdad en materia educativa? Esto nos lleva al siguiente punto.

Igualdad y educación

En lo que respecta al derecho a la educación esta nueva concepción de igualdad aparece muy potente luego de la reforma constitucional. La concepción de igualdad que debe aplicarse en materia educativa surge de la interpretación conjunta de los incs. 18, 19 y 23 del artículo 75.

Como sabemos por el artículo 75 inc. 18 (anterior 67 inc. 16 CN) el Estado está obligado a fijar “bases” para todos los niveles y modalidades educativas (Scioscioli, 2015). Sin embargo, pareciera que la obligación va más allá exigiendo no sólo regular sino también garantizar y fomentar la educación, ya que el actual art. 75 inc. 19 impone al Congreso la obligación de *“sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal...”*. Asimismo, el inc. 23 del art. 75 establece la obligación del Estado no solo de proteger sino también de realizar acciones positivas para los grupos vulnerables (*“los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”*) para garantizar el goce efectivo, en este caso, del derecho a la educación en igualdad de oportunidades. De esta manera, los incs. 18, 19 y 23 del art. 75 se complementan: no sólo se debe regular la educación sino que además se fijan pisos que la legislación debe respetar al momento de legislar en materia educativa y el Estado debe llevar a cabo a fin de lograr que todos puedan acceder y disfrutar del derecho a la educación en condiciones de igualdad.¹²

La igualdad: ¿un mandato para quién?

Vimos anteriormente que tanto el derecho a la educación como el derecho a la igualdad tienen un amplio reconocimiento constitucional. Sin embargo, el reconocimiento constitucional es sólo un primer paso para hacer efectivo los derechos. En este sentido, es claro que el mandato constitucional de igualdad real de oportunidades está dirigido en forma directa hacia los legisladores (básicamente por lo dispuesto en el art. 75 inc. 18, 19 y 23 de la CN). De esta manera, el reconocimiento y regulación legislativa son necesarios para hacer efectivos los derechos. Sin embargo, en muchos casos no existe tal acción de parte del Poder Legislativo, como sucede en materia educativa en el ámbito de la CABA. En otros la acción es insuficiente, o defectuosa, o peor aún, la legislación suficiente es incumplida por los órganos que deben hacer efectiva esa política. Al respecto, Arango sostiene que *“pese al gran avance que significa la institucionalización de los derechos humanos, lo cierto es que para hacerlos realidad no basta su positivización. Para su protección efectiva (...) merecen ser garantizados constitucionalmente por vía de diversos mecanismos, en especial las acciones y los procedimientos de defensa judicial”* (Arango, 2014).

¿Por qué no alcanza con el texto normativo? Sostiene García Villegas (2013) que en América Latina somos testigos, desde mediados de la década de los ochenta y en adelante, de reformas constitucionales progresistas en materia de derechos sociales. Sin embargo, con matices, la ejecución de esas reformas no fue sostenida en el tiempo a través de fuerzas políticas con poder de establecer la agenda e influencia en la toma de decisiones gubernamentales. Nos encontramos así frente a lo que el autor denomina *“constitucionalismo aspiracional”*. Este se diferencia del constitucionalismo preservador que es aquel donde existe un robusto reconocimiento de derechos sociales en la Constitución y, luego, en los hechos las fuerzas políticas que motorizaron la reforma sostienen las transformaciones necesarias de las estructuras sociales, económicas, políticas y culturales, para que esas normas sobre derechos no se queden en el papel. En el constitucionalismo aspiracional, al contrario, las fuerzas políticas que promovieron la reforma no acompañaron la tarea de hacer efectivos los derechos. En el contexto de ejecución de reformas constitucionales que por ahora no se han mostrado con efectos *“transformadores”*; para



garantizar la efectividad de los derechos se requiere, además, 1) “el compromiso de los movimientos sociales, la opinión pública y, en general, las fuerzas políticas que apoyaron la promulgación de la constitución o que apoyan su aplicación efectiva” (García Villegas, 2013: 83) y 2) el activismo judicial en el control de los actos de gobierno a fin de hacer cumplir los derechos consagrados en la Constitución,¹³ lo que en este contexto puede implicar ordenar remedios que tengan por objeto prestaciones ¹⁴ .

Como vimos, la reforma constitucional del año 1994 implicó el reconocimiento de diversos derechos sociales, entre ellos el derecho a la educación, como asimismo, una transformación en el concepto de igualdad. Sin embargo, para varios colectivos no están generadas las condiciones que le permitan el goce efectivo y en condiciones de igualdad de esos derechos. Entonces, hasta tanto no se produzcan esos cambios, la salida es el reclamo por la exigibilidad de los derechos en diferentes arenas, entre otras, y especialmente, la judicial.

Así, una forma que existe para transformar el constitucionalismo aspiracional en un constitucionalismo verdadero es que los jueces asuman un rol de acompañamiento del cambio cultural mediante sentencias que amplían el reconocimiento de derechos. Esto produce un efecto “bola de nieve” que “mejora” la visión que se tiene de la justicia como órgano capaz de asegurar el acceso a un derecho y de esta manera los y las afectados/as tienen esperanzas en que sus casos sean resueltos en forma similar a otras sentencias por medio de las cuales, se logró exigibilidad en el derecho a la educación (vacantes, transportes, construcción de escuelas, etc.).¹⁵ En este sentido, “el derecho y las decisiones judiciales generan transformaciones sociales no sólo cuando inducen cambios en la conducta de individuos y grupos directamente involucrados en el caso, sino también cuando provocan transformaciones indirectas en las relaciones sociales, o cuando modifican las percepciones de los actores sociales y legitiman las visiones del mundo que promueven los activistas y litigantes que acuden a las cortes” (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2010).

Es por esto que en lo que sigue, indagaremos sobre cómo han sido aplicados los textos constitucionales sobre igualdad por el poder judicial de la CABA al momento de resolver los reclamos en materia de acceso a la educación básica. Intentaremos determinar cuál o cuáles son las concepciones dominantes de igualdad al momento de resolver reclamos sobre acceso a la educación. En suma, se trata de analizar si las concepciones de aplicación de las mandas de igualdad implícitas en las argumentaciones de las sentencias judiciales están a la altura de los avances logrados en los textos constitucionales y legislativos.

Jurisprudencia sobre acceso a la educación e igualdad en el ámbito de la CABA

En los últimos años se produjo un aumento de la jurisprudencia de los tribunales de justicia de la CABA en materia de educación. Las conjeturas que pueden hacerse al respecto son varias. En otro trabajo hemos sostenido (Cardinaux [et. al.], 2012) que el alto nivel de permeabilidad a los distintos reclamos sobre derechos sociales e igualdad que tuvo el fuero Contencioso Administrativo y Tributario (en adelante, CAyT) de la CABA puede deberse a:

- a) el alto estándar de igualdad fijado por la Constitución Nacional y local.
- b) algunos cambios culturales que hacen que las demandas de igualdad encuentren eco en organizaciones de la sociedad civil que las traducen (o acompañan su traducción) en reclamos judiciales.
- c) la selección, formación y trayectoria académica y profesional de los jueces.
- d) una justicia incipiente que permite plantear nuevos reclamos y que sean resueltos en forma relativamente rápida.
- e) jueces que asumen el rol de acompañamiento del cambio cultural mediante sentencias que amplían el reconocimiento de derechos.

Un primer paso

El 12 de diciembre del año 2000 la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la CABA, sala I, resolvió por apelación el caso “**Fundación Mujeres en Igualdad c. G.C.B.A**”. La Fundación Mujeres en Igualdad promovió



una acción de amparo de incidencia colectiva para que se ordene al Instituto de Educación Física Nº 1 Doctor Romero Brest -dependiente de la Secretaría de Educación de la CABA- el cese de la práctica por la que se asignaba un mayor número de vacantes a los hombres que a las mujeres en el turno noche, por entender que tal práctica violaba el deber de igualdad de trato entre ambos sexos.¹⁶ La práctica del Instituto de otorgar mayor cantidad de vacantes a los hombres en el turno noche, se sustentaba en que en los años anteriores era mayor la cantidad de aspirantes varones en ese turno. El Tribunal estableció que la discriminación en razón del género está prohibida (art. 16), y que sólo admite excepciones cuando razones probadas y objetivas justificaran el tratamiento diferente, lo cual no se verificó en este caso.

Sin embargo, el tribunal no se limitó a aplicar el concepto de igualdad como no discriminación arbitraria sino que también aplicó el concepto de igualdad como no sometimiento, al afirmar que “el Gobierno de la Ciudad no sólo debe abstenerse de incurrir en tratos discriminatorios, sino que está obligado, además, a *desarrollar políticas activas tendientes a garantizar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres*, y a modificar los patrones socioculturales estereotipados respecto de los papeles de masculino y femenino en todas las formas de enseñanza (...).” De esta manera, reconoce la obligación estatal de remover, a través de acciones positivas, los obstáculos que impiden alcanzar la igualdad real de oportunidades para el acceso al Instituto.

Las similitudes de este caso con el caso “González de Delgado c. Universidad de Córdoba” resuelto por la CSJN son bien interesantes. En este caso, los padres y las madres de alumnos regulares del Colegio Nacional de Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, interpusieron amparo cuestionando la Resolución 2/97 del Consejo Superior de la citada Universidad por la cual se transformaría a dicho Colegio en un establecimiento de carácter mixto (principio de co-educación). Hasta ese entonces sólo podrían ingresar en al establecimiento educativo varones, quedando excluidas las mujeres. Los padres alegaban su derecho a elegir la educación de sus hijos, quienes en ese momento se encontraban cursando 1º y 2º año.¹⁷ La Corte resolvió la cuestión argumentando sobre la legitimidad de la ordenanza 2/97 del Consejo Superior de la Universidad. En el voto conjunto (que toma la argumentación del Procurador) no se hace mención alguna al problema de igualdad que se planteaba en el caso. Esto es similar a lo que ocurrió, si bien en otro nivel educativo, en el caso Fundación Mujeres por la Igualdad en tanto se negó a las mujeres (acceso) a lo que en igualdad de circunstancia se garantiza a varones. Por el contrario, la pretensión de los padres/madres de los alumnos fue rechazada en base a fundamentos que no se vinculan con igualdad, sino con la competencia de la Universidad para dictar e interpretar esa norma.

Sin embargo, en la sentencia en Monserrat es posible detectar algún indicio de los problemas de igualdad como no-sometimiento que el caso involucra en el voto (por separado) del Juez Petracchi (Saba, 2012). En su argumentación, el juez sostiene que “los actores no han mostrado (y mucho menos, demostrado) *cuál sería el imperioso interés público que aconsejaría excluir a las jóvenes de los beneficios de la educación que brinda el Monserrat...*”. Hasta aquí es claro que lo que intenta aplicar el juez Petracchi es un argumento de igualdad como no discriminación arbitraria.

Empero, la concepción de igualdad existente en el transcurso de la argumentación de Petracchi intenta ir un poco más allá. El juez parece detectar que no alcanza con que no existan argumentos para excluir a las mujeres del ingreso al colegio Monserrat sino que reconoce la situación de desigualdad estructural que este grupo padece y como la imposibilidad de ingresar al Colegio perpetúa dicha situación. Para esto, hace un análisis del contexto social: sostiene que el Colegio Nacional de Monserrat, cuyos “antecedentes y méritos están fuera de toda duda”, ofrecía educación sólo a los alumnos varones (si la exclusión de las mujeres era “de facto” o “de jure” no reviste mayor importancia, porque el hecho era que las mujeres no podían inscribirse). ¿Qué es lo que está implícito cuando resalta los antecedentes y méritos del colegio? Los colegios dependientes de las Universidades suelen ser colegios de mucho prestigio académico; además, por lo general, formadores de “elites gobernantes” o similares. Si las vacantes sólo se aseguran a los varones, entonces las mujeres no sólo no tienen la posibilidad de ingresar a una educación secundaria pública y gratuita que garantiza educación de “excelencia” sino que también probablemente se reducen sus “chances” de ser formadas para conformar elites gobernantes o estatales. Es una desigualdad construida que realimenta estereotipos de género “los varones nacieron para tomar decisiones”, “nacieron para ocupar cargos de decisión”, “las mujeres nacieron para procrear”, “las mujeres son por naturaleza bellas, se deben a sostener lo que la natura les provee”, “las mujeres se deben a su hogar y a sus hijos”. Desnaturalizadas estas imágenes petrificadas de los “varones” y las “mujeres”, el estereotipo de género, ya no puede sostener la justificación de la desigualdad. Por el contrario, porque se “desenmascara” un estereotipo de género que por años excluyó a las mujeres del ingreso al Colegio Monserrat, el mandato en clave de igualdad es positivo, así sostiene “*antes bien, dicho imperioso interés público consistiría en evitar dicha exclusión, con rapidez indeliberada, porque ella se apoya en un prejuicio que, como tal, no merece justificación alguna*”.¹⁸



Ambos casos (“Fundación” y “Delgado”) podrían haber sido resueltos sólo por medio de la concepción de igualdad como mero principio antidiscriminatorio: la falta de justificación de la distinción existente en la norma (sexo) en un fin (imperante) que la justifique. Sin embargo, el tribunal que resuelve “Fundación” va más allá y realiza un importante reconocimiento de la vigencia del *principio de igualdad como no sometimiento*. Por el contrario, la CSJN (salvo el voto de Petracchi) no hace mención alguna al problema de igualdad. Pese a esto, estos casos son interesantes de analizar ya que: a) en materia educativa el planteo que involucran estos casos es excepcional. En materia de derecho a la educación en general los problemas no se vinculan a una situación de discriminación directa (como la de los casos que analizamos) sino que en general los niños y niñas, las mujeres y hombres pueden acceder a la educación en relativa igualdad, es decir, si la igualdad es sólo entendida como no discriminación arbitraria en la formulación del texto normativo.¹⁹ Esto no quiere decir que en el acceso a la educación no existan fuertes situaciones de discriminación invisibilizadas o discriminaciones indirectas.²⁰ En este sentido, es necesario detectar (como los hace el Tribunal del caso Fundación Mujeres por la Igualdad y el Juez Petracchi en el caso Colegio Monserrat) la situación de especial desventaja en que se encuentran las mujeres para acceder a la educación. Ellas forman un grupo que podemos caracterizar como desventajado, ya que padecen (y han padecido por años) una situación de dominación, opresión o sojuzgamiento que favorece a los varones en desmedro de las mujeres. Es esto lo que debería tenerse en cuenta al momento de analizar un planteo de estas características, o mejor aún, al momento de analizar por qué este tipo de planteos judiciales no son muy comunes.²¹

b) ambos fallos nos dejan una de cal y otra de arena. Empecemos por la de arena. En ambos casos se resuelve que las mujeres podían ingresar al Instituto o al Colegio. En un caso (Fundación Mujeres en Igualdad) se ordena una medida para que se deje sin efecto la norma que contiene un estereotipo de género; derogada la norma formalmente las mujeres también pueden inscribirse en el turno noche. En el caso Monserrat, en la medida en que no se hace lugar a la pretensión de los padres que pretendían la derogación de una norma que habilita el ingreso a varones y mujeres, se permite continuar con el ingreso a varones y mujeres por lo menos desde lo formal.

La de cal: tanto en el fallo de Fundación Mujeres en Igualdad como en el voto de Petracchi no se ordena ninguna acción positiva concreta para lograr la igualdad fáctica.²² Ahora bien, si tomamos el caso del Colegio Monserrat ¿cómo se compensa, en clave de igualdad, la desigualdad generada por los años de ingreso sólo a varones al Colegio? No es una persona individual la que debe ser compensada sino, en términos igualitarios, el colectivo “mujeres”. Este grupo, por años tuvo menores chances de ser formadas para las elites, esto redujo las probabilidades de ocupar lugares de toma de decisiones. Como colectivo se ha mermado por años el acceso a escuelas públicas gratuitas de excelente prestigio; y siendo la educación un derecho “llave”²³, podemos afirmar que se les ha imposibilitado mucho más que el acceso a una educación de calidad.²⁴

Incluso el fallo dictado en Fundación Mujeres en igualdad se encuentra muy a mitad de camino. Debería haber indicado que eso, la igualdad de vacantes en los turnos, era sólo la punta del iceberg para desarmar las prácticas – no sólo las normas – que implican desigualdad en el acceso. Para que varias mujeres puedan acceder a la educación se requiere además de las vacantes, un sistema de, por ejemplo, guarderías nocturnas gratuitas,²⁵ becas de ayuda económica, etc. De esta manera, no se toma en cuenta que la concepción de igualdad como no sometimiento va más allá, exigiendo que el Estado elimine efectivamente aquellas barreras que, en los hechos impiden, el disfrute efectivo de los derechos.²⁶

Un paso hacia atrás

Los casos que comentaremos a continuación fueron resueltos sin apelar al argumento de la igualdad en ninguna de todas las concepciones anteriormente trabajadas. Sin dejar de reconocer su importancia, creemos que los tribunales de la CABA dejaron pasar en cada uno de ellos una oportunidad importante de desarrollar, y aplicar, el *principio de igualdad como no sometimiento*.

El mismo tribunal que resolvió el caso “Fundación Mujeres por la Igualdad” dictó sentencia por apelación el 01/06/2001 en el caso “**Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario de la C.A.B.A. c. G.C.B.A.**”. La Asesoría Tutelar demandaba la ejecución de la ley local N° 350 que ordenaba la construcción de una escuela en la zona comprendida por el Barrio Manuel Dorrego, Barrio Piedrabuena y Barrio General Belgrano (quienes se beneficiaban con su construcción eran, en su mayoría, los vecinos de Ciudad Oculta). Estaba previsto que la escuela comenzara a funcionar en el ciclo lectivo del año 2000, pero hasta el momento de la sentencia no había empezado a construirse. El tribunal hizo lugar al amparo y ordenó



la construcción inmediata de la escuela. Tuvo en cuenta para resolver diferentes cuestiones introducidas por la demandada (validez de la norma, posibilidad fáctica de crear la escuela, etc.) pero no introduce la cuestión de la *igualdad como principio de no sometimiento* para resolver el caso. Si bien, no debemos dejar de aplaudir esta sentencia, creemos que el Tribunal dejó pasar una buena oportunidad -por lo menos, en el sentido del efecto bola de nieve apuntado arriba- para marcar pautas respecto del principio de igualdad como no sometimiento, pues no se trataba aquí de cualquier escuela, sino de una escuela que beneficiaría a niños y niñas provenientes de sectores marginados (grupo desaventajado) “que ingresan a temprana edad en el jardín de infantes y luego en la escuela primaria con grandes logros, pero se encuentran posteriormente sin posibilidad de inserción y desarrollo, no quedándole a la mayoría otra opción que la calle” (Cons. 3 *in fine*).

Posteriormente, el Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la CABA N° 11, resolvió el caso de las denominadas “**Aulas Containers**”²⁷, el 10 de julio del año 2006. En el caso, se alegaba la existencia de una situación de discriminación ya que la ubicación de dichas aulas se daba en mayor proporción en los barrios pobres de la CABA.²⁸ Al resolver, el tribunal argumentó sobre los problemas de seguridad y de discriminación que las “aulas” containers implican.²⁹ Creemos nuevamente que aquí se perdió otra oportunidad para desarrollar un concepto más amplio del principio de igualdad. Y esto, porque no sólo se afecta en este caso a la *igualdad como no discriminación*, ya que básicamente se está tratando de manera desigual a los niños que habitan zonas carenciadas con respecto a los niños que habitan sectores de mayor poder adquisitivo, sino que también hay una omisión de parte del Gobierno de la CABA. Mediante ese tratamiento diferenciado no sólo las condiciones en la que aprenden esos alumnos no son las adecuadas, sino que están muy lejos de lograr la *igualdad real de oportunidades* prevista en la CN y la Constitución local, traduciéndose en prácticas discriminatorias que mantienen a los grupos más pobres de la sociedad en una situación de desventaja en el acceso a la educación. En dichos sectores es donde el Estado debe tener mayor presencia y allí el derecho a la educación debe ser de calidad, ya que quizá es la única oportunidad que tienen esos niños de estudiar.³⁰

Aquí vemos la insuficiencia de aplicación del mandato constitucional de la *igualdad real de oportunidades*, por lo menos en materia de derecho a la educación

¿Un paso en falso? El acuerdo entre las partes

En esta línea de casos sobre “acceso” a la educación se encuentra el resuelto por el Juzgado Nro. 3 del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario (en adelante, CAYT) de la CABA y luego confirmado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA el 19 de marzo de 2008 el amparo “ACIJ c/ GCABA”. El caso es conocido como **Vacantes para el nivel inicial**.³¹ La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) reclamaba que se ordene al Gobierno de la CABA cesar en su omisión de asegurar y garantizar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas de 45 (cuarenta y cinco) días a 5 (cinco) años (garantizado por el art. 24 de la CCABA). Regularmente, desde el año 2002 miles de niños y niñas quedaban excluidos del sistema educativo inicial por falta de vacantes. En este caso se trata de un problema de igualdad. Quienes efectivamente se ven más perjudicados con la falta de vacantes son los niños provenientes de familias de bajos recursos, como se advierte en primera instancia,³² ya que quien posee medios económicos puede asistir a una institución privada. Estos niños no sólo no acceden a la escuela en el nivel inicial sino que tampoco acceden al desayuno, almuerzo y merienda; atención y seguimiento médico y odontológico, entre otros beneficios que se brindan en las escuelas. En muchos casos, sus padres tampoco pueden mejorar su situación económica pues deben cuidar de sus hijos y no pueden salir a trabajar, o se ven obligados a dejar a los pequeños con terceros (algún hermano un poco más grande, abuelos, vecinos, conocidos, etc). En la sentencia de primera instancia es posible establecer dos ejes principales de trabajo que requieren mayor exploración por sentar las bases de un examen de igualdad como no sometimiento por la importancia que se le adjudica al análisis del contexto en reiteradas etapas de tramitación del expediente. Por un lado, se sostiene que a raíz de la vulneración del derecho al acceso a la educación básica se infringen otras normas constitucionales, en particular, las relacionadas con la igualdad real de oportunidades en el acceso a los derechos. “(...) la carencia de establecimientos de educación inicial en número suficiente para satisfacer la demanda educativa, *perjudica más a las familias de escasos recursos, que previsiblemente no contarán con los medios para enviar a sus niños a otro tipo de establecimientos pagos*”. Claramente aquí hay un análisis de la situación de hecho, la insuficiencia de escuelas de nivel inicial discrimina a los colectivos con menores recursos. Por otro lado, la noción de “*metaderechos*”, como concepto que indica que no se reclama el acceso a la educación de un niño o grupo de niños determinado, sino la “ausencia de políticas que permitan hacer efectivo ese derecho”; esto recuerda a las medidas de acción positiva del art. 75 inc. 23 que se alude en la misma sentencia. Cuando la Sala (I) CAyT



de la CABA resolvió el caso en la instancia de apelación, consideró que la falta de vacantes por la acción insuficiente del GCABA violaba diferentes derechos de los niños, principalmente el de acceso a una educación de calidad y ordenó diferentes medidas tendientes a paliar la situación de escasez de vacantes.³³ El caso llegó al Tribunal Superior de Justicia, que podía dictar sentencia definitiva, pero prefirió convocar a las partes para buscar una salida consensuada. En el 2011, el Gobierno de la Ciudad reconoció la legitimidad del reclamo judicial y se comprometió, mediante el acuerdo con la entidad demandante, a dar una solución a la falta de vacantes, que consistía en construcción de nuevas escuelas, elaborar planes adicionales para dar solución rápida a la falta de vacantes en el nivel inicial, reubicar a los alumnos y otorgar transporte escolar gratuito, etc.³⁴

El caso “**Asociación Acceso Ya c/ GCABA**”³⁵ es muy similar. En la sentencia del 22 de diciembre del 2009 el juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y ordenó diferentes acciones³⁶ a fin de que el GCABA cese en su omisión de adoptar las medidas positivas para cumplir con la accesibilidad al medio físico, a la adaptabilidad y supresión de las barreras arquitectónicas, para las personas menores de 21 años con discapacidad motriz o capacidad motriz restringida, que concurren a establecimientos escolares públicos y/o privados de la CABA. La falta de accesibilidad física a las escuelas impedía a miles de niños y niñas gozar del derecho a la educación. En este caso, uno de los argumentos que se tuvo en cuenta para la decisión, si bien no en forma extensa, fue el principio de *igualdad como no sometimiento*, al resolver a favor de acciones cuya ausencia afectaba a un grupo históricamente discriminado. La sentencia fue apelada y confirmada.³⁷ En julio del año 2012 el Ministro de Educación de la ciudad, Lic. Esteban Bullrich, firmó con Acceso Ya un compromiso de obras tendientes a garantizar el acceso a las escuelas de las personas con discapacidad motriz o movilidad reducida. La fecha límite para la finalización de las obras es marzo de 2015. Sin embargo, el acuerdo prevé un plan de ejecución de obras con vencimientos intermedios a fin de monitorear el efectivo cumplimiento del compromiso asumido.

Ambos casos, tienen en común que ha sido reconocida la situación de discriminación estructural que padecen ciertos grupos (por cuestiones socioeconómicas o por discapacidad motriz o movilidad reducida). Asimismo, ha sido reconocida la necesidad de que el Estado realice acciones positivas urgentes a favor de estos grupos. Sin embargo, cuando uno de los casos (Vacantes) llega al TSJ de la CABA no se dictó sentencia sobre el fondo sino que se llegó a un acuerdo entre las partes. Esto, puede ser visto como un “freno” ya que permite que los efectos directos de las sentencias se hayan diluido por la estrategia del Tribunal Superior de Justicia para no pronunciarse sobre el fondo del asunto y la ejecución de los remedios ordenados por las instancias inferiores. O por el contrario, puede ser visto como acelerador, al permitir que sean las mismas partes las que se pongan de acuerdo y determinen como lograr llevar a cabo la accesibilidad (por falta de vacantes). En el caso, Fundación Acceso Ya, también existió un acuerdo entre las partes, pero este se da en el marco de la ejecución de la sentencia. De esta manera, el GCABA ya conocía cuales eran sus obligaciones y que se encontraba en situación de incumplimiento. No sucede lo mismo en el caso Vacantes. Quizá, la existencia de una condena en términos judiciales ha marcado el distinto rumbo que ha existido en la ejecución de las sentencias/acuerdos entre las partes. En el caso Vacantes existe un fuerte incumplimiento de parte del GCABA con los plazos y obras estipuladas. No sucede lo mismo en el caso Fundación Acceso ya. En este último, si bien el GCABA no ha cumplido, en tiempo y forma, sí existe hasta la actualidad un avance casi total en lo que respecta a la accesibilidad parcial de las escuelas públicas. Si bien, la sentencia aún se encuentra en ejecución para lograr la adaptabilidad total de todas las escuelas públicas e insistir con las escuelas de gestión privada.³⁸

Por el contrario, el acuerdo logrado en el caso “Vacantes” ha sido cumplido muy parcialmente.³⁹ La duda es si este incumplimiento tiene que ver con la falta de sentencia de fondo condenatoria por parte del TSJ o, en todo caso, se trata de la mala voluntad de la administración en garantizar el acceso al derecho a la educación.⁴⁰ Con todo este caso generó el efecto “bola de nieve”, empoderó a otros afectados para iniciaran acciones de amparo para exigir por vacantes para el nivel inicial y primario.⁴¹

¿Otra luz en el camino?

El 25 de marzo del 2010 se resolvió la acción de amparo colectiva presentada por la ACIJ contra el GCABA.⁴² ACIJ, en representación de los niños y niñas de la Villa 31-31 Bis que asisten a escuelas de los niveles educativos inicial y primario y que concurren a establecimientos educativos alejados de su barrio (más de diez cuadras), reclamó que se brinde a estos niños y niñas **transporte escolar gratuito**. La dificultad de estos niños y niñas para acceder a la escuela se da por la lejanía de las escuelas (verificando el incumplimiento del Estado en lo que respecta a la construcción y sostenimiento de escuelas en los distintos barrios) sumada a la imposibilidad de las familias de pagar diariamente los costos de transporte.



En este caso, subyace a lo largo de toda la sentencia el principio de *igualdad como no sometimiento*. En este sentido sostuvo el Tribunal que “es insoslayable que el Estado no debe limitarse a la sola garantía de la educación gratuita sin más, pues de nada sirve su existencia en términos abstractos y genéricos si no se puede acceder a ella. Por lo tanto, su labor no termina con la promoción de establecimientos educativos gratuitos sino que debe complementarse en la práctica con el genuino aporte de herramientas de toda índole, desde material de estudio, manutención y transporte, para efectivizar la igualdad de oportunidades y acceso a la educación (...) (E)s indiscutible que el derecho a la educación de los niños que habitan las Villas 31 y 31 bis resultará un instrumento que coadyuve a superar las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran y les auspice un mejor futuro. Esta oportunidad (...) se entronca con el propio principio medular del derecho a una vida digna, en igualdad de oportunidades y en pos de un mañana como hombres de bien que la sociedad tanto necesita”. Asimismo, surge de dicha sentencia que para la *igualdad real de oportunidades* no alcanza con adoptar soluciones temporales (como la circulación de los micros internos) para afrontar los problemas que padecen los habitantes de la Villa 31 y 31 bis “sino, también de revisar e impulsar las posibilidades de estos/as chicos/as de participar e inscribirse en el orden público para, entre otras cuestiones, apropiarse de los contenidos educativos que ofrecen las instituciones estatales y de la sociedad civil (...) en la promoción de procesos de escolarización en chicos y chicas en situación de calle [interesa] pensarlos como la construcción de recorridos educativos en los que puedan delinarse procesos formativos que fortalezcan posiciones participativas activas y críticas”.⁴³ De esta manera, se hace notar la “insuficiencia” de esta medida para garantizar el derecho a la educación. Es necesario tener en cuenta que la escuela no solo cumple un rol educativo en cuanto a las materias que allí se dictan sino que tiene una función de socialización.⁴⁴ Esto se profundiza en ciertos contextos donde además la escuela cumple o podría cumplir un fuerte rol de contención (por ejemplo, en cuanto a la alimentación, asistencia sanitaria, etc.). Es muy difícil que la escuela sea vista como algo positivo, que nos permite formarnos como personas, si lo vemos como un establecimiento (galpón) donde “nos llevan” por un cierto tiempo y luego se pierde todo contacto con ella.⁴⁵ Si bien, el objeto de la acción de amparo era otro (el transporte escolar), queda presente como esa medida es deficiente en ciertos contextos.

A modo de conclusión

Inicié este trabajo sosteniendo que no es suficiente la mera enunciación constitucional y convencional de derechos para garantizar su goce efectivo. Para que este reconocimiento de derechos sea tal se requiere no sólo de una legislación que lo regule sino también de jueces y juezas que sean capaces de identificar las situaciones especiales en las que se encuentran ciertos grupos. Este rol de los tribunales de justicia es más fuerte aún (o debería serlo) en aquellos casos, como en la CABA, donde ni siquiera existe una normativa general que regule todo el sistema educativo de la jurisdicción.

Teniendo en cuenta dicha situación, las sentencias analizadas en este trabajo me permiten concluir que:

Los tribunales de la CABA receptaron, en forma lenta e incompleta el principio de igualdad como un argumento esencial que permite la resolución adecuada de este tipo de casos.

La concepción de igualdad aún dominante es la de igualdad como no discriminación, cuya aplicación, si bien en algunos casos ha dado lugar a soluciones favorables, deja de lado la posibilidad de lograr soluciones más efectivas.

La igualdad como no-sometimiento no es aún la concepción dominante, por lo menos en la materia que nos compete, del concepto de *acciones positivas e igualdad real de oportunidades para goce efectivo del acceso al derecho a la educación básica*. La aplicación sistemática y continua de la concepción de igualdad como no-sometimiento es necesaria y urgente. El contexto de los casos que debería aflorar en los expedientes locales evidencia que las condiciones generadas por las acciones estatales son aún estructuralmente insuficiente y deficientes: existen niños que son reubicados en escuelas lejanas a su casa, existen altos niveles de superpoblación en las escuelas de los distritos escolares más carenciados (en contraste con los sectores con mayor poder adquisitivo), y, además, en esos sectores faltan escuelas de jornada completa.

Ahora bien, pese a esta falta de avance “radical” en el reconocimiento de la igualdad como no sometimiento, debemos preguntarnos ¿han contribuido las distintas sentencias que se han dictado respecto del derecho a la educación en la CABA? Como hemos dicho al analizar cada uno de los casos aplicando una concepción rigurosa de igualdad los jueces podrían haber decidido algo más. Sin embargo, ¿se lograría de esta manera un cambio radical? ¿Cumplirían los otros poderes con un mandato de este tipo? No conozco las respuestas a estas preguntas, pero las conjeturas dependen del lugar en que



nos paremos para evaluar los efectos de las sentencias. Las respuestas serían negativas si evaluamos los efectos directos a corto plazo, en términos transformadores.⁴⁶ Sin embargo, quizá sí deberíamos responder en forma positiva a la primera pregunta. Es claro que estas sentencias han tenido diferentes impactos: materiales inmediatos (construcción de escuelas; transporte escolar gratuito, la eliminación temporal de las aulas containers) pero también, y principalmente, han provocado consecuencias indirectas: efectos simbólicos.

No cuento con estudios sistemáticos sobre los efectos que han tenidos estas decisiones relativas al acceso a la educación en condiciones de igualdad estructural, sin embargo, es posible notar a) una mayor confianza de la ciudadanía en el rol del poder judicial al momento de garantizar una vacante, o asegurar condiciones edilicias, etc.; b) una mayor visibilidad del problema en los medios de comunicación; c) vínculos más fuertes entre los diferentes órganos y/ o sujetos que velan por el disfrute de un derecho más igualitario (Asesoría Tutelar, Defensoría Pública de la CABA; Defensor del Pueblo, ONGs, entre otros).⁴⁷

De esta manera, si bien la jurisprudencia no ha sido radical en la aplicación de la concepción de igualdad como no sometimiento, los reclamos judiciales no han sido en vano en lo que respecta al derecho a la educación. Vuelve de nuevo aquí, el concepto de “constitucionalismo aspiracional”, que hemos trabajado anteriormente. Estas sentencias han producido un “efecto bola de nieve”. En este sentido, aun cuando todos los años al comienzo del ciclo lectivo miles de familias tienen que luchar para conseguir una vacante “adecuada”⁴⁸ para sus hijos/as, el avance se da en el “empoderamiento” que estos reclamos judiciales y sus soluciones han logrado. Hoy, las familias no se quedan en sus casas esperando la vacante sino que van en busca de ese lugar para sus niños/as. Lo reclaman, lo exigen. Cortan las calles, recurren a los medios de comunicación reclamando soluciones a los “políticos”, y también saben de la cercanía y el rol que han jugado otros órganos estatales en la protección de sus derechos. En este sentido, el rol principal que tienen el Defensor del Pueblo, los Defensores Públicos de la CABA, la Asesoría Tutelar y el Poder Judicial local puede verse en el aumento de denuncias y reclamos que se da año tras año.

Bibliografía

ARANGO, R. (2014). Fundamentos del *ius constitutionale commune* en América Latina: democracia, derechos fundamentales y justicia constitucional,. En A. v. Bogdandy, H. Fix-Fierro, & M. Morales Antoniazzi, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado el Diciembre de 2014, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3655/22.pdf>

BERGALLO, P. (2005). Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), (Paper 45). Recuperado el 9 de enero de 2015, de http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/45/

BIANCHI, E., & GULLCO, H. (2001). “La cláusula de igualdad: hacia un escrutinio más exigente”, JA 2001 I 1241. *Jurisprudencia Argentina* (I), 1241.

CARDINAUX, N. [. (2012). Hacia la reconstrucción de un perfil de juez/a permeables a las demandas de identidad de género: el caso del contencioso administrativo tributario de la Ciudad de Buenos Aires. *Ambiente Jurídico*(14), 17-33. Recuperado el 9 de enero de 2015, de <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/ronconi-hacia-la-reconstruccion-de-un-perfil-de-jueza-permeables-a-las-demandas-de-identidad-de-genero.pdf>

CLÉRICO, L., & ALDAO, M. (Julio de 2011). Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. *Revista Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, 157-198.

DUBET, F. (2011). *Repensar la Justicia Social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Buenos Aires: Siglo XXI.

DURKHEIM, E. (1976). *Educación como socialización*. Salamanca: Ediciones Sigueme.

ETCHICHURY, H. (2013). *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

FRASER, N. (2006). La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. En F. N. A, *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Ediciones Morata.



- GARAY, A. (1989-B). Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas. *La Ley*, 931.
- GARCIA VILLEGAS, M. (2013). Constitucionalismo Aspiracional. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 15(29), 77-97. Recuperado el Diciembre de 2014, de <http://institucional.us.es/araucaria/nro29/nro29.htm>
- GARGARELLA, R. (2008). Un papel renovado para la Corte Suprema. *Democracia e Interpretación Judicial de la Constitución*. En R. G. (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Abeledo Perrot.
- NASSIF, R. (1980). *Teoría de la Educación. Problemática pedagógica contemporánea*. Buenos Aires: Cincel- Kapeluz.
- PUGA, M. (2013). *Litigio Estructural*. Tesis Doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la UBA. Buenos Aires.
- RIVAS, A. (2010). *Radiografía de la educación argentina*. CIPPEC.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C., & RODRÍGUEZ FRANCO, D. (2010.). *Cortes y cambio social – Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Antropos.
- RUÍZ, G. (2012). *Educación, política y Estado : definiciones y propuestas jurídico-normativas de la política educacional*. Saarbrücken: Académica Española.
- SABA, R. (2012). (Des)Igualdad Estructural. En M. Alegre, & R. Gargarella, *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (2a. Edición ampliada ed., págs. 137-172). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- SADKER, M., & SADKER, D. (1994). *Failing at Fairness: How America's Schools Cheat Girls*. New York: Charles Scribners Sons, Macmillan Publishing Co.
- SCHUJMAN, G.; SIEDE, I. (2007). *Ciudadanía para armar*. Buenos Aires: Aique.
- SCIOSCIOLI, S. (2015). *La educación básica como derecho fundamental. Implicancias y alcances en el contexto de un Estado federal*. Buenos Aires: EUDEBA - Facultad de Derecho de la UBA.
- SIEGEL, R. (2004). Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles Over Brown. *Harvard Law. Review*(117), 1470.
- TOMASEVSKY, K. (2004). *Indicadores del Derecho a la Educación*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: Mimeo.
- TREACY, G. (29 de Noviembre de 2006). *La utilización de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros*. *Jurisprudencia Argentina*, IV, 603.
- TREACY, G. (2013). El litigio de derecho público y la función judicial: observaciones acerca del control judicial de las políticas públicas. En E. J. Acuña, *Estudios de Derecho Público* (págs. 633-652). Buenos Aires: Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y CS. Sociales, UBA. Recuperado el 9 de enero de 2015, de <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/005-edp-9-treacy.pdf>
- UNLanús. (2013). *Amicus Curiae ante la CSJN. Caso Ley de Medios*. Recuperado el 15 de febrero de 2014, de http://www.unla.edu.ar/documentos/centros/derechos_humanos/amicus_unla.pdf

Informes

- (2008). *La discriminación educativa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. CABA: ACIJ.
- (2013). *Falta de Vacantes en el nivel inicial de la CABA*. Buenos Aires: ACIJ.
- (2009). *Desigualdad en el acceso a la educación en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: ADC.
- (2008). *Desafíos para la igualdad de género en la Argentina*. Buenos Aires: Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD.
- (2014). *Escuelas accesibles*. Buenos Aire: Fundación Acceso Ya.



Notas

¹ Para ello basta con ver la precisión con la que delimita la obligación del estado local de garantizar en forma indelegable la educación desde los primeros 45 días de vida.

² Respecto del caso particular de la CABA pueden consultarse los distintos informes producidos por la Defensoría del Pueblo de la CABA disponibles en <http://www.defensoria.org.ar/institucional/informeannual.php>

³ El acceso a la educación comprende la obligación de eliminar todas las exclusiones basadas en los criterios discriminatorios actualmente prohibidos (raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional, entre otros) y la obligación identificar y erradicar los obstáculos que impiden el disfrute del derecho a la educación. (Tomasevsky, 2004: 14).

⁴ Entendemos por Educación básica la comprendida en el “nivel inicial”, “primaria” y “secundaria”. Debe tenerse presente que en el ámbito local (CABA) la educación inicial debe estar garantizada desde los 45 días de vida (art. 24 Constitución de la CABA).

⁵ Un ejemplo de una circunstancia razonable, sería la exigencia de haber completado la instrucción secundaria para quien quisiera cursar estudios universitarios o terciarios, ya que es “razonable” que se exija cierto nivel educativo para poder progresar en el nivel superior de educación. Distinto sería el caso de que se exigiera además, ser blanco o ser varón, porque esas condiciones no son relevantes para poder emprender un estudio universitario.

⁶ En lo que refiere al tema educación, un importante caso resuelto por la Corte norteamericana es “Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954), referido a las escuelas separadas para blancos y negros. Al respecto, v. Siegel, 2004.

⁷ “Calvo, y Pesini”, 321:194/201 (1998); “Gottschau” (8/8/2006); “Pérez Ortega, Laura Fernanda” (21/02/2013).

⁸ “González de Delgado C. c. Universidad Nacional de Córdoba”, 323:2659 (CSJN, 19/09/2000). Volveremos sobre este fallo más adelante.

⁹ “Repetto Inés”, 311:2272 (1988).

¹⁰ “Reyes Aguilera, D. c. Estado Nacional”, CSJN, 4/12/2007.

¹¹ “Sisnero Mirta c. Taldelva SRL y otros s/ amparo”, CSJN, 20/05/2014.

¹² No retomamos en este trabajo la discusión sobre las implicancias de la igualdad de oportunidades. Al respecto v. Dubet, 2011.

¹³ En este sentido, afirma García Villegas (2013: 88) que “las constituciones aspiracionales y la protección de derechos sociales que éstas suponen son un mecanismo importante para promover el cambio social, pero este mecanismo por sí solo es insuficiente. Para que la batalla legal pueda ser efectiva, debe ser parte de una estrategia política más amplia que apunte a la transformación social a través de la materialización de los derechos sociales. Esta estrategia implica la existencia de elementos contextuales diferentes al derecho, tales como un activo apoyo social y político al proyecto constitucional, en general, y al activismo judicial progresista en materia de derechos sociales, en particular, así como una cultura jurídica favorable a la protección de los derechos”.

¹⁴ Reglamentar una ley o generar vacantes o medios de transporte para acceder a la escuela o becas, etc. Considero que el activismo judicial es esencial para lograr la efectividad de los derechos sociales, sin embargo, se ha discutido mucho sobre el alcance y límites que tiene ese rol de los jueces. Al respecto, v. Gargarella, 2008.

¹⁵ Esto se vincula con los efectos que producen las sentencias (o que pueden producir) y que retomaremos al final del trabajo.

¹⁶ Si bien este caso se refiere a la educación terciaria y no básica, lo incluimos en este trabajo porque ilustra un problema de acceso en el derecho a la educación desde la perspectiva de igualdad. Como veremos, en educación básica este tipo de casos sería bastante paradigmático.

¹⁷ Adujeron que “optaron por el Colegio Monserrat ya que respondía a su ideario y a sus convicciones filosóficas, éticas y religiosas y a que su proyecto de enseñanza humanista orientada a varones era lo que mejor se adaptaba a la naturaleza y estructura de la personalidad de sus hijos. Su transformación en un establecimiento mixto importaría un cambio drástico de dicho proyecto y de la formación que otorga a sus alumnos, con perfil e identidad propios. Sostuvieron, además, que el Estado debe garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de enseñanza, que abarca elegir el tipo, modalidad e institución pedagógica en la que delegar el derecho natural que tienen con relación a sus hijos”.

¹⁸ El propio Juez se pregunta qué pasaría con la alternativa de crear un colegio similar femenino. Sostiene que dicha alternativa resulta incompatible con la obligación impuesta en el inc. c del art. 10 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ya que en “la norma se establece claramente que los estados partes deben procurar “la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta”. De tal suerte, el aludido mandato no aparecería cumplido con la creación de un colegio similar (o aun de superior calidad en la enseñanza), también diferenciado por género y dedicado a alumnas mujeres”.

¹⁹ En general, fueron derogadas las normas que como sólo garantizaban vacantes a varones o por el contrario ponían como condición de inscripción para acceso a algunos estudios universitarios el sexo.

²⁰ Existe discriminación directa cuando la norma explícitamente hace una distinción no justificada porque no existe una razón objetiva que permita justificar dicha distinción (de acuerdo al test que se aplique). En cambio la *discriminación indirecta implica un trato aparentemente neutral pero cuyas consecuencias son particularmente adversas para cierto grupo social, ya que tiene el efecto de excluir de manera desproporcionada a un grupo dada la situación de desventaja en que el mismo se encuentra*. En este sentido, sostuvo el juez Maqueda en el caso Reyes Aguilera (CSJN, 4/12/2007) que si bien la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros no está prohibida, esto no releva al legislador de establecer requisitos razonables. En el caso, “la irrazonabilidad del plazo consignado importa en los hechos que la aplicación de tal norma se traduzca en una discriminación indirecta ya que por las consecuencias que irroga, en la práctica, el beneficio de la pensión por invalidez estaría vedado para los extranjeros con residencia acreditada en el territorio argentino” (cons. 15). Asimismo, la Corte IDH hizo aplicación de este argumento en el caso Artavia Murillo (Corte IDH, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012.)

²¹ En este sentido, sería interesante también analizar qué es lo que sucede en el proceso educativo (esto es en el derecho en la educación) respecto de los estereotipos que se transmiten hacia las mujeres y los hombres. Al respecto, v. Sadker & Sadker, 1994.

²² Estoy trabajando sobre este punto en mi tesis de doctorado. Sin embargo, en principio, considero que la concepción de igualdad como no sometimiento es la que exige esta mayor actividad por parte de los jueces, aún cuando las partes no lo hayan solicitado al iniciar el reclamo judicial. Agradezco los comentarios y discusiones sobre el punto a G. Treacy.



²³ Sostiene Tomasevsky (2004a) que el derecho a la educación es un derecho multiplicador que, cuando está garantizado, aumenta el disfrute de todos los demás derechos, mientras que cuando se niega impide el disfrute de los otros derechos.

²⁴ Por lo demás, es probable que en los hechos el número de mujeres sea similar a lo de los varones o incluso superior (v. <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/325-anos-monserrat-humanismo-como-bandera>), sin embargo, los estereotipos discriminatorios se siguen dando en el proceso educativo. (ejemplo, en materia de educación sexual, rol de la mujer en la familia, etc.- tema que no trabajaremos en profundidad porque excede los objetivos de este trabajo-). Asimismo, en cuanto al acceso, es probable que el problema se traslade hoy a niños y niñas que padecen otro tipo de discriminación – situación socioeconómica, pertenencia a comunidades indígenas, entre otros; y que en los hechos no pueden acceder ya que estos colegios suelen establecer exigentes exámenes de ingresos. Los aspirantes suelen prepararse por más de un año en academias e institutos privados para pasar con éxito las pruebas. De esta manera, si bien todos pueden participar en el curso de ingreso, este no alcanza para compensar la desigualdad con las que llegan a la instancia de los exámenes de ingreso.

²⁵ Debido a que aún el cuidado de los niños, de los ancianos o de las personas enfermas recae en cabeza de las mujeres – por supuesto también debido a un estereotipo de género.

²⁶ En este sentido, se ha dicho que “más allá de los esfuerzos que se requieren para sostener la igualdad y la universalidad en el acceso a la educación, también resulta necesario impulsar procesos educativos que igualen los derechos de hombres y mujeres. En el sistema educativo, el problema no son las brechas de género en la participación, sino las brechas sociales implícitas y sus consecuencias diferenciales en la vida de los varones y las mujeres.” (Desafíos para la igualdad de género en la Argentina, PNUD, 2008: 37)

²⁷ Disponible en <http://www.acij.org.ar/>

²⁸ Aclaramos que en esta sentencia no sólo se aborda el tema relativo a las aulas containers sino que va más allá, y abarca cuestiones de seguridad edilicia que afectaban (y afectan) a gran cantidad de los establecimientos educativos correspondientes al GCABA. Este último punto, será dejado de lado, ya que el tribunal realiza un minucioso análisis de cada una de las escuelas con problemas edilicios y ordena diferentes medidas a fin de terminar con dicha situación. Asimismo, en muchas de dichas escuelas ya habían comenzado las obras de reparación.

²⁹ Lamentablemente, el problema aún continúa sin resolver y el GCABA pretende dar respuesta a la falta de vacantes mediante esta modalidad. Por ejemplo, en el Boletín Oficial del 14 de enero del 2014 el Gobierno de la Ciudad llamó a licitación “para la adquisición, instalación y puesta en funcionamiento de equipamientos modulares” con el objetivo de “incrementar las aulas existentes a efectos de cubrir las vacantes generadas para el inicio del ciclo lectivo 2014”. La instalación de estos contenedores generó un rechazo generalizado por parte de la comunidad educativa

³⁰ Me refiero particularmente a que quizá en sus casas, por diferentes causas, estos niños no puedan estudiar (porque tienen que trabajar, o no tienen acceso a libros, computadoras etc.). El problema vuelve a plantearse actualmente V, entre otras, las siguientes notas periodísticas: “Por-la-falta-vacantes-y-las-aulas-durlock-la-ciudad-debe-enfrentar-dos-causas-judiciales”, Infobae, 19/02/2014./ “Aulas durlock en Buenos Aires”, Miradas del Sur, 16/02/2014.

³¹ <http://www.acij.org.ar/>

³² Se establece en la sentencia bajo análisis que “el propio Gobierno de la Ciudad (...) reconoce que la población beneficiaria de los jardines maternales son las niñas o niños menores de 4 años pertenecientes a familias en situación de pobreza y/o vulnerabilidad social residentes en la Ciudad de Buenos Aires”. Consid. 3.2.

³³ Entre ellas, a) presentar el detalle de las obras en ejecución (tanto del Ministerio de Educación como del Ministerio de Derechos Humanos y Sociales), discriminadas por Distrito Escolar, debiendo precisar: dirección, nombre del establecimiento, cantidad de aulas previstas, cantidad de niñas y niños que podrá albergar cada establecimiento, estado de la obra y fecha de finalización. b) Presentar los proyectos de obras nuevas necesarias para satisfacer la demanda educativa correspondiente a niños y niñas de entre 45 (cuarenta y cinco) días y 5 (cinco) años, discriminados por Distrito Escolar. Deberán asimismo indicarse los plazos de ejecución de las obras, el cual no deberá exceder del ciclo lectivo 2010. c) Presentar en el tribunal antes de que finalice el presente ciclo lectivo (2007) un proyecto que especifique claramente las medidas que adoptará para asegurar que a partir de 2008 los niños de entre 45 (cuarenta y cinco) días y 5 (cinco) años puedan acceder a establecimientos de nivel inicial. Con ese fin deberá efectuar un seguimiento de la situación de los niños que -según los listados ya acompañados en autos- se encontraron en lista de espera durante el presente año, sin haber podido hallar un establecimiento educativo, debiendo informar la solución que adoptará en cada uno de esos casos. Ello, sin perjuicio de los nuevos inscriptos, a fin de asegurar la atención escolar de los niños de esas franjas etarias.

³⁴ El Acta Acuerdo está disponible en <http://acij.org.ar/blog/2011/02/10/acta-de-acuerdo-por-el-caso-vacantes/>

³⁵ Disponible en <http://www.accesoya.org.ar/>. En materia de acceso a la educación para personas con discapacidad es interesante notar que existe gran cantidad de sentencias que podemos catalogar como “litigio individual”: esto es donde se reclama por los problemas de un niño en particular en un establecimiento particular. Estas sentencias que en muchos casos son resueltas sin plantear la cuestión de la desigualdad estructural que padecen las personas con discapacidad (que no afecta a un solo niño o niña sino a todos/as los/las que están circunstancias parecidas) en su ejecución tienen efectos que exceden los individuales (por ejemplo, si se hace una rampa de acceso al edificio o se mejoran los baños, etc.) Al respecto v. Puga, 2013.

³⁶ En primer lugar se otorga un plazo para que el Gobierno de la CABA obtenga información sobre la situación edilicia de todos los establecimientos públicos y privados en cuanto a las condiciones de accesibilidad. Luego, en lo que respecta a los establecimientos públicos, deberá en un plazo de 120 días presentar un plan de obras para remediar las situaciones de inaccesibilidad. Respecto de los establecimientos privados deberá presentar un informe con las medidas de fiscalización y control adoptadas.

³⁷ Luego el GCBA interpone recurso de inconstitucionalidad, declarado inadmisibile el 28 de junio de 2011.

³⁸ Fundación Acceso Ya, 2014.

³⁹ (ACIJ, 2013). Esta distinta situación puede deberse, también, al menor costo económico que implica para el Gobierno de la CABA “adaptar” las escuelas con barreras arquitectónicas comparado con el costo económico de crear nuevos establecimientos educativos o mejorar los existentes (más infraestructura, más docentes, etc.)

⁴⁰ Este punto será ampliado y discutido en mi tesis de doctorado.

⁴¹ V., por ejemplo, para el caso de las inscripciones del año 2014: <http://www.noticiasurbanas.com.ar/noticias/mas-de-100-reclamos-judiciales-contra-las-inscripciones-online/>

⁴² Disponible en <http://www.acij.org.ar/>



⁴³ Lamentablemente aún el problema sigue sin solución. Ver “Multa por no cumplir un fallo”, Página 12. 20/04/2010; “Ya hay lista de espera en la primera secundaria de una villa”, Clarín, 30/05/10. Asimismo, Informe “Falta de vacantes escolares en el nivel inicial de la Ciudad de Buenos Aires”, ACIJ, 2013.

⁴⁴ A lo largo de la historia se ha discutido arduamente respecto de cuál es el objetivo que ha tenido y tiene la educación. En este sentido encontraremos distintas teorías que han tratado de explicar los objetivos de la educación: socialización, reproductora de la cultura dominante, transformadora, como apuesta. Al respecto v. Durkheim, 1976; Nassif, 1980; Schujman & Siede, Isabelino, 2007.

⁴⁵ En el caso, se trataba de una lejanía de unas 20 cuadras. Quizá pueda ser un poco exagerado este argumento, pero no lo es cuando se detecta que esas 20 cuadras implican caminar en el barro (formado, en muchos casos, por aguas servidas), imposibilidad (por desconocimiento del lugar, miedo, falta de tiempo) tanto de padres como de docentes de acercarse a la escuela o al “barrio”

⁴⁶ Los argumentos estarían vinculados a la división de poderes, a la falta de representación del poder judicial para diseñar políticas públicas, la falta de presupuesto, entre otros (Etchichury, 2013).

⁴⁷ En general, estos efectos se hacen sentir con mayor fuerza en los meses de inicio del ciclo lectivo y se repiten, por lo menos en el ámbito de la CABA, año tras año. Al respecto v. <http://acij.org.ar/acij-en-los-medios/noticias-educacion/>.

⁴⁸ Me refiero a que sea ubicado/a en una escuela cercana a su domicilio, que las condiciones edilicias sean aptas, que haya maestros/as, etc.

Datos del Autor

Liliana M. Ronconi

Abogada y Profesora para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (UBA). Auxiliar docente de Elementos de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UBA. Becaria de doctorado CONICET. Investigadora adscripta al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “L. A. Gioja”, Facultad de Derecho, UBA. Agradezco los comentarios, críticas y sugerencias a Leticia Vita, Nancy Cardinaux, Laura Clérico, Guillermo Ruiz, Guillermo Treacy y Gustavo Beade.

lmronconi@gmail.com

Fecha de recepción: 19/01/2015

Fecha de aceptación: 18/03/2015

