

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

61



Enero - Junio 2015



REAL EMBAJADA DE NORUEGA

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2015 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: Marisol Molestina.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: Versailles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
La negación de los derechos económicos y sociales y la pobreza infantil	11
<i>Gerardo Cerabona</i>	
Bases para la construcción de un modelo anticorrupción partidista en el ámbito del derecho electoral mexicano	39
<i>Guillermo Rafael Gómez Romo de Vivar</i>	
Legados de impunidad y rostros de la verdad en Guatemala. Reflexiones en torno al juicio por genocidio (Caso Ríos Montt)	57
<i>Luis Miguel Gutiérrez Ramírez, Jorge Rodríguez Rodríguez</i>	
La protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes inmigrantes centroamericanos no acompañados y separados	87
<i>Raquel Herrera Escribano</i>	
Derecho a la educación: un debate necesario.....	105
<i>Carlos López Dawson</i>	
Indigenous Rights before the Inter-American Court of Human Rights: a Call for a Pro Individual Interpretation.....	133
<i>Valerio de Oliveira Mazzuoli, Dilton Ribeiro</i>	

Direitos humanos e direitos políticos: perspectivas e tendências do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos	173
<i>Vitor de Andrade Monteiro</i>	
La educación con enfoque de derechos humanos como práctica constructora de inclusión social.....	201
<i>Ana María Rodino</i>	
El sistema jurisdiccional electoral chileno	225
<i>Carlos Manuel Rosales</i>	
La reforma integral del sistema de justicia miliar argentino motivada por el cumplimiento de las obligaciones que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	319
<i>Annabella Sandri Fuentes</i>	
Dignidad humana y exclusión social. Aportes de las declaraciones contra la discriminación racial de UNESCO en la segunda mitad del Siglo XX a la construcción de políticas públicas para abordar la exclusión social y cultural en Latinoamérica.....	357
<i>Andrés Vázquez</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 61 de su Revista IIDH, que se ha alimentado, especialmente, de las colaboraciones que han hecho llegar algunos/as de sus lectores/as. Esta edición cuenta con los artículos académicos de Gerardo Cerabona (Argentina); Guillermo R. Gómez (México); Luis Miguel Gutiérrez (Francia) y Jorge Rodríguez (España); Raquel Herrera (Costa Rica); Carlos López (Chile); Valerio Mazzuoli y Dilton Ribeiro (Brasil); Vítor Monteiro (Brasil); Ana María Rodino (Argentina-Costa Rica); Carlos Manuel Rosales (Chile); Annabella Sandri (Argentina), y Andrés Vásquez (Paraguay).

Los aportes que hemos recibido se presentan en tres secciones temáticas: derechos políticos y derecho electoral; derechos económicos, sociales y culturales y personas en situación de vulnerabilidad, e interacción del Derecho Internacional con el derecho interno.

En la primera sección se analizan los derechos políticos desde su dimensión electoral. En un primer texto se reconoce la necesidad de fortalecer las medidas para que los partidos políticos puedan combatir los actos de corrupción en los que a veces se ven involucrados, para lo que se presenta una propuesta que podría ser adoptada en el marco de la Ley General de Partidos Políticos de México. En un segundo aporte se hace un diagnóstico situacional del sistema democrático chileno a partir del restablecimiento de las autoridades electorales en 1989. En este artículo se analizan elementos tales como la legislación

y la jurisprudencia electoral, la naturaleza, fundamento y competencias del Tribunal Calificador de Elecciones y algunos aspectos del debido proceso electoral. Finalmente, a través del estudio de dos casos específicos tramitados ante el Sistema Interamericano (Caso López Mendoza vs. Venezuela y Caso Gustavo Francisco Petro Urrego vs. Colombia), en una tercera contribución se identifican una serie de medidas que pueden y deben ser tomadas para reparar y prevenir violaciones a derechos humanos en materia electoral.

En la segunda sección, uno de los aportes contextualiza el problema que se enfrenta con la movilidad creciente de las personas menores de edad y adolescentes no acompañadas y separadas en Centroamérica, que acarrea múltiples violaciones a los derechos humanos. Para ello, se analizan los mecanismos de protección internacional y se plantean algunas conclusiones relevantes para la formulación de políticas públicas y/o programas de la cooperación internacional sobre la materia.

Un segundo texto analiza la pobreza como un fenómeno multidimensional y la violación de derechos humanos que conlleva, con especial énfasis en las obligaciones que tienen los Estados de implementar medidas eficaces para la erradicación de la pobreza de niños y niñas.

Otro estudio permite analizar el concepto de exclusión social y discriminación y la forma en la que ha sido abordado en el ámbito internacional y académico, con el fin de identificar algunas contribuciones y aspectos a resolver para la construcción de políticas públicas que den respuestas a la exclusión social y cultural en Latinoamérica.

Con ánimo de impulsar la inclusión social, un cuarto artículo de esta sección analiza la educación con enfoque de

derechos humanos como una práctica constructora de inclusión y para alcanzar el desarrollo de las sociedades humanas y de las personas. Para ello, se examinan los vínculos e influencias mutuas entre educación, derechos humanos e inclusión social, los progresos recientes de la doctrina y la práctica de la educación y, finalmente, se muestra que, al concebir la educación con enfoque de derechos humanos, se descubren distintos espacios de acción político-pedagógica desde los cuales se puede y debe construir inclusión social.

También en relación con la materia educativa, el siguiente estudio de esta sección analiza si la educación debe ser gratuita, subvencionada o con financiamiento compartido, desde la óptica que se discute tanto en el ámbito académico como político en el Estado chileno. Lo anterior, bajo la premisa de que la garantía del derecho a la educación por parte del Estado, tal y como está consagrado constitucionalmente y en tratados internacionales, sólo será completa al avanzar en la progresiva implementación de la enseñanza gratuita a nivel superior.

El último artículo de esta sección nos permite repasar la actuación del Sistema Interamericano en un mundo multicultural, en especial a través de la interpretación y aplicación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el principio *pro homine* para garantizar la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta sus antecedentes históricos y culturales.

La tercera sección presenta casos concretos en que, para garantizar el acceso a la justicia, se hace necesaria la aplicación de los criterios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la esfera nacional o en que dicha interacción ha permitido avances importantes para la garantía de derechos. El primer artículo se refiere al Caso Ríos Montt de Guatemala,

y muestra un análisis de las contradicciones y dilemas aún no resueltos en el procedimiento penal, a la luz de la obligación de investigar, juzgar y sancionar el crimen de genocidio de acuerdo a la jurisprudencia interamericana.

En un segundo aporte se analiza la reforma del sistema de justicia militar argentino de 2009 que, motivada por el cumplimiento de las obligaciones y estándares de protección que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha incorporado, entre otros, el carácter excepcional de la justicia militar.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus contribuciones académicas para esta edición. Con cada revista, el IIDH renueva su compromiso de fomentar la discusión de temas de relevancia para la comunidad internacional de derechos humanos y de continuar explorando y valorando formas novedosas para atender los desafíos en el actual contexto regional e internacional.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Derecho a la educación: un debate necesario

Carlos López Dawson*

Introducción¹

Sobre el lucro en la educación se ha discutido en el ámbito académico² y también en el político³; igualmente ha sido tema de debate si la educación debe ser gratuita, subvencionada o con financiamiento compartido y cuál es o debería ser el rol del Estado en la materia⁴. También se cuestiona el rol de los alcaldes como sostenedores de colegios municipalizados y cómo evitar el lucro en los sostenedores privados. En fin, la educación en Chile es un tema profundo, que claramente requiere una reforma

* Abogado, profesor universitario, doctor en Ciencias Políticas. Presidente de la Comisión Chilena de Derechos Humanos.

1 Este artículo es parte de un trabajo de investigación que el autor desarrolla para la Universidad Autónoma de Chile, que se titula *Derechos humanos en el siglo XXI*.

2 Palma, Eric Eduardo, *En defensa de la educación pública, del derecho a la educación y la legalidad universitaria*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2014, pág. 90.

3 Claude, Marcel, “La educación pública es posible. (Reflexiones para los estudiantes y familias chilenas)”, disponible en: <http://www.archivochile.com/Chile_actual/01_mse/5/MSE5_0016.pdf>, a julio de 2015.

4 González, Juan, Sebastián Ligüeno y Diego Parra, “¿Cómo poner fin al lucro en educación?”, OPECH/Centro de Alerta. Disponible en: <http://www.opech.cl/comunicaciones/2011/09/2011_09_09_fin_lucro_educacion.pdf>, a julio de 2015.

completa y compleja⁵. El lucro y otros temas relacionados han sido resueltos en leyes recientemente dictadas⁶.

Los movimientos estudiantiles y el Colegio de Profesores exigen la solución a estos problemas, lo que supone la promoción de un mayor desarrollo de la cultura de los derechos humanos, el fortalecimiento de la educación sobre estas materias, la introducción de reformas en el orden jurídico, el fortalecimiento de la justicia y el establecimiento de políticas sociales para superar la pobreza y la marginalidad, y establecer una educación pública gratuita de calidad.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos estima que para lograr tal eficacia es urgente posicionar con energía los derechos humanos en el Estado⁷, de manera que todos sus órganos, instituciones e instancias permitan su ejercicio. El Programa de Gobierno de Michelle Bachelet propone que se transforme al Estado en un auténtico Estado Democrático y Social de Derecho, igualmente, que se continúe profundizando la reforma de la Justicia, ratificando las convenciones internacionales sobre derechos fundamentales – incluidas las de la Organización Internacional del Trabajo(OIT) – y ampliando los recursos de amparo y protección a más derechos fundamentales – entre los que cuentan con acciones constitucionales para su vigencia; promoviendo la descentralización de la política mediante la

5 Los proyectos de ley aprobados por el Congreso Nacional proponen realizar un cambio sustancial en la educación. Ver: <<http://reformaeducacional.gob.cl/wp-content/uploads/IndicacionesLeydeInclusionSenado.pdf>>, disponible a julio de 2015.

6 Ver: <<http://michellebachelet.cl/>>, disponible a julio de 2015.

7 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual de la situación de los derechos humanos en Chile 2014*. INDH Santiago de Chile, 2014, pág. 171.

creación de mecanismos que permitan una mayor participación de la ciudadanía en la toma de decisiones políticas, tales como plebiscitos⁸, referéndum y consultas populares; creando instituciones estatales del tipo Defensor del Pueblo; desarrollando una política internacional fundada en los derechos humanos, la solidaridad y la reciprocidad; proponiendo la inclusión de normas sobre derechos humanos y políticas sociales en los acuerdos de comercio e integración económica; promoviendo reformas legales para un mejor ejercicio de los derechos humanos y el establecimiento de una plena democracia mediante la creación de una nueva constitución que, en definitiva, cambie aquellos aspectos que impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos⁹.

Sintetizando, las demandas de las organizaciones sociales y del propio Programa de Gobierno de la actual Presidenta, consideran necesario establecer como sociedad, una propuesta inclusiva para superar las inequidades existentes, que incluya lo siguiente:

- Lograr una democracia plena, tolerante, sin censura y acogedora, y crear mecanismos plebiscitarios.
- Generar una sociedad que destaque la dignidad humana como valor central.
- Educar a las y los niños y jóvenes en una cultura de profundo respeto por los derechos humanos.
- Construir una sociedad en la que nunca más se violen los derechos humanos. La mejor garantía de respeto de los

8 Ver: <<http://michellebachelet.cl/>>, disponible a julio de 2015.

9 Ibidem.

derechos humanos consiste en una sociedad en que cada mujer y hombre tenga clara conciencia de los derechos propios y ajenos, y vocación de ser cada uno protagonista de su afirmación y defensa.

- Construir un sistema de educación pública y gratuita de calidad, en todos los niveles, donde accedan los que tienen capacidad para ello, que se solidarice con los que no puedan.
- Crear instituciones de apoyo para aquellos que no posean capacidades intelectuales o de información suficiente para acceder a niveles superiores de educación.
- Lograr una distribución de la riqueza que impida la acumulación y la inequidad.

Una política de Estado centrada en el respeto pleno de los derechos humanos sólo puede ser producto de un proyecto de sociedad democrática, donde los actores sociales y políticos, la sociedad civil, la cultura y los actos individuales, sean el reflejo de una convicción profunda: el respeto al otro, el reconocimiento a la diversidad, la aceptación del pluralismo, tal como lo establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰.

1. La crisis de la educación universitaria

Si entendemos que una universidad es por antonomasia el centro natural del libre desarrollo del pensamiento y de ideas al más alto nivel académico, podemos concluir que las unidades académicas que de ella emanen deben potenciar y perfilar ese rol al resto de la sociedad. Aceptando como base esencial del

10 ONU, “Una introducción a las Naciones Unidas”, disponible en <<http://www.un.org/es/aboutun/booklet/intro.shtml>>, a julio de 2015.

quehacer de la Universidad la revalorización y potenciamiento del concepto de ciudadanía, como eje de desarrollo básico de un sistema democrático, esta institución debe ser fundamento natural de articulación del conocimiento y profundización de las materias relacionadas con los derechos humanos y el derecho humanitario, y su natural relación con las libertades ciudadanas y la profundización de la democracia¹¹.

Pero, ¿cómo podemos definir qué es Universidad y qué podemos entender como Universidad de Excelencia? La Universidad de Excelencia es la que combina de modo equilibrado las funciones de docencia, investigación y extensión. Sólo cinco de las sesenta universidades que existen en el país cumplen con este requisito fundamental – diversos indicadores dan cuenta de esta desigualdad; éstas son: la Universidad de Chile, la Universidad Católica de Santiago, la Universidad de Concepción, la Universidad de Santiago y la Universidad Austral.

La Confederación de Estudiantes de Chile (CONFECH) encargó un estudio al Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo (CENDA), donde se expresa lo que sigue:

[...] las primeras universidades nombradas anteriormente, atienden a un quinto del alumno universitario, pero concentran el 39 % de los académicos universitarios a jornada completa y 43% de los que tienen el grado de doctor, y su presupuesto representa el 41% de los ingresos de explotación de las universidades.

11 Gabriela Mistral: “Estamos obligados a pensar en que es la educación quien mutila a nuestra juventud”, cita tomada de: <<http://ciberamerica.blogspot.com/2011/01/gabriela-mistral-recado-para-eduardo.html>>, disponible a julio de 2015.

De la relación de sesenta universidades del país con respecto a estas cinco universidades de excelencias que, si que son universidades, ellas invierten el doble de recursos académicos de jornada completa y de grado de doctor que imparten docencia por alumno. Si se realizara la comparación entre cada uno de los indicadores ya mostrado en las universidades de investigación, las otras universidades que concentran el 28% del alumnado según un estudio del CIES, esta brecha aumentaría la diferencia entre indicadores en cinco o siete veces más¹².

a. El problema de la educación

Según afirman los rectores de las universidades públicas, en coincidencia con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el sistema educativo chileno es uno de los más caros del mundo y el más desigual en su aprendizaje. Se infiere de la lectura de distintos anuarios estadísticos que en Chile se ha construido una educación para ricos y otra para pobres¹³. En una entrevista del diario El Mercurio al rector Ignacio Sánchez de la Universidad Católica de Chile, éste expresó:

12 Estos indicadores, en la actualidad y desde siempre, han posicionado a la Universidad de Chile en los mejores lugares en los puntajes estandarizados de medición de calidad; hoy esta universidad ocupa el noveno lugar de Latinoamérica y el lugar 400 en el mundo, muy lejos de las otras universidades del país. Ver PNUD, *Expansión de la educación superior en Chile: hacia un nuevo enfoque de la equidad y calidad*. PNUD/Ministerio de Educación, Santiago de Chile, 2005.

13 Este dato está en distintos anuarios estadísticos; con la lectura se puede validar la afirmación del párrafo anterior. También se puede consultar a las siguientes instituciones: MINEDUC, INE y universidades, entre otras instituciones de investigación.

En el debate de la educación, el financiamiento ha sido uno de los aspectos más importantes de la discusión. En Chile, más del 85% de la inversión en educación superior proviene de las familias, lo que se compara con el 30% en promedio de la OCDE y menos del 15% en algunos países europeos.

Chile, en comparación con otros países, tiene el mayor costo relativo en educación superior, considerando que el valor promedio de los aranceles representa el 41% del PIB per cápita. No se puede rebatir que los aranceles de la educación superior en Chile son altos y que su peso está radicado en las familias¹⁴.

En ese sentido, se puede suponer que el modelo económico imperante se ha preocupado más en ser eficiente y eficaz para el lucro del sostenedor que para el logro de su capital cultural.

La OCDE afirma que [...] la educación chilena está influenciada por una ideología que da importancia indebida a los mecanismos de mercado para mejorar la enseñanza y aprendizaje. La inversión en educación en cuanto a recursos financieros y humanos ha sido muy alta comparativamente con la década de los 90; sin embargo, no ha producido los resultados

14 No entraré a describir lo que ha significado para la familia el crédito con aval del Estado (CAE), que tiene a un 25% de los estudiantes universitarios endeudados, por lo que han abandonando la universidad sin retorno. Como dato anecdótico, la tasa que se titula en las universidades es el 16% de los que ingresan. Además, se le entregó a la banca intermediaria la acción de operar los créditos y a impuestos internos a perseguir esta moratoria, y, como un antecedente digno de Ripley, el Estado ha recomprado a la banca el 40% de la cartera vencida. Negocios son negocios.

esperados por la comunidad y por las necesidades de la sociedad chilena^{15/16}.

Parte del problema es la ideología neoliberal que constitucionalizó sus máximas, lo que queda en evidencia en el Capítulo III del Decreto Ley No. 3464, De los Derechos y Deberes Constitucionales, en el art. 19, incisos 10 y 11, donde la valoración está puesta en la libertad de enseñanza, en el negocio de la educación por encima del derecho a ella. En ese capítulo se margina la responsabilidad estatal en materia de derechos, lo que se traduce en falta de garantías. Así, la ciudadanía queda indefensa frente a los abusos de las AFP (Administradoras de Fondos de Pensiones), las ISAPRES (Instituciones de Salud Previsional), las universidades privadas y las organizaciones empresariales. Es esa constelación jurídico-legal la que “regula” el sistema, e incluye la Ley General de Educación (del año 2009, que reemplaza a la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza - LOCE), resultado del conflicto del 2005 que, nuevamente, demostró cómo las trampas institucionales chilenas (sistema binominal, leyes de quórum calificado)¹⁷ tan sólo visualizan a una parte de los intereses existentes en nuestro país y, pese a que la legislación que prohíbe que las universidades lucren, sus propietarios lo siguen haciendo. La privatización es, en ese sentido, el problema central de la institucionalidad educacional

15 OCDE, *Chile. Revisión de las políticas nacionales de educación*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo, París, 2004, pág. 305.

16 En diversos estudios se ha analizado el problema de la educación con relación al modelo económico. Véase, por ejemplo: Donoso Díaz, Sebastián, “Reforma y política educacional en Chile 1990-2004: el neoliberalismo en crisis”, *Estudios Pedagógicos*, Vol. 31, No. 1, 2005, págs. 113-135. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-07052005000100007&script=sci_arttext>, a julio de 2015.

17 Atria, Fernando, *La Constitución tramposa*. Ed. LOM, Santiago, 2013, pág. 121 y ss.

actual en Chile¹⁸. El Estado aporta 56% de la educación y las familias un 44%. En países de la OCDE el Estado aporta 85% y las familias 15%¹⁹. En Chile la educación es una de las más caras del mundo. A nivel universitario el costo de la educación es un 72% del ingreso per cápita, en cambio en los demás países de la OCDE es un 44%. Desde 1950 a 1973 el gasto público en educación creció un 10% anual. La dictadura militar llevó el gasto público en educación de un 7% del PIB al 3%. En los colegios públicos, el 85% del alumnado viene del 60% más pobre de la sociedad. En los colegios privados más del 60% de los alumnos viene del 20% más rico²⁰.

b. Sociedad y derecho en la universidad actual

Las universidades nacionales, públicas y privadas, tienen todavía que desempeñar una noble tarea en la formación de profesionales ciudadanos, es decir, de personas que reciban una formación basada en los derechos humanos. Esta necesidad se

18 Donoso Díaz, Sebastián, “Reforma y política educacional en Chile 1990-2004: el neoliberalismo en crisis”... pág. 114. Ver: OCDE, “Country Note: Chile”, disponible en: <<http://www.oecd.org/edu/Chile-EAG2014-Country-Note.pdf>>, disponible a julio de 2015. Ver también: <<http://marcelclaudel.blogspot.com/2011/06/la-educacion-publica-es-posible-la.html>> y <<http://marcelclaudel.blogspot.com/2011/06/claves-sobre-el-problema-educacional.html>>, disponibles a julio de 2015.

19 Ver estadísticas en OCDE, “Revisión de políticas nacionales de educación: el aseguramiento de la calidad en la educación superior en Chile, 2013”. Disponible en: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/education/revision-de-politicas-nacionales-de-educacion-el-aseguramiento-de-la-calidad-en-la-educacion-superior-en-chile-2013_9789264191693-es#page1>, a julio de 2015.

20 Ver: <<http://www.oecd.org/newsroom/los-paises-asiaticos-encabezan-el-ultimo-estudio-pisa-elaborado-por-la-ocde-sobre-el-estado-de-la-educacion-mundial.htm>>, disponible a julio de 2015.

origina no sólo por el enorme desarrollo de esta rama del derecho y del conocimiento en general, sino porque nuestro país ha sufrido en carne propia las consecuencias de una falta de nivel cultural en esta materia.

Las universidades chilenas, tributarias de una tradición de libertad de cátedra desconocida en otras partes, que no fuera respetada durante el régimen militar, están en condiciones de realizar actividades dirigidas a impartir docencia e investigación inspiradas en el humanismo, y particularmente en los derechos humanos, lo que implica fortalecer la docencia de sus propios docentes.

Desde ese punto de vista, la universidad chilena podría realizar un esfuerzo para sensibilizar a la mayor cantidad de personas respecto de tales tareas, posicionando los derechos humanos, despertando el interés por una mayor colaboración activa de todos para contribuir a que la sociedad y el Estado adopten actitudes, mecanismos y normas para promover los derechos humanos, incluidos los intereses difusos, y para prevenir su violación. En el plano de la educación, el país no ha podido implementar los objetivos transversales de derechos humanos definidos en la ley de enseñanza, en tanto que en el ámbito universitario no existe aún un desarrollo profundizado de estos derechos como tampoco de esfuerzos por una educación para la paz.

Tal vez sea difícil – para algunos imposible–, aceptar un reencuentro en el cual todos y todas nos miremos a los ojos, con entereza y honra, sintiéndonos respetados en nuestra dignidad. Un momento en que desaparezca parte de esa angustia existencial por el pasado y el futuro que todos tal vez llevan consigo. Ello no puede servir, en todo caso, como excusa para permitir – como si fuera un problema ajeno – el mantenimiento de un modelo educativo basado en el lucro y creador de más desigualdad²¹.

21 Muñoz H., Pablo, y Amaia Redondo S., “Desigualdad y logro académico

Persistir en maquillar el modelo actual de educación se asemejaría a la actitud de nuevos ricos que creen que basta comprar muebles nuevos, objetos bonitos y bibliotecas para parecer modernos y cultos; también se puede asimilar al trauma del niño violado: no reconocer el hecho, viviendo con la angustia del pasado sin enfrentar el dolor²².

No basta que el gobierno logre dominar la macroeconomía, aumente las exportaciones y el ingreso per cápita, ni siquiera que logre eventualmente poner fin a la pobreza dura, aunque todo ello pueda formar parte la riqueza material, lo que podría satisfacer algunas personas. Sin embargo, no habrá modernidad en Chile si subsiste la vigencia de leyes y la producción de actos que desconocen derechos fundamentales, como el de la educación, la salud y el trabajo. La esencia de la modernidad reside en una forma de Estado que se caracteriza por que el pueblo es el que ejerce la soberanía y las autoridades respetan los derechos humanos integralmente, y en el ejercicio efectivo de los derechos humanos. Considerar los derechos humanos en su integralidad parece abstracto y poco generalizado, y sin embargo la modernidad es propiamente tal sólo cuando se alcanzan la plenitud del ejercicio de todos los derechos por todos y todas. Entre ellos, el de la educación es fundamental, teniendo además presente que el Estado de Chile, además de los derechos reconocidos en la Constitución actual, ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que dispone que el Estado debe proporcionar

en Chile”, *Revista CEPAL* No. 109, págs. 107-123. Disponible en: <<http://www.cepal.org/cgibin/getProd.asp?xml=/revista/noticias/articuloCEPAL/2/49522/P49522.xml&xsl=/revista/tpl/p39f.xsl&base=/revista/tpl/top-bottom.xsl>>, a julio de 2015.

22 Contreras, Dante, “Distribución del ingreso en Chile. Nueve hechos y algunos mitos”, *Perspectivas* 2 (2), págs. 311-332. Disponible en: <<http://www.dii.uchile.cl/~Revista/revista/vol2/n2/07.pdf>>, a julio de 2015.

educación gratuita incluso en la educación superior, por cuanto su artículo 13, letra c), dispone que “La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”. Su incumplimiento constituye una violación del tratado internacional.

Con el actual sistema de educación la clase media se ha ido endeudando cada vez más, hasta el punto que se está transformando en una clase esclava del sistema financiero.

2. Antecedentes históricos

A continuación se hará una breve mención a la legislación nacional, partiendo de la Ley General de Instrucción Primaria de 1860. Se complementará este recorrido histórico con algunos de los principales hitos de la educación chilena durante el siglo XX.

La Ley General de Instrucción Primaria –firmada por el Presidente Manuel Montt y el Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública Rafael Sotomayor– se promulgó el 24 de noviembre de 1860. En ella el Estado asumió por primera vez un rol sobre la dirección principal de la educación primaria, garantizando la gratuidad de la enseñanza primaria para uno y otro sexo, a cargo del gasto fiscal estatal y municipal.

La Escuelas se clasificaron en:

- Elementales: donde se enseña a leer y escribir en el idioma patrio, la aritmética práctica y el sistema de pesos y medidas, enmarcados en una doctrina y moral cristianas.
- Superiores: en las cuales se ensancha la instrucción religiosa, además de profundizar en la gramática castellana, aritmética, dibujo lineal, geografía, el compendio de la historia de Chile,

la Constitución Política del Estado. No obstante, para las mujeres se reemplaza el dibujo lineal y la enseñanza de la Constitución Política por economía doméstica, bordado, costura y demás labores de aguja.

a. El Estado docente

La experimentación pedagógica se inicia en las escuelas primarias en 1928, en el Liceo Experimental Manuel de Salas en 1932 y luego se cumplía en las escuelas consolidadas y en los Liceos Experimentales del Movimiento de Renovación Educacional. Se comienza a instalar la concepción del Estado docente, lo cual se traduce en la “responsabilidad preferente del Estado por la educación pública, la formación de obreros especializados y la supervisión de la enseñanza particular”²³. Aparece en este contexto

[...] la necesidad de elaborar una ley orgánica de la educación pública, que coordinara las diferentes ramas de la enseñanza y permitiera establecer un control estatal sobre los establecimientos privados, acusados de comerciar con la educación y de utilizar métodos pedagógicos alejados de las necesidades del país²⁴.

Así, en el siglo XIX la educación se convirtió en un aspecto de los derechos humanos. Durante el siglo XX, los aspectos de la educación fueron incorporados en las leyes y constituciones. Actualmente, el derecho humano a la educación es una vital herramienta del derecho que le permite al individuo tener control sobre el curso de su vida.

23 Zemelman, Myriam, e Isabel Jara, *Seis episodios de la educación chilena, 1920-1965*. Serie Estudios, Ediciones Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2006, pág. 83.

24 *Ibidem*, pág. 86.

b. El derecho a la educación en la Constitución Política chilena de 1980

La Constitución Política de 1980 responde, como todo cuerpo legal, a su contexto político e histórico. En consecuencia, se deben mencionar las principales características del régimen militar de la época:

- Asimilación del Estado de sitio a una situación de guerra, lo cual normalizó la existencia de tribunales militares, campos de prisioneros, exilio a opositores del régimen.
- Control de los medios de comunicación.
- Disolución del Congreso Nacional.
- Prohibición de los partidos políticos.
- Intervención de las organizaciones sociales.
- Represión organizada por los organismos de seguridad, con atribuciones.
- Expulsión de los empleos públicos y privados por motivos ideológicos.

Si bien en política interna la dictadura cívico-militar desconocía los derechos fundamentales, en política internacional aparecía cumpliendo con sus obligaciones, tales como:

- Respetar: no intervención del Estado, por ejemplo, tiene que obedecer la libertad de elección entre escuelas privadas o públicas.
- Proteger: el Estado debe prevenir y prohibir cualquier violación al derecho a la educación.

- Cumplir: el Estado debe asegurar la realización progresiva del derecho a la educación. De acuerdo a su tradición o historia, el Estado de Chile debiera desarrollar los siguientes ámbitos de la educación:
 - Educación primaria obligatoria y gratuita.
 - Educación secundaria (10 a 14 años) disponible y accesible para todos y todas.
 - Educación superior, accesible para todos y todas, con base en sus capacidades.
 - Educación fundamental intensificada para aquellos que no hayan completado la educación primaria.
 - Eliminación del analfabetismo.

c. Reforma educacional

Con la entrada en vigencia de la Ley General de Educación, que reemplaza a la LOCE, se contempla una renovada estructura curricular, que acorta la enseñanza básica a seis años y alarga la media en dos. El cambio se efectuaría a partir de 2017. También se reemplaza el Consejo Superior de Educación por el Consejo Nacional de Educación. Adicionalmente, la Ley de Aseguramiento de la Calidad de la Educación de 2011 separa funciones del ministerio en tres organismos, para lo cual crea dos nuevas instituciones reguladoras, la Superintendencia de Educación y la Agencia de Calidad de la Educación.

d. Derecho constitucional a la educación

El derecho constitucional chileno reconoce el derecho a la educación; sin embargo, la Constitución Política de 1980 no le otorga garantía constitucional, sino meramente declarativa. Es así que en el artículo 19 se asegura a todas las personas:

El derecho a la educación. La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. [...] El Estado promoverá la educación parvulario [...] Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación [...]

Pero, no existe recurso constitucional para lograr su cumplimiento; ello queda de manifiesto al leer el artículo 20 de la Constitución, en el que se excluye este derecho.

3. Derecho a la educación en el Derecho Internacional

Los derechos humanos tienen carácter de *ius cogens* y, por lo mismo, constituyen obligaciones para los Estados. El derecho a la educación es un derecho humano que, además, recibe especial atención en las convenciones internacionales. El Estado de Chile ha sido históricamente un promotor de estos derechos, aunque políticamente no ha sido consecuente durante los periodos no democráticos. El Estado de Chile ha suscrito y puesto en vigencia numerosos instrumentos internacionales sobre derecho a la educación, incluida la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que fuera firmada por el Embajador de Chile de la época, con carácter obligatorio.

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales [...] Artículo 26 (2) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

De manera que, el derecho a la educación se encuentra entre las obligaciones internacionales de Chile. En su artículo 13, el PIDESC dispone:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:
 - a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
 - b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
 - e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado. (Destacado es del autor.)

La educación universitaria pública en Chile fue gratuita hasta 1990, cuando el régimen de Pinochet promulgó la LOCE, que fue publicada en el Diario Oficial de Chile el 10 de marzo de

ese año, mismo día del término del Régimen militar. Esta Ley fue promulgada en el ejercicio del poder de Augusto Pinochet Ugarte días antes, el 7 de marzo. Fue derogada en el año 2009 y sustituida por la Ley de Educación General (LGE), durante el anterior gobierno de la presidenta Michelle Bachelet.

El PIDESC fue promulgado el 28 de abril de 1989 y publicado en el Diario Oficial de Chile el 27 de mayo de 1989. Según lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución Política, el Pacto citado formaba parte de la Constitución, de manera que el derecho a una educación pública gratuita estaba garantizado constitucionalmente. Esto porque **la implantación progresiva de la enseñanza gratuita** se había logrado con anterioridad al Pacto, de manera que su posterior eliminación constituye un desconocimiento e infracción al derecho y del Pacto internacional citado.

El Derecho Internacional no exige a los Estados una forma determinada para la recepción del tratado²⁵, sólo que se comprometan al cumplimiento cabal del mismo. Los distintos procedimientos para la incorporación puestos en práctica por los diferentes Estados, no alteran el hecho de que los tratados constituyen tanto una fuente de derecho interno como de Derecho Internacional²⁶. Y la única exigencia del Derecho Internacional es que el tratado se respete y cumpla, para lo cual cada Estado puede adoptar las medidas necesarias y útiles²⁷.

25 Sorensen, Max, Manual de derecho internacional público. Fondo de Cultura Económica, México, pág. 193.

26 De Visscher, Charles, “Les Tendances Internationales des Constitutions Modernes”, Recueil des Cours 80, 1952. Citado por Sorensen, ibidem, pág. 193.

27 Benedava, Santiago, Derecho Internacional Público. Editorial Jurídica, Santiago, 1981, pág. 70.

La legislación chilena incorpora el Derecho Internacional convencional mediante el procedimiento de promulgación y publicación del tratado en el Diario Oficial²⁸. En efecto, el artículo 54 de la Constitución Política vigente dispone que son “atribuciones exclusivas del Congreso: 1) aprobar o desechar los Tratados Internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”.

La misma normativa constitucional contempla en su artículo 75 que la “promulgación debe hacerse siempre dentro del plazo de 10 días, contados desde que ella sea procedente. La publicación se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el Decreto promulgatorio”. El artículo 5 del Decreto Ley 247 de 1974, establece un mecanismo de incorporación del tratado al ordenamiento jurídico, al señalar que “tal tratado será promulgado por Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores”, que ordenará su cumplimiento y que se lleve a efecto como ley del país, y que “tanto dicho Decreto Supremo como el texto del tratado se publiquen en el Diario Oficial”²⁹. La promulgación y publicación de las convenciones internacionales le otorgan plena vigencia, lo que se traduce en su incorporación plena al ordenamiento jurídico interno³⁰. Los tribunales pueden aplicar directamente las

28 Ver al respecto, Detzner, John, *Tribunales chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos. La recepción del Derecho Internacional de Derechos Humanos en el derecho interno chileno*. Comisión Chilena de Derechos Humanos, Programa de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1988.

29 Tribunal Constitucional, fallo sobre Clodomiro Almeyda, 21 de diciembre de 1987, Santiago.

30 Detzner, John, *Tribunales chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos...* págs. 6-8.

disposiciones de tales convenciones³¹, sin perjuicio de considerar los derechos allí reconocidos como principios de derecho y como normas de *jus cogens*, según el caso³².

Cuando el conflicto entre normas nacionales e internacionales no puede resolverse a través de una interpretación, entonces los tribunales han señalado invariablemente que el Derecho Internacional tiene prevalencia³³. En el caso específico de Pactos internacionales, la conciliación entre la norma internacional y la nacional es inevitable y obligatoria para los tribunales en virtud a lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, de la Constitución Política de 1980, que dispone que el “ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, derechos que se encuentran, a su vez, detalladamente reconocidos en los Pactos internacionales citados³⁴.

La Constitución Política de 1980 reconoce y garantiza el ejercicio de numerosos de tales derechos humanos – civiles, políticos, económicos, sociales y culturales –, en particular en los artículos 1, 4, 5, 10, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 45 y 76. Estas normas constitucionales encuentran su referente en las de los Pactos. En efecto, el deber del Estado de reconocer la libertad e igualdad de todos, que recoge el artículo 1 de la Constitución, se encuentra reconocido en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y en el artículo 2 del

31 Ibidem, pág. 152 y ss.

32 Ibidem.

33 Ibidem.

34 Un profundo análisis sobre esta materia se puede encontrar en Nogueira, “El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos”, *Revista Ius Et Praxis*, Año 14, No. 2, págs. 209-269. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art07.pdf>>, a julio de 2015.

PIDESC. Este ejercicio se puede hacer con cada uno de los derechos humanos reconocidos en la Constitución.

Eventualmente, el derecho nacional, incluido el constitucional, podría colisionar con los Pactos, pero tal conflicto necesariamente debe ser resuelto a favor de los derechos humanos, no sólo por el carácter obligatorio del Derecho Internacional sino por lo estipulado por la propia Constitución Política en los artículos 1 y 5, que disponen el carácter fundacional de los derechos humanos y la limitación de las potestades de las autoridades instituidas en la Carta Fundamental acorde al respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Sin perjuicio de lo anterior, los tribunales chilenos se han esforzado por lograr que la norma internacional sea aplicada en el país, haciendo interpretaciones conciliadoras para tal efecto^{35/36}.

Desde luego, la Constitución Política vigente contiene algunas normas de derecho público que establecen contradicciones con respecto a las de convenciones internacionales. La forma de resolver este problema no es por la vía judicial, sino mediante un efectivo proceso de transformación constitucional y legal fundado en el ejercicio del derecho a la libre determinación del pueblo, consagrado, por ejemplo, en los pactos internacionales de derechos humanos, de acuerdo con las obligaciones que se estipulan en los artículos segundos de estos instrumentos jurídicos, hoy día vigentes como leyes internas chilenas.

35 Correa G., Rodrigo P., “Análisis de jurisprudencia de la Corte Suprema en 2001: Derecho Internacional Público”, *REJ – Revista de Estudios de la Justicia* No. 3, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, pág. 105.

36 Detzner, John, *Tribunales chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos...*

a. Rango constitucional de los Pactos

La Constitución Política actual contiene una serie de normas relativas a los derechos humanos que le otorgan un contexto normativo diferente a su vigencia³⁷. En efecto, el artículo 5, inciso 2, de la Constitución vigente reconoce que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile, que se encuentran vigentes”. De esta manera, se incorporan en el ámbito constitucional los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile, con lo cual se da contenido a la oración del citado inciso del artículo 5, que señala: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

Lo anterior se ve reafirmado con lo dispuesto en el artículo 19, No. 26, que consagra la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. De esta manera, las bases de la Constitución Política reconocen los derechos humanos enumerados en la propia Carta Fundamental, así como aquellos establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, sin que ninguna norma legal ni constitucional pueda afectarlos en su esencia.

37 La Constitución Política establece en el inciso cuarto del artículo primero que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”. Dicha promoción debe realizarse y así lo establece la misma disposición “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

La solución jurídica en caso de confrontación entre dos normas constitucionales está dada por las propias bases fundamentales de la Constitución, es decir, necesariamente son preeminentes las normas constitucionales que reconocen los derechos humanos, por cuanto estas normas constituyen el fundamento declarado de la Constitución, la base de la institucionalidad³⁸. En otras palabras, las normas constitucionales que desconozcan los derechos humanos consagrados en la Constitución, serán letra muerta.

b. Deber estatal de respetar y promover los derechos humanos

Todos los órganos del Estado, de cualquiera de los poderes, Ejecutivo, Legislativo o Judicial, deben actuar en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución. Varias disposiciones, que fuera de este contexto parecerían restrictivas de los derechos humanos, solamente podrán ser interpretadas sistemáticamente dentro del contexto dado por estas normas internacionales de derechos humanos; por lo tanto, dichas interpretaciones tendrán que ser compatibles con este contexto. Así, por ejemplo, el PIDCP, el PIDESC, las convenciones contra la tortura, etc., prevalecerán ante cualquier otra norma legal o constitucional que pueda menoscabarlas. De la misma manera, los tribunales de justicia no pueden asilarse en una supuesta competencia exclusiva del Ejecutivo cuando estén en juego los derechos humanos. Este principio esencial del derecho moderno podría ser vulnerado por una supuesta preeminencia de la norma nacional por problemas de procedimiento, lo cual, en todo caso, está resuelto por el derecho nacional.

38 Capítulo I.

c. La preeminencia de la norma internacional

La incorporación de un tratado en la legislación interna puede presentar conflictos doctrinales respecto de sus consecuencias sobre la ley interna anterior y sobre el efecto que puede tener el derecho derivado del mismo tratado sobre la ley interna. Sin embargo, en materia de derechos humanos el criterio fundamental se encuentra en la propia Constitución Política, en las bases de la institucionalidad, es decir, si el propósito de la Carta Fundamental es proteger a la persona y para ello establece una serie de deberes del Estado y garantías para los derechos de las personas, las normas internacionales que sean compatibles con dicho mandato primarán por sobre cualquier otra nacional. De este modo, la incorporación de normas internacionales hecha de acorde a la Constitución, produce la inaplicación de las normas internas que las contravengan.

Respecto de las relaciones entre normas internacionales válidamente incorporadas al derecho interno y leyes posteriores, se rigen por el principio de buena fe y de cumplimiento de los compromisos adquiridos que constituyen principios de *ius cogens* codificados por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de manera que el cumplimiento de los tratados no puede ser alterado por una ley o una reforma constitucional posterior. Este principio es recogido en el artículo 27 de dicha Convención, que determina que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Así, ante un tratado válido e incorporado al derecho interno y una ley interna posterior válida, el juez ordinario deberá dar aplicación preferente al tratado. Hacerlo de otro modo haría caer al juez en quebrantamiento del ordenamiento jurídico interno y sus reglas de aplicación y en materia de derechos humanos, en incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución Política, además de hacer incurrir el Estado en responsabilidad

internacional. La propia Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en su sesión 367 de mayo de 1978, al reconocer la superioridad de los tratados sobre la ley, recogiendo lo que ya habían expresado los comisionados Alejandro Silva Bascuñán y Jaime Guzmán Errázuriz en la sesión del 20 de junio de 1974, reconoció la preeminencia de la norma internacional. Además, la inderogabilidad del tratado por la ley es una característica esencial de la incorporación del mismo al orden jurídico nacional y ello no significa la nulidad de la ley posterior contraria al tratado, como lo señala la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en la sesión 371, páginas 2587 y 2588.

d. Los tratados internacionales vigentes en Chile

Los tratados internacionales vigentes en Chile incorporan a la Constitución Política derechos que no se encuentran expresamente reconocidos ni cuentan con reales y efectivas garantías. Algunos de ellos sólo cuentan con un reconocimiento declarativo; por ejemplo, el derecho al trabajo reconocido en el artículo 6 del PIDESC, el derecho a huelga (artículo 8 del PIDESC), el derecho a la educación gratuita en todos los niveles (artículo 13 del PIDESC), entre otros, que no tienen garantía expresa en la Constitución Política.

e. Obligación legislativa

El citado artículo quinto impone al Poder Legislativo el deber de adoptar las medidas legislativas que permitan hacer efectivos los derechos reconocidos y garantizados en los tratados internacionales incorporados en la Constitución, toda vez que muchos de estos derechos, particularmente aquellos reconocidos en el PIDESC, requieren de la adopción de medidas legislativas y de otro carácter para hacerlos efectivos.

Conclusiones

El derecho a la educación gratuita tiene rango constitucional según lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución Política vigente, de manera que la vigencia del PIDESC impone al Estado la obligación de financiar la educación gratuita en todos los niveles, incluida la superior y, obviamente, tal educación no puede ser sino de calidad.

La superación de los problemas producto de políticas neoliberales debe ser pensada al alero de una visión epistemológica que supere el iuspositivismo y el iusnaturalismo, pues la emergencia de los movimientos sociales expresan nuevas exigencias de derechos que hoy aparecen en la Constitución Política vigente como meros discursos, sin garantía constitucional eficiente y sin que el Estado asuma sus responsabilidades, como la realidad lo confirma. Tomando las ideas de Boaventura de Sousa Santos³⁹ se perciben tres crisis a resolver por parte de la educación en general y la universidad en particular: la crisis de hegemonía, la de legitimidad y la institucional. Las tres crisis no podrán ser resueltas por medio de la masificación de este bien público. Se necesitan modificaciones tectónicas, comprendiendo que las tareas de la Universidad del siglo XXI no pueden ser las de la Universidad del siglo XX. Además, que, como sostiene Boaventura de Sousa Santos

[...] para los países periféricos y semiperifericos el nuevo contexto global exige una total reinvencción del proyecto nacional, sin el cual no podría haber reinvencción de la universidad [...] En el siglo XXI sólo habrá naciones en la

39 Sousa Santos, Boaventura, “La Universidad en el siglo XXI, para una reforma democrática y emancipadora de la universidad”, *Revista Umbrales*, UNAM, No. 112, 2005, pág. 1.

medida en que existan proyectos nacionales de calificación de la inserción en la sociedad global⁴⁰.

Este momento de crisis, finalmente, del paradigma moderno de concebir la vida y las instituciones, es una abierta invitación a enfrentar lo nuevo con lo nuevo en la lucha por la definición de la educación. Escuelas y universidades están abierta, y en las calles, fundamentalmente, se escriben las primeras líneas. Considerarlo como una fuente de los cambios no es quedar prisionero de la calle, sino ser capaz de entender el mensaje democratizador de las y los ciudadanos. Ello, qué duda cabe, incidirá en cómo se logra satisfacer el derecho a la educación como un deber del Estado.

40 *Ibidem*, pág. 31.