

Derechos del niño y educación

Miguel Cillero*
Consultor de UNICEF

En esta presentación desarrollaré algunas ideas básicas acerca de la relación entre derechos humanos y el sistema educativo. En síntesis, sostengo la idea que la tarea educativa –tanto entendida como política pública, cuanto como práctica pedagógica– se enriquece y complementa al enfocarla desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Esta relación de enriquecimiento y complemento se funda en un criterio relativamente asentado en la sociedad contemporánea: el de la integración –en el diseño de políticas públicas– de los enfoques de Derechos Humanos y de Desarrollo Humano. Asimismo, la relación antedicha también se basa, y sustancialmente, en el reconocimiento de la educación como un instrumento privilegiado para la construcción dinámica de la democracia, la mitigación

profunda de las desigualdades sociales, aún intolerables, que generan en nuestras sociedades miseria y exclusión.¹

Es evidente que las relaciones entre el sistema político democrático, derechos fundamentales y educación se pueden analizar desde múltiples puntos de vista. En las líneas que siguen concentraré mis reflexiones sobre una dimensión particular: *la relación entre derechos humanos de la infancia y educación*.

■ I. El punto de inflexión: el Siglo XVIII

Entendida en su significado primigenio, tanto la acción de educar como la reflexión respecto de su hacer, constituyen atributos inveterados en el hombre, cuyas huellas nos pueden remontar a las primeras civilizaciones de las que se tenga memoria histórica. Sin educación la propia noción de

cultura carecería de sentido. La cultura, ya sea como elaboración de técnicas rudimentarias de subsistencia, ya como la expresión, supervivencia y modo de ser de una civilización, se construye sobre la arquitectura poderosa de la educación. Sin ésta, la *polis* se arruina y perece de manera irremediable. Así lo entendió Platón, quien desde la Grecia antigua nos lo hizo saber de manera elocuente en *La república*. La educación ha existido siempre.

Si bien en los distintos modelos de sociedad que se han sucedido en la Historia, se desarrollaron instituciones educativas y prácticas pedagógicas² particulares y propias, las que dominan en el actual sistema educativo –así como la correlativa concepción contemporánea sobre la infancia como sujeto de derecho– parecen remitir al proceso de transición



* Director Master de Derechos de Infancia, Familia y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Chile. Este artículo tiene su origen en la ponencia presentada en el Seminario Internacional "Políticas Educativas y Equidad" realizado en Santiago de Chile en Octubre de 2004 cuyas actas fueron publicadas por la Fundación Ford, UNESCO, UNICEF y la Universidad Alberto Hurtado en Santiago de Chile, 2005.

¹ Véase Informe de Desarrollo Humano, PNUD, New York, 2000.

² Un estudio clásico sobre esta materia es el de DURKHEIM, E.: "L'évolution pédagogique en France", 1ª ed. 1939, en castellano "Historia de la Educación y de las Doctrinas Pedagógicas. La Evolución Pedagógica en Francia", ediciones de La Piqueta, Madrid, 1992.

y cambio iniciado a partir de la Ilustración.³ Como es sabido, las múltiples transformaciones filosóficas, políticas, sociales, económicas y jurídicas que la sociedad occidental experimentó a partir del Renacimiento, generaron mutaciones significativas en las condiciones sociales y jurídicas de la familia y de la infancia. A fines del siglo XVIII, este proceso de transformaciones desembocó en una ruptura gigantesca del antiguo orden político y social cuando ocurrió la Revolución Francesa, que puso fin al estado absoluto de base feudal vigente en Francia desde hacía más de 300 años.

En el ámbito específico de la infancia, el proceso de transformaciones tuvo un hito fundamental 200 años después, al aprobarse en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en 1989.⁴ Los estudios históricos revelan que estas transformaciones se produjeron a través del desarrollo de mecanismos *institucionalizados*⁵ de socialización e integración social que vinieron a complementar o sustituir las tareas que la familia y la religión habían tenido hasta ese momento.

Entre los mecanismos institucionalizados creados por el derecho y sustentados por la actividad del Estado, se encuentra la escuela pública. La educación pública forma parte del proyecto de sociedad que comenzó a desarrollarse con la ilustración, que se entronca –con el aporte de otros programas políticos– con el proyecto del Estado Social y Democrático de Derecho, vigente en la actualidad en los países de Occidente. Analicemos sintéticamente los componentes centrales de este proyecto.

En primer lugar cabe destacar dos dimensiones de la educación: su



carácter público y universal. Por carácter público, entiendo no sólo que sea de interés general, sino que el desarrollo de la educación pública se encuentra respaldado por normas jurídicas y prestaciones estatales dirigidas hacia toda la población; esta idea se ha expresado con la fórmula *educación universal y gratuita*. Que sea universal significa que la educación debería distribuirse igualmente para todos.

La igualdad debe ser garantizada por la Ley y la actividad de las administraciones del Estado, tanto en su calidad de prestador de servicios educacionales, como de regulador de los privados. La gratuidad es la necesaria garantía para lograr la universalidad.

En segundo término, es conveniente poner atención al impacto de este proyecto en la consideración social y la identidad de la

infancia. El nuevo proyecto educativo surgido de la Ilustración proponía la unificación de la condición de la infancia: la infancia escolarizada debía desplazar a la infancia trabajadora, condición que había sido asignada prioritariamente para los hijos de los pobres en los comienzos de la revolución industrial.⁶ Como señala Cunningham, desde comien-

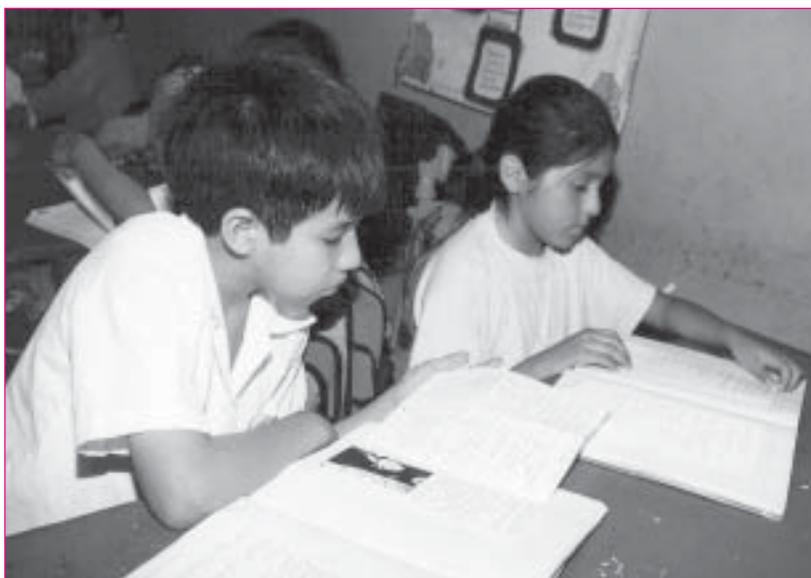
³ Véase POLLOCK, L. Los niños olvidados, relaciones entre padres e hijos de 1500 a 1900, México, Fondo de Cultura Económica, 1990; GOSSBERG Michael: Changing Conceptions of Child Welfare in the United States, 1820 – 1935 en: Rossenheim, Margaret *et al*, A Century of Juvenile Justice, The University of Chicago Press, Chicago, 2002 pp. 3 – 41.

⁴ Véase PILOTTI, F. Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto. Serie Políticas Sociales N° 48, Santiago, CEPAL – ECLAC, 2001.

⁵ Estos mecanismos institucionalizados no surgen espontáneamente, sino que son creados a través del derecho y pretenden ser –lo que no siempre es efectivo– expresión de un pacto social legitimado por la voluntad general y estabilizado por normas jurídicas.

⁶ Véase al respecto CUNNINGHAM, H. Trabajo y Explotación Infantil. Situación en Inglaterra de los Siglos XVII al XX, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994 *pássim*, en especial sobre este punto p. 51.

*Cabe destacar dos
dimensiones de la
educación: su carácter
público y universal.*



zos del siglo XIX se inició un proceso de transformaciones "por el que pudo llegar a pensarse que todos los niños tenían derecho a disfrutar de las experiencias de lo que constituía la "auténtica infancia"⁷. La educación pública tuvo una función preponderante en la construcción de este ideal colectivo de *universalizar* la experiencia de la infancia, propósito que se encuentra, sin duda, en el origen y la creación de las condiciones históricas y sociales para la formalización y positivización de los Derechos Humanos de los niños.⁸

Los mecanismos jurídicos con que se promovió la preeminencia de la infancia escolarizada sobre la infancia trabajadora fueron la *obligatoriedad* de la educación y la progresiva elevación de la edad en que se permite trabajar legalmente, proceso que se desarrolla simultáneamente desde mediados del siglo XIX en adelante.⁹

Complementos de la obligatoriedad son la gratuidad y el establecimiento de políticas sociales de apoyo y desarrollo de la infancia pobre, para así evitar que el trabajo infantil deba ser utilizado como estrategia de sobrevivencia, familiar o personal, en el ámbito del trabajo informal o en activi-

dades ilegales. El propósito que subyace a estos mecanismos institucionales, como se dijo, es garantizar el reconocimiento para todos –hijos de los pobres o no– que la infancia sea una etapa de la vida especialmente protegida y destinada a asegurar el pleno desarrollo de la personalidad.¹⁰

Así, tras el proyecto de la escuela pública, encontramos el reconocimiento de una identidad específica y universal de la infancia, junto a una aspiración de reconocer la subjetividad de los niños más allá del ámbito privado de la familia.

Estas ideas sobre la escuela pública, sin embargo, no pueden considerarse como hegemónicas. Junto a este ideal, que podemos denominar *democrático o republicano*, el sistema público educacional ha sido *denunciado* por crear sofisticados aparatos de control y de reproducción del sistema social a través del desarrollo de la obligatoriedad de la educación, de sistemas disciplinarios y de mecanismos de selección que favorecen la exclusión y segmentación social.¹¹ Desde un punto de vista funcional, la educación pública, así como la mayor parte de las instituciones surgidas de la Ilustración, presentan este carácter am-

⁷ CUNNINGHAM, H. op. cit. p. 13.

⁸ Sobre las condiciones sociales que favorecen la positivización de los Derechos Humanos, véase el clásico texto de BOBBIO, N. *El Tiempo de los Derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991.

⁹ Al analizar la evidencia histórica queda de manifiesto que la obligatoriedad de la enseñanza se vincula tanto con la garantía de universalidad, como con la exclusión de la mano de obra infantil del mercado de trabajo y la consecuente prohibición de toda otra forma de explotación económica de los niños. Paulatinamente los instrumentos jurídicos irán estableciendo la preeminencia de la educación sobre el trabajo, llegándose en la actualidad a la fórmula paradigmática contenida en el artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por la cual todos los niños, niñas y adolescentes menores de dieciocho años deben ser protegidos de cualquier trabajo que entorpezca su educación.

¹⁰ Un ejemplo de este debate son las ideas expuestas en 1908 por la chilena, Premio Nobel de Literatura, Gabriela Mistral: "en las aldeas donde se siente más imperiosa la necesidad de enseñanza de la Instrucción Primaria Obligatoria... los padres de familia, en su mayoría rústicos, no quieren privarse durante unos pocos años del trabajo de sus hijos, ni convenirse de que la instrucción es tan necesaria a su ser moral e intelectual como la salud a su ser físico..." MISTRAL; G.: "Sobre Instrucción Primaria Obligatoria", en QUEZADA, J. compilador: *Pensando Chile una Tentativa hacia lo imposible*, ed. Cuadernos Bicentenario, Santiago, 2004, p. 309.

¹¹ Por ello no es extraño que muchos estudios muestren al sistema educativo como un componente de dominación, en lugar de un mecanismo de emancipación e igualdad. Sobre el rol de la educación como mecanismo de control social véase MELOSSI, D. *El Estado del control social*, México DF, S.XXI Editores, 1992; un análisis más radical en la clásica exposición de ALTHUSSER, L. *Ideología y Aparatos Ideológicos del Estado*, en ZIZEK, S. compilador: *Ideología. Un mapa de la cuestión*, Ed. FCE, Buenos Aires, 2003, pp. 115-155, en especial p. 126-127.

biguo, por el cual han servido tanto para expandir la libertad y la igualdad, como también se han utilizado para menoscabar los derechos de las personas y favorecer el sometimiento de unos sobre otros.¹²

Como consecuencia de esta evolución –no exenta como se dijo de conflictos y contradicciones– podemos señalar que la educación ya desde comienzos del siglo XX aparece –en el plano ideal de las normas– como un derecho universal, amparado por la gratuidad y la obligatoriedad.

Asimismo, para los que confiamos en que el respeto de los Derechos Fundamentales de todas las personas –independientemente de su edad, sexo o condición– es un programa de acción democrática que debe fortalecerse, encontramos en estos ideales normativos, expresados como voluntad política por las Constituciones Nacionales y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una herramienta efectiva para avanzar en los procesos de ampliación de la libertad y la igualdad.

En lo que sigue intentaré proponer de qué forma el ideal democrático del derecho universal a la educación en su actual formulación en la Convención sobre los Derechos el Niño, puede contribuir de manera significativa al fortalecimiento de un sistema educacional público que favorezca la igualdad y el desarrollo de la personalidad y que se resista eficazmente a cualquier forma de instrumentalización inspirada en la reproducción de la desigualdad, o la mantención de las relaciones de dominio o de menoscabo personal o social.

■ II. La Educación como derecho fundamental

Es innegable que el derecho a la educación tiene una realidad jurídica positiva. Tanto el Derecho Constitucional como el Derecho



La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido considerada como un "puente entre el desarrollo humano y el desarrollo de los derechos"



Internacional de los Derechos Humanos reconocen a la educación como un Derecho Fundamental; la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo establecen expresamente y, de modo indirecto, también el de Derechos Civiles y Políticos, que consagra la libertad de conciencia, pensamiento y religión¹³. Lo mismo ocurre en los tratados internacionales de carácter regional (América, Europa y África) y en textos específicos relativos a la infancia y la mujer¹⁴.

Este amplio reconocimiento nos indica ciertas particularidades jurídicas del derecho a la educación. Se trata de un derecho complejo, integrado por distintas garantías y libertades. Respecto a su naturaleza, es difícil clasificarlo como un derecho civil o político o como un derecho de carácter económico, social o cultural, ya que de él surgen libertades que deben ser respetadas y garantizadas por el Estado; prestaciones que obligan al Estado –derivadas, por ejemplo, de la gratuidad–; o derechos referidos a la diversidad cultural y étnica, lo que sitúa la discusión también en el ámbito de los derechos culturales.¹⁵

Los Derechos de los niños, y entre ellos el derecho a la educación, han tenido un rol importante para el desdibujamiento progresivo de la categorización rígida que distingue entre los derechos civiles y políticos, por una parte, y los derechos sociales, por la otra. Fue "mediante la Convención sobre los Derechos del Niño, (que) la comunidad internacional pudo zanjar, por primera vez, la brecha ideológica que ha separado históricamente los derechos civiles y políticos de los económicos sociales y culturales",¹⁶ por lo que esta Convención ha sido considerada como un "puente entre el desarrollo humano y el desarrollo de los derechos".¹⁷

Asimismo, se puede poner el acento en las *habilitaciones*¹⁸ que otor-

¹² Sobre este fenómeno de avasallamiento autoritario de los ideales ilustrados, véase FOUCAULT, M.: *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Ed. Gedisa, Barcelona 1995.

¹³ El artículo 18, luego de reconocer este derecho de todas las personas, vincula este derecho con las facultades parentales.

¹⁴ Un completo panorama de los instrumentos internacionales en TOMASEVSKI, K.: *Manual On Rights-Based Education*, UNESCO, Bangkok, 2004, pássim. Este documento se encuentra disponible en www.unesco.org (6.10.04), desde donde se cita.

¹⁵ TOMASEVSKI, K. ob. cit. p. 4.

¹⁶ GRANT, J. *Los Derechos de los Niños: la base de los Derechos Humanos*, UNICEF, New York, 1993, p. 6. Discurso del ex-Director Ejecutivo Mundial del UNICEF ante la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos.

¹⁷ HIMES, J. *Implementing the Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, Publishers, The Netherlands, 1995, nota 39, p. 223.

¹⁸ PEÑA, C. "¿Para qué educar?", en *Revista de Derechos del Niño*, N° 2, 2003, Universidad Diego Portales/UNICEF, pp. 89-98.

ga el *derecho a la educación*: ¿constituye una facultad del Estado para educar obligatoriamente a los niños?; ¿es un derecho de los padres para elegir la educación de sus hijos según sus propias creencias y cultura?; ¿es un derecho de los niños a aprender que les permita discernir sobre distintos modelos de vida luego de conocerlos todos?

Podemos preguntarnos también si a través del sistema educactivo se trata de establecer un proceso de socialización que sea parte de un continuo más amplio de control social; o bien, afirmar que la educación sirve a la reproducción de valores culturales, formas de vida y conocimientos que son estimados como valiosos y que por ello se transmiten generacionalmente a través de un mecanismo público; podemos, finalmente, entender el sistema educativo como un ejercicio progresivo y práctico de la autonomía presente – aunque todavía incompleta– de los niños y jóvenes, destinado justamente a proteger y garantizar su futura autonomía e integración social, como sugiere Freeman.¹⁹

Los textos internacionales parecerán recoger algo de cada una de estas perspectivas, intentando equilibrarlas y ponderarlas acogiendo la complejidad del derecho a la educación. Para nuestro análisis el texto más relevante es la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, última formulación jurídica del sistema internacional sobre este tema, que ciertamente toma opciones definidas en cada una de estas materias y que a continuación pasamos a revisar.

■ III. La Educación en la Convención Sobre los Derechos del Niño

El artículo 29 de la Convención aporta, como punto de vista específico para comprender el derecho a la educación un elemento

en cierto sentido novedoso y que es propio del enfoque de derechos: el aprendizaje del niño. A partir de los resultados en el niño, la Convención opta por establecer los fines de la educación: desarrollo integral de su personalidad, aptitudes y capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades; respeto por los derechos humanos; respeto a sus padres, a su identidad cultural y a la de las civilizaciones distintas a la suya; respeto por el medio ambiente; finalmente, preparación para la vida independiente.

Este enfoque en el niño permite comprender, adicionalmente, la función social del sistema educativo; la educación pública que tradicionalmente se había entendido como un *servicio público*, pasa a ser entendida como una garantía para la satisfacción del derecho del niño a aprender y desarrollarse integralmente.

La amplitud de estos propósitos exige un análisis más detallado de los mecanismos que la propia Convención establece para obtener su consecución. Esto redundará en poder inferir orientaciones que

La educación pública que tradicionalmente se había entendido como un servicio público, pasa a ser entendida como una garantía para la satisfacción del derecho del niño a aprender y desarrollarse integralmente.

servan de eje para una discusión futura, que se aparte de fórmulas generalizadoras y de difícil realización, en un campo que es de por sí complejo como el de la educación.

Por ello intentaré referirme sintéticamente al contexto en que se inserta esta declaración del artículo 29.

La Convención sobre los Derechos del Niño se estructura en base a tres pilares fundamentales: la concepción del niño como sujeto de derecho; la protección de los derechos del niño como reconocimiento de la igual dignidad de todos los miembros del género humano; y una prioridad relativa, o preferencia, en la protección de los derechos del niño expresada en el principio de interés superior del niño. Estas tres dimensiones se encuentra presentes en la regulación del derecho a la educación.²⁰

■ 1. *El niño como sujeto de derecho y las facultades parentales*

La doctrina de los derechos humanos de la infancia y los instrumentos jurídicos que son expresión de ella, se funda en reconocer que, no obstante la protección que el Estado y los padres le deben a los niños por encontrarse en una etapa de desarrollo, los niños son titulares de derechos y pueden realizarlos, progresivamente, por sí mismos, es decir, con ciertos niveles crecientes de autonomía.

¹⁹ FREEMAN, M. The Moral status of children: Essays on the rights of the child, The Hague, The Netherlands and Cambridge, MA: Martinus Nijhoff, Publishers, 1997.

²⁰ Véase un análisis específico sobre el derecho a la educación y las demás normas de la Convención en HAMMARBERG, TH. A School for Children With Rights, UNICEF, Firenze, 1997.

Esta es la novedad que le aporta a la teoría jurídica de los derechos fundamentales la concepción de los derechos del niño. No se trata ya de señalar que los derechos de los niños serían meras obligaciones derivadas de un *status* especial, sino de genuinos derechos²¹ que están sometidos a un régimen mixto de protección autónoma –o autorrealización– y a una protección subsidiaria heterónoma, por los padres y el Estado.²²

Ciertamente, los temas de acceso a la educación parecen encontrarse regidos por un principio de complementariedad entre las obligaciones del Estado –de proveer servicios y facilitar el acceso– y los derechos de los padres y de los niños; en cambio, una vez que el niño se encuentra *dentro* del sistema escolar, ejerce sus derechos con mayor libertad y casi con plena autonomía aunque dependiendo de su edad.²³

Los alcances de esta concepción han sido objeto de un debate todavía inconcluso en el ámbito de la teoría del derecho,²⁴ y encuentran en la formulación del derecho a la educación uno de sus puntos álgidos.

Así por ejemplo, Dworkin sostiene que una "prohibición categórica" de la enseñanza privada "viola derechos fundamentales necesarios para mantener la responsabilidad individual de los padres para con sus descendientes", ya que afirma que aún en sociedades donde la riqueza se distribuya de acuerdo con los cánones liberales de igualdad "algunos ciudadanos podrían querer, y tendrían el poder de elegir una educación especial (quizás religiosa) para sus hijos".²⁵

El artículo 28 de la Convención establece una serie de garantías para que el derecho a la educación "se pueda ejercer progre-



sivamente y en condiciones de igualdad". De esta formulación se puede desprender que los niños son los titulares del derecho a la educación y que, de acuerdo a la evolución de sus facultades (según lo dispone el artículo 5 de la CDN), lo ejercerán por sí mismos, apoyados por sus padres.²⁶

Históricamente, la educación fue concebida más como un deber que como un derecho. Será la Declaración de Derechos del Niño (1959) la que iniciará la transición y pretenderá articular el derecho del niño, y la obligación de los padres y el Estado de educarlo, con la obligación de educarse y el derecho de los padres a guiar su educación. Ciertamente, la tensión entre estos dos polos, educación obligatoria y derecho a la educación, no termina de ser resuelta en los textos internacionales y constitucionales.

Como señala Tomasevki, actualmente el derecho a la educación es en la práctica "tanto un deber como un derecho del niño", aunque advierte que esta perspectiva está cambiando lentamente. En mi opinión, ello obedece a una transición todavía no resuelta en que la obligatoriedad –fundada en una intervención a favor del

²¹ Sobre los problemas de fundamentación de los derechos de los niños, véase el ya clásico artículo de MacCORMICK, N.: "Los Derechos de los Niños: una Prueba de las Teorías del Derecho", en *El MISMO: Derecho Legal y Socialdemocracia. Ensayos sobre Filosofía Jurídica y Política*, Madrid, Ed. Tecnos, 1990, pp.129-137, *pássim*.

²² Véase al respecto ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de Edad y Derechos Fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, pp. 87-167, en que se refiere ampliamente a este punto.

²³ Prácticamente todos los autores que analizan el derecho a la educación distinguen entre derecho a la educación y derechos en la educación, esto es una vez incorporado al sistema educativo. Véase TOMASEVSKI, K.: *ob. cit.* p. 4.

²⁴ Al respecto véase CILLERO, M.: "Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios". En *Infancia*, IIN, Montevideo, 1998 documento disponible en www.iin.oea.org. (7.10.04).

²⁵ DWORKIN, R.: "¿Entran en Conflicto Libertad e Igualdad?", en BARKER, P.: *compilador Vivir como Iguales*, Ed. Paidós Barcelona/Buenos Aires, 2000, pp. 57-80, p. 76.

²⁶ Véase International Bureau of Education, vol XXIX, N° 2, June, 1999 "Children's Rights In Education", texto preparado por Price, Farrel, Grude y Hart; disponible en www.ibe.unesco.org (6.10.04).

interés superior del niño durante la educación básica— sería expresión de un deber de protección,²⁷ que debe ser complementado con el reconocimiento de mayores grados de autonomía del niño y del adolescente para ejercer su derecho a la educación durante todas las etapas de la enseñanza.

Otro de los asuntos de mayor discusión en este ámbito viene dado por las facultades de los padres. Es evidente que todos los instrumentos le reconocen a los padres algún derecho —incluso privilegiado— para elegir el establecimiento escolar para sus hijos, pero no existe claridad acerca de los límites de esa facultad, atribución que, como sugiere Dworkin, emanaría de la especial responsabilidad que a los padres les corresponde respecto al bienestar y desarrollo de sus hijos e hijas.

La Convención sobre los Derechos del Niño no abordó directamente este problema en los artículos relativos a la educación, por lo que hay que remitirse a las normas generales sobre las relaciones entre padres e hijos contenidas en los artículos tercero (interés superior del niño), quinto (autonomía y reconocimiento de funciones parentales de orientación y dirección) y decimosegundo (sobre derecho del niño a ser oído). Ésta fue una decisión deliberada del Grupo de Trabajo que redactó la Convención, ya que el punto se planteó específicamente durante los trabajos preparatorios.²⁸ De acuerdo al debate previo del texto, es posible afirmar que la Convención no establece derechos de los padres, en relación a la educación, sino que regula el derecho del niño y, en función de ese derecho, las funciones parentales.²⁹

La elección por los padres de la escuela a la que asistirá el niño, o el tipo de educación, de acuer-



La Convención establece expresamente el mandato de igualdad y la prohibición de toda forma de exclusión y de discriminación, ya sea individual o colectiva.



do al sistema de la Convención no es un derecho *absoluto* de los padres, sino que pasa a estar mediado por el principio de protección de sus derechos; la decisión de los padres —así como la injerencia del Estado en esa decisión— deberá ser sometida a un doble escrutinio; el primero menos exigente, que la decisión no dañe los derechos del niño y, el segundo, más controvertido, que la decisión sea consistente con la *mejor* protección de sus derechos.

La controversia respecto al segundo criterio, que equivaldría a una interpretación *perfeccionista* del interés superior del niño,³⁰ viene dada por la dificultad de establecer ese *mejor* interés y, adicionalmente, por el hecho de reconocer a la autoridad —¿administrativa? ¿judicial?— una mayor capacidad de establecer lo más conveniente para el niño.

La propia Convención contiene respuestas a este problema; en primer lugar, para determinar el interés superior del niño se le reconoce un rol fundamental a la opinión del niño. Por su parte, el artículo 16 de la Convención establece el principio de no injerencia arbitraria en la vida familiar, que impide que el Estado —y

sus funcionarios— imponga sus criterios vulnerando este principio.

Así se puede entender que la elección de los padres — limitada por la satisfacción de los derechos de los niños— sirve de contrapeso a la educación obligatoria establecida legalmente. Según Tomasevski, esta regla perseguiría —así como la de la libertad de enseñanza y de cátedra— proteger el pluralismo.³¹

Probablemente la respuesta a este problema, en la generalidad de los casos, se encontrará más en el hecho de que la oferta educativa, junto a su variedad, garantice los fines de la educación propuestos por la Convención; a mayor grado de pluralismo y tolerancia al interior de cada establecimiento educacional, menores serán las posibilidades de conflictos. Esto es, en cuanto mayor respeto a los derechos *en* la educación y satisfacción relativamente homogénea de la calidad de la educación, menores problemas plantearía la cuestión de la elección, haciendo este dilema —entre facultades de los padres, derecho de elección del niño y sistemas de asignación estatal— menos decisivo.

²⁷ En este punto la discusión se sitúa en el álgido problema del paternalismo jurídico justificado. Una discusión de diversos autores sobre el tema en DOXA, 1988.

²⁸ UNICEF, HODGKIN, R y NEWELL, P. Manual de Aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, New York, 1998, edición en español, 2001, p. 385.

²⁹ En este sentido idem p. 385 y TOMASEVSKI, K.: ob. cit, pp. 9 y 18-23.

³⁰ Sobre esta discusión véase CILLERO, M.: "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño", en GARCÍA MENDEZ E. y BELOFF, M. compiladores, Infancia, Ley y Democracia en América Latina, 3ª. Edición, Ed. Temis, Bogotá, 2004, pp. 77-93.

³¹ TOMASEVSKI, K.: ob. cit. p. 18.

Ciertamente, en los márgenes de las ofertas educativas, o en sociedades muy desintegradas, la decisión adquirirá mayor relevancia y allí se deberán desarrollar mecanismos más sofisticados para ponderar los intereses de los padres y de la administración, pero siempre con prioridad de los derechos del niño.

Este mismo criterio debe observarse para regular la *libertad de enseñanza*, protección constitucional que puede entenderse de la siguiente manera: como una garantía del derecho a la educación que impida que cualquier decisión –ya sea de la autoridad administrativa, de la dirección del establecimiento escolar, o de los padres– pueda poner en riesgo el libre desarrollo de la personalidad del niño durante su proceso educativo. En consecuencia, la libertad de enseñanza, así como las facultades parentales, deben subordinarse u orientarse hacia la satisfacción del derecho a la educación del niño³² y, como dispone expresamente la Convención, a los fines de la educación.

■ 2. Educación y principio de igualdad.

Según lo dicho, la Convención establece expresamente el mandato de igualdad y la prohibición de toda forma de exclusión y de discriminación, ya sea individual o colectiva.³³ La no discriminación en materia escolar es de larga data en el Derecho Internacional; ya en 1960 se aprobó una "Convención contra la Discriminación en la Educación", que prohibía cualquier forma de limitación, exclusión o preferencia basada en la raza, el color el sexo, la religión, la opinión política, el origen social o económico, la condición de nacimiento, que tenga por "propósito o efecto" anular o menoscabar un tratamiento igualitario en el ámbito educativo.

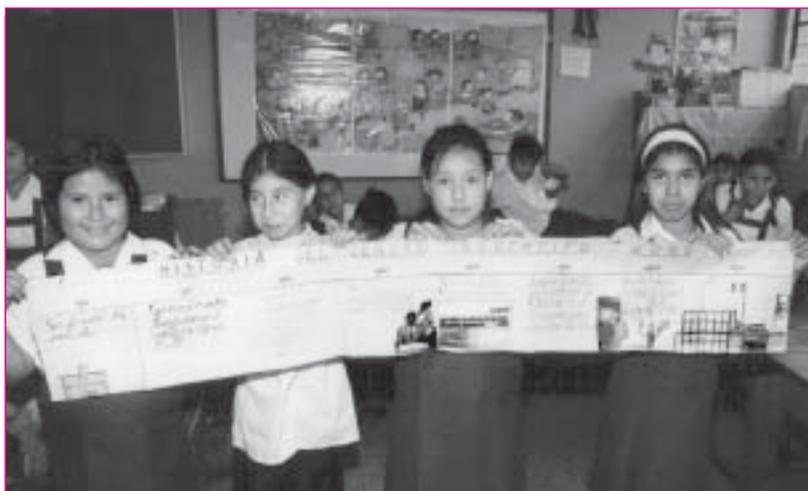
Se pretendía impedir que por razones discriminatorias operara en los hechos la privación de acceso al sistema educativo de personas o grupos o se relegara a ciertas personas o grupos a sistemas educativos separados o de inferior estándar.

La *progresividad* a la que alude el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dice relación, por una parte, con el objetivo de universalidad, y por otra, con la igualdad y se constituye fundamentalmente en una obligación para el Estado de garantizar a todos el acceso a un sistema educativo que entregue

el marco de un proyecto político igualitario que promueve la ampliación de las oportunidades de integración social, con independencia de la condición social propia y de sus padres, su puesta en práctica exige un esfuerzo adicional para superar las diferencias.

■ 3. Educación e interés superior del niño

Como es sabido, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas considera entre los principios rectores de la Convención el relativo a la primacía del interés superior del niño, contenido en su artículo 3. Si concordamos en que, en el marco



iguales oportunidades de aprendizaje.

De este modo, y tal como se sostiene en el "*Marco de Dakar para la Acción*",³⁴ no sólo es necesario eliminar las discriminaciones sino realizar también acciones afirmativas o de discriminación positiva a favor de los niños excluidos, vulnerables, marginalizados o con desventajas. Esto es, realizar efectivamente el mandato de igualdad, que exige no sólo la prohibición de menoscabo sino la obligación de atender a las desigualdades para superarlas.

Si el sistema educativo moderno surge como un instrumento en

³² Sobre esto véase el completo estudio sobre la discusión constitucional española de SATORRAS FIORTT, R.M.: *La Libertad de Enseñanza en la Constitución Española*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pássim, especialmente, pp. 199–231.

³³ Véase el estudio sobre la situación en Chile con amplias referencias al derecho internacional en CASAS L. y CORREA, J.: "Conductas Discriminatorias, Abusivas e Infundadas en contra de Estudiantes en la Selección y Marginación en los Establecimientos de Educación Básica y Media", en *Revista de Derechos del Niño*, N° 1, 2002, Universidad Diego Portales/UNICEF, pp. 173-223, pássim.

³⁴ *Dakar Framework for Action*, Unesco, 2000.



de un sistema de derechos humanos, el interés superior del niño se identifica con la realización y protección de sus derechos, debemos concluir que en el ámbito que nos ocupa este artículo, las políticas educativas deben desarrollar los mecanismos necesarios para asegurar a cada niño, y a todos ellos, un efectivo proceso de aprendizaje.

No es suficiente que el Estado otorgue los medios necesarios para que la educación esté disponible para todos y que elimine las barreras de acceso, exclusión o impida la marginación de los niños del sistema escolar por razones infundadas. Es necesario, adicionalmente, que adopte las medidas necesarias para que todos los niños, niñas y adolescentes aprendan. Los sistemas educativos deben adaptarse a las necesidades individuales de cada estudiante.³⁵

Llegados a este punto podemos encontrar algunos aportes específicos que el enfoque de derechos de la infancia puede prestar a la tarea educativa. El principio de interés superior del niño y la protección del desarrollo como un fin último de los derechos humanos de la infancia, nos conducen a una idea fundamental en la práctica de la protección de los derechos humanos: la integralidad.

La educación es uno de los componentes, seguramente de los más importantes junto a la salud, en el proceso de desarrollo. Pero la educación para adecuarse a este fin debe dirigirse –y en consecuencia ser evaluada– hacia un objetivo concreto: el mejoramiento del conjunto de los derechos del niño.

Siguiendo este objetivo, es necesario integrar derechos humanos y educación en forma mucho más estrecha, de modo que sea tan relevante centrar la atención en el derecho a la educación, como en los derechos humanos *en* la educación, como un elemento clave para lograr un resultados de aprendizaje equitativos, y la efectiva ampliación de las oportunidades sociales.³⁶


Es necesario integrar derechos humanos y educación en forma mucho más estrecha, de modo que sea tan relevante centrar la atención en el derecho a la educación.


Como ejemplo procederé a enunciar algunas de estas materias contenidas en la Convención sobre los derechos de los niños que deberían ser consideradas en el ámbito de la educación: igualdad de género (art.3 CDN), respeto a la diversidad cultural (art. 30 CDN), fomento de la participación (artículo 12 CDN derecho a ser oído); sistemas disciplinarios escolares compatibles con la dignidad humana (art. 28 CDN), respeto al derecho de asociación y expresión (arts. 13 y 15 CDN); y la libertad de conciencia, pensamiento y religión (art. 14).

■ IV. Conclusión
 Como puede desprenderse de la presentación hecha, las relaciones entre Derechos Humanos de la Infancia y Educación son múltiples y complejas. El sistema educativo es funcionalmente ambiguo, porque puede servir para la ampliación de las oportunidades sociales o para la preservación de la desigualdad, limitándose entonces solamente a la reproducción de las relaciones sociales existentes; también, pese a sus intenciones, puede ser inútil, en cuanto sus logros de cobertura y aprendizaje son tan escasos que no logran marcar una diferencia efectiva a nivel de resultados.

Una política educativa diseñada para satisfacer el derecho de los niños a la educación ha de integrarse en una concepción amplia de desarrollo y de democracia; debe convertirse en un instrumento privilegiado para lograr la integración social de los niños y favorecer una cultura del respeto a los derechos humanos que debe comenzar a experimentarse – no sólo a enseñarse como contenido– en los espacios escolares ■

³⁵ TOMASEVSKI, K.: ob., cit. p. vi.

³⁶ En este sentido se pronunció UNESCO: Elements for an overall UNESCO strategy on human rights, Doc. 165 EX/10 (2002).