

Autora: Alejandra M.T. Acosta

Título: “La Educación de gestión pública en el entramado normativo”

Director: Profesor Jorge Albersten.

Tesis de Derecho aplicado para obtener Título de Magister en Derecho Administrativo – Facultad de Derecho de la Universidad Austral (M.D.A.- Río Grande).

Año: 2019

“quien escribe, teje. Texto proviene del latín, “textum” que significa tejido. Con hilos de palabras vamos diciendo, con hilos de tiempo vamos viviendo. Los textos son como nosotros: tejidos que andan”.

Eduardo Galeano.

Introducción.....	1
CAPITULO I.....	4
1. El federalismo argentino.....	4
1.1. Definición y origen:	4
1.1. 2. Antecedentes históricos.....	5
1.2. Sistema Federal: Características	6
1.2.1. Clasificaciones	7
1.2.2. Distribución de competencias y la postura de la Corte Suprema de Justicia	7
1.3. La “cláusula del progreso” y la educación	10
CAPITULO II.....	13
2. Lugar de la educación en la Constitución Nacional	13
2.1. Estándar constitucional mínimo en materia de educación	14
2.1.1. Autoridad que debe aplicar el estándar mínimo en materia de educación	16
2.1.2. Descentralización: federalización de la educación.....	17
2.2. Asimetrías de las Provincias.....	21
CAPITULO III.....	23
3. La educación como derecho social.....	23
3.1. Los derechos sociales. Estructura y contenidos	23
3.1.2. Fuentes de interpretación del contenido de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	25
3.1.3. Educación como derecho social: nuevo paradigma del derecho a la educación	28
3.2. Los derechos sociales en el constitucionalismo regional	31
3.2.1. La igualdad real de oportunidades.....	33
3.2.2. Aportes al ideal constitucional	34
CAPITULO IV.....	38
4. Los municipios y la reforma de la Constitución Nacional	38
4.1. El poder constituyente provincial.....	38
4.1.1. Breve introducción al constitucionalismo provincial: Antes y después de 1853.	38
4.1.2. Movimiento reformista provincial iniciado en 1986: recepción en la Constitución Nacional de 1994.....	39
4.2. El régimen municipal: Definición.	41
4.2.1. Naturaleza jurídica: Etapas en la Constitución Nacional.	42

4.2.2. Recepción de la autonomía municipal en el constitucionalismo provincial.....	44
4.2.3. Jurisprudencia de la Corte Suprema: Antes y después de la reforma.....	44
4.3. Un municipio con escuelas.....	47
4.3.1. Recorrido de la educación municipal: Etapas	47
4.3.2. Normativa vigente.....	49
4.3.2.1. Ley de educación provincial.....	49
4.3.2.2. Ley provincial de educación experimental.....	51
CAPITULO: V.....	53
5. Del arribo de la modalidad innovativa en clave experimental	53
5.1. Antecedentes de las experiencias alternativas en la educación	53
5.2. Aspectos normativos:	54
5.3. Modelo de las escuelas experimentales.....	56
5.4. Cierre de la trama: conclusiones:.....	58
Bibliografía:	61

Introducción.

La palabra “entramado” pretende colocar en el centro de la trama normativa a “la educación”, que es un tema escasamente abordado por el derecho público provincial fueguino.

El presente trabajo está inspirado en la propuesta desarrollada por *las escuelitas experimentales*, como modalidad de educación innovadora, que arribó en 1990 a Tierra del Fuego, desde la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, de la mano del Instituto Superior “Roberto Themis Speroni” (Institución Pública de Gestión Estatal). Este proyecto pedagógico resultaba desconocido en este territorio, hasta entonces y fue vanguardista en la Provincia de Tierra de Fuego.

A partir de esta experiencia se analizará la compleja urdimbre de relaciones que se fueron creando en los distintos ámbitos públicos, hasta anudar en el ámbito municipal como “herramienta igualadora” de la educación pública. En el año 1993, se crearon las tres primeras escuelas en la Ciudad de Ushuaia, con convalidación posterior de las autoridades educativas provinciales.

Seguidamente, en el Cap. I. se profundiza la distribución de las competencias entre el gobierno central y las provincias y su contribución a la disminución de la desigualdad en materia de educación. El federalismo se abordará desde la doctrina, sin desconocer los aportes de la jurisprudencia.

Se observa el lugar asignado a la educación por el constituyente de mediados del siglo XIX, como herramienta de unión nacional y cultural de sus habitantes (GELLI).¹

En el Capítulo II. se emprende la descentralización de la educación desde la Nación a las distintas regiones, en el contexto histórico, y las apreciaciones de los resultados por parte de la doctrina que entendió, que se hizo sin planificación, sin recursos y sobretodo sin otorgar el poder a los actores regionales, lo que obligó al poder central a reforzar los controles y la regulación. (Ap. 2.1.2.).

Por ello, en el Cap. III. se investigará el estándar constitucional mínimo, culminando el recorrido de este análisis con el tratamiento de la educación como un derecho social.

En el capítulo, se realiza un recorrido de la opinión de la doctrina respecto de los derechos a la educación, la salud, en clave de derechos económicos, sociales y culturales (DESC), o como se los conoce “derechos sociales”. Este plexo normativo

¹ María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina -Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II. p.197.

integra el derecho local con el derecho extranjero, no existiendo coincidencia en la doctrina, si se trata de un derecho autoejecutable o no. No obstante, existe opinión favorable de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha establecido en su jurisprudencia la obligación de evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado y además que se implementen obligaciones al Estado a través de sentencias judiciales por parte de los jueces locales, esto implica el conocimiento de los tratados internacionales entre los que se encuentra el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, porque son leyes incorporadas por nuestra Constitución Nacional y de aplicación obligatoria por parte del Estado nacional. Asimismo, se realiza un detalle del derecho de igualdad, y los aportes a la Constitución Nacional según la elaboración de la doctrina.

Asimismo, se observarán los aportes al ideal constitucional y el principio constitucional de la igualdad real de oportunidades y por último, se mencionan a las acciones positivas como remedios estructurales contra la desigualdad de la educación gratuita y equitativa (GROSMAN).²

A continuación, que en el Cap. IV se incluirá dentro de las competencias propias de las provincias, la incorporación a la relación federal de los municipios que vienen a completar el círculo del federalismo argentino, entendido como herramienta que permite contrarrestar las asimetrías en las jurisdicciones menos desarrolladas del territorio nacional.

En esta línea, se desarrollará la propuesta pedagógica de *las Escuelitas* en la Provincia, como modelo de educación experimental y herramienta igualadora; como experiencia real de lo que establece la manda constitucional en la cláusula del nuevo progreso, tanto en la jurisdicción provincial, como en la municipal. En este capítulo se realizará un detalle de la normativa nacional, provincial y municipal y los principios de aplicación. La adopción de un modelo experimental vanguardista que echó raíces y perdura en el tiempo.

Es en esta coyuntura, en la Provincia más joven del país, lejos de estrictos controles nacionales, se puso en crisis al sistema educativo, rompiendo con las estructuras

² Lucas Sebastián GROSMAN, “La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina”, Coord. Marcelo ALEGRE y Roberto GARGARELLA, *El Derecho a la Igualdad*, 2ª ed.- Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 209/235.

impuestas de ese momento, “la introducción de algo nuevo que produce mejora”, la modalidad innovativa-experimental. (MORENO BAYARDO)³.

En el Capítulo V, se completa el espectro de la experiencia educativa y culmina la trama con tres conclusiones respecto de los efectos no deseados del federalismo, el nuevo paradigma del derecho a la educación y los aportes de la experiencia innovativa a los principios constitucionales.

Como colofón, quiero mencionar que la elaboración de este trabajo fue gracias al aliento recibido por mi familia, las horas de silencio, el acompañamiento en el paso lento pero sostenido y por sobre todas las cosas, la inmensa dosis de paciencia en los momentos de desazón.

También quiero destacar la colaboración de mi primera directora Ab. María Victoria PICCININI, que me alentó a armar en partes este derecho. A los docentes de la Carrera de la Maestría de Derecho Administrativo - Río Grande, y muy especial un agradecimiento enorme a la Profesora Miriam IVANEGA que estuvo siempre.

Gracias, Profesor Jorge ALBERTSEN por dirigir este trabajo con tanto respeto, no tengo palabras de gratitud, su intervención fue invaluable.

³ María Guadalupe MORENO BAYARDO, “Investigación e innovación educativa”, *La Tarea* N° 7, (1995), Revista de Educación y Cultura de la Sección 47 del SNTE. Recuperado 5 de noviembre de 2013, a partir de <http://www.latarea.com.mx/articu7/bayardo7.htm>.

CAPITULO I.

1. El federalismo argentino

1.1. Definición y origen:

Como primer aspecto de este trabajo se impone el análisis del significado etimológico de la palabra *federal*, que deriva del latín “*foedus - foederare*” y significa “unir, ligar, componer”. El federalismo es un proceso dinámico con numerosas fórmulas posibles de configuración.

Para el profesor Antonio HERNANDEZ, el federalismo es una forma de Estado compleja que contiene diversos órdenes gubernamentales en un mismo territorio, cuyo objetivo clave es garantizar la unión de lo diverso.⁴

Subyace en este concepto la idea de “asociación voluntaria de varias entidades”, estados, provincias, cantones para formar un gobierno nacional u organizar un Estado que se encargue de las funciones comunes.

El profesor Pedro J. FRIAS en cambio, se refiere al federalismo como *técnica de vida social* antes que como distribución territorial de competencias. Define el modo federal como una esfera de reserva a favor del Estado que nace de la Constitución y mantiene el gobierno federal en un rol subsidiario. Esto es en virtud de que el poder federal es supremo pero a la vez subsidiario con relación a la esfera de reserva de las provincias.⁵

La Dra. María G. ABALOS realiza un detalle de los elementos indispensables, que a su entender debe contener la definición:

(...) “siendo el federalismo un fenómeno socio-político de gran complejidad, no es posible llegar a un concepto pues debido a sus distintos orígenes hay tantos federalismos como estados federales. Sin embargo, sí cabe distinguir ciertos elementos que lo integran, como son: a) Dos o más órdenes de gobierno que participan del poder estadual; b) Una ley fundamental de que surgen estos órdenes y al que ambos están subordinados; c) Un ordenamiento jurídico descentralizado; d) Un principio de unión que permite la existencia de comunidades diversa e) La participación y la autonomía de uno de esos órdenes de gobierno que es el provincial; f) El reparto de competencias y g) Las relaciones entre los poderes”.⁶

⁴ Antonio María HERNANDEZ, Guillermo E. BARRERA BUTELER, *Derecho Público Provincial*, 2a ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011. p. 25/30.

⁵ Pedro FRIAS, “Federalismo como Sistema”; Antonio María HERNANDEZ, Guillermo E. BARRERA BUTELER, *Derecho Público Provincial*, 2a ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011. p. 129/137.

⁶ María Gabriela ABALOS, “El poder constituyente provincial en el federalismo argentino. Principales notas en el derecho público provincial vigente”. *Rivista di Diritto Publico italiano, comunitario e comparato*, 2007, p.2.

Resulta muy difícil construir una definición general, porque el federalismo tiene particularidades distintivas, históricas, geográficas, culturales y políticas, y es por ello que, sería razonable hablar de un federalismo argentino, norteamericano, suizo etc.

... “El federalismo es ante todo un fenómeno cultural y social de alto contenido humanitario, basado en un sentimiento gregario de conveniencia respetuosa y solidaria por la que los hombres subsanan deficiencias y debilidades individuales a través de su unión”⁷.

Todas las definiciones citadas coinciden en identificar al federalismo con “unión”, “alianza” o “pacto”, que celebran diversos sujetos para alcanzar juntos fines comunes y superiores que de manera aislada no obtendrían.

Tal como lo sostiene parte de la doctrina, nuestro federalismo fue adoptado como una fórmula superadora del conflicto en un contexto histórico de trágicas guerras entre unitarios y federales, entendiendo que estos últimos eran más bien independentistas y querían formar una Confederación de estados soberanos contra Buenos Aires⁸.

1.1.2. Antecedentes históricos

La doctrina acuerda que nuestro país es federal, según lo establece el Artículo 1° de la Constitución Nacional, ya que adopta el sistema representativo, republicano, y federal, como forma de Estado, inspirada en la Constitución norteamericana de 1787.

Antonio HERNANDEZ, señala el aporte de la obra “Bases” de Juan B. ALBERDI entre los antecedentes del federalismo argentino, considerando dicha obra como fuente normativa de la Constitución de 1853. Así del análisis del Cap. XX analiza que la descentralización política y administrativa reconoce dos orígenes: “Uno mediato y anterior a la revolución y otro inmediato y dependiente de este cambio.”⁹

Cabe destacar que Alberdi era un notable representante de la Generación del Año 1837, brillante intelectual, con conocimientos en filosofía, política y derecho constitucional que analiza nuestra realidad histórica adecuándola al modelo de derecho público y de organización constitucional de la república federal norteamericana.

Volviendo a los orígenes mencionados por el profesor HERNÁNDEZ, tanto el mediato de nuestro sistema -antiguo régimen municipal español-representado por los cabildos, como el inmediato, que tuviera origen luego de la ausencia del rey con la

⁷ Lucio LEVI, *Diccionario de Política*, “Anotaciones del Federalismo”, Siglo XXI, México, 1998, t.I p. 679.

⁸ Víctor BAZÁN, “El federalismo Argentino: Situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas”, *Estudios Constitucionales*, N° 1 (2013), p.37/88

⁹ Cf. Antonio María HERNÁNDEZ, Guillermo E. BARRERA BUTELER, *Derecho Público Provincial*, 2a Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 60.

asunción del poder por parte de las juntas de gobiernos locales fueron, para el autor, los motivos que dieron origen al federalismo.

Más aún, concluye el autor que Alberdi¹⁰ confunde la idea de federación pura con la confederación, habiendo concluido que los derechos de secesión y de nulificación, que son esenciales de la Confederación, no están reconocidos como facultad a los estados de una Federación.

Para el Profesor Julio R. COMADIRA¹¹, interpreta de modo diferente la obra de Alberdi porque entiende que se trata de un sistema mixto, de descentralización y gobierno fuerte.

Pedro J. FRIAS¹² expresa que el reparto de competencias entre el gobierno central y las provincias tiene un origen histórico, y es en este contexto que Alberdi construye un sistema mixto de “descentralización y gobierno fuerte”, menciona las rivalidades durante la dominación colonial; las particularidades de cada provincia, los diferentes climas y geografías, sus diferentes culturas, distancias enormes, legislación propia.

Cuando se retoma la concepción del profesor HERNANDEZ, la conclusión no es la misma, dado que sostiene que el federalismo normativo alcanzado en las Constituciones de 1853 y 1860, si bien no llega al grado de descentralización del norteamericano, “en modo alguno se puede hoy hablar del federalismo “mixto” u otra expresión similar, sino de las particulares características del “proceso federal argentino”.¹³

La Corte Suprema de la Nación, establece como principio de interpretación que nuestras instituciones son originales y “no tienen más precedentes y jurisprudencia que los que se establezcan en nuestros propios tribunales”; Fallo 68:227.¹⁴

1.2. Sistema Federal: Características

Del pensamiento de Alberdi se desprende que el modelo adoptado fue de derecho público, con una organización constitucional inspirada en la república federal norteamericana, pero no se trata de una coincidencia absoluta a este modelo, sino que el mismo tiene una especial adecuación a nuestra realidad.

¹⁰ Cf. Idem, *Derecho Público Provincial*, p. 61.

¹¹ Julio Rodolfo COMADIRA, Héctor Jorge ESCOLA, Julio Pablo COMADIRA, *Curso de Derecho Administrativo*, 1ª Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 268.

¹² Pedro FRIAS, “El Proceso Federal Argentino, su situación actual. Autonomía y dependencia”; Antonio María HERNANDEZ, Guillermo E. BARRERA BUTELER, *Derecho Público Provincial*, 2a ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 117.

¹³ Cf. HERNÁNDEZ, *Derecho Público* ...; p. 72

¹⁴ CSJN, “Ferrocaril Central Argentino v. Provincia de Santa Fe”, Fallos 68:227, 1897.

El profesor COMADIRA, entiende que Alberdi adoptó en la Constitución una solución de corte *intermedio*, “entre el clásico Estado confederal y el Estado unitario”. Con las siguientes características:

...“a) La Constitución como origen del Estado nacional; b) La soberanía del Estado federal y autonomía de las provincias; c) Poder del Estado federal sobre las provincias; d) Inexistencia del derecho de secesión a favor de las provincias”.¹⁵

En cambio, el profesor HERNANDEZ sostiene que las particulares características del *proceso federal argentino*, es lo que marcó al federalismo la tendencia a la centralización, se descarta que haya existido “federalismo mixto”. El autor sostiene, que es un proceso, dado que existe una pugna entre el centro y la periferia con sus fuerzas centrífugas y centrípetas. Así, el federalismo fue elegido como forma de Estado para resolver conflictos políticos, económicos y sociales producidos y el resultado de nuestra evolución histórica, sin dejar de considerar a los pactos preexistentes que sirvieron de cauce para la organización constitucional de las provincias, tal lo sostiene el profesor BIDART CAMPOS.¹⁶

1.2.1. Clasificaciones

La mayoría de la doctrina nacional ha desarrollado distintas clasificaciones respecto de las relaciones entre el Estado central y las provincias, típicas de la estructura federal, muchos casos la distinción radica de acuerdo a quien las detenta, existiendo consenso en la denominación competencias: delegadas, reservadas y concurrentes.

Expresa HERNANDEZ¹⁷ que las provincias tienen poderes conservados e ilimitados y el gobierno federal ejercita los delegados en forma expresa o implícita, son poderes limitados. Las clasificaciones respecto de las relaciones de la estructura federal conservan su vigencia, a saber: a) relaciones de subordinación: arts. 5° y 31° establece la supremacía nacional; b) relaciones de participación: de las provincias y Buenos Aires en el gobierno federal en el Senado; c) relación coordinación, que se refieren a la delimitación de competencias de los gobiernos federales, provinciales y la CABA.

De similar manera el profesor Julio R. COMADIRA hace mención a éstas relaciones respecto de la distribución de las competencias, cita el criterio de García Pelayo-Bidart Campos, a saber; 1. Coordinación; 2. Subordinación y 3. Participación.¹⁸

1.2.2. Distribución de competencias y la postura de la Corte Suprema de Justicia

¹⁵ COMADIRA, Ob. Cit., 269/272

¹⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, t. I. Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 290.

¹⁷ Cf. Idem, *Derecho Público...*, p. 78

¹⁸ Julio Rodolfo COMADIRA, Idem, p. 272/274.

Antiguamente la Corte Suprema de la Nación sostuvo¹⁹ que eran las provincias quienes delegaron facultades a la Nación, reservándose otras, en pronunciamientos más cercanos sostiene que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno Federal, se deja establecido en “Solís Julio A.”²⁰, no cabe inferir que las provincias se hayan reservado los poderes, sino que el poder no delegado queda en competencia provincial por la distribución operada por la Constitución.

En relación a la soberanía del Estado federal y la autonomía de las provincias, el máximo tribunal estableció una dinámica en la interpretación del tema. El poder del gobierno nacional se extendía en todo el territorio, mientras que los gobiernos locales, que también eran soberanos, sólo se limitaban a sus territorios. El Estado surge como entidad jurídico político soberana a costa del sacrificio de la soberanía de los estados locales, los que sólo poseen autonomía. Existe una trayectoria²¹ que va desde calificar a las provincias como portadoras de soberanía absoluta, hasta el decisorio que interpretó que las provincias “constituyen Estados independientes entre sí”.²²

En 1958 esta postura cambia, se deja de lado la anterior soberanía, por entender que las provincias son autónomas y no soberanas, conforme lo establecen los artículos 122°; 5° y actual 44° de la Constitución Nacional.²³ En “Cardillo Jose v. Ind. y Com. Marconetti Ltda. SA”, se refiere a “autonomía provincial” desechando la antes aludida soberanía.²⁴ En este sentido, en “La Pampa, Provincia de v. Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos”²⁵ reconoce la igualdad política de los Estados, pero no la igualdad económica.

En relación a este tema la profesora GELLI sostiene;

... “Tal como sostuvo la Corte Suprema, la Constitución Nacional garantiza a cada provincia - cumpliendo éstas las obligaciones impuestas por el art. 5° - el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades, sin intervención del gobierno federal. En otros términos, los entes locales diseñan sus poderes y el acceso a ellos por parte de los ciudadanos, según sus particulares opciones, respetando el sistema representativo republicano. En consecuencia, cualquier discusión acerca del diseño institucional que no involucre directamente al sistema representativo republicano constituye cuestión local que no abre la instancia federal, ni la originaria y exclusiva de la Corte Suprema en el caso de que por aquel debate se demande a una provincia. Ese criterio de respeto por la autonomía provincial y el sistema de la federación fue mantenido por la Corte Suprema en *“Partido Justicialista Distrito*

¹⁹ CSJN, 1864, “Blanco, Julio E. c/Nazar, Laureano”, Fallos:1:170, especialmente p.174.

²⁰ CSJN, 1986, “Solís Julio Alfredo”, Fallos:308:1298.

²¹ CSJN, 1926, “Banco de Córdoba apelando una resolución de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios”, Fallos: 147:239.

²² CSJN, 1873, “Armstrong, Tomás v. Segovia, Augusto”, Fallos: 13:456

²³ COMADIRA, Ob. Cit, p. 270

²⁴ CSJN, “Cardillo José v. Ind. y Com. Marconetti Ltda. SA”, Fallos: 240:311, especialmente p. 319.

²⁵ CSJN, 1987, “La Pampa, Provincia de v. Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos”, Fallos: 310:2478.

*Electoral de Catamarca c/Provincia de Catamarca” (C.S., 18-2-2003. La Ley, 2003-B, 487). “Lizondo”, Fallos 263:15 (1965)”.*²⁶

El profesor FRIAS²⁷ se ha manifestado respecto de la distribución de competencias, concibiendo una “pirámide competencial” del sistema federal Argentino, y que a modo ilustrativo se transcribe;

... “en un gráfico se encuentran en el estrato inferior un tercio de los “poderes conservados” a las provincias, creados por la Constitución, el estrato intermedio los “poderes concurrentes” y en el estrato superior los “poderes delegados” al gobierno federal. Allí es donde se produce la concentración de roles, por delegación de las provincias y por distorsión, con paulatina exclusión de las provincias de los poderes concurrentes. Desde el año 1966 los hábitos convencionales se instalan y pierden competencias las provincias”.

En idéntico sentido, el catedrático LOPEZ BONFILL²⁸ realiza un análisis en relación a las competencias concurrentes y concluye que, las competencias establecidas en los artículos 75° y 121° por un lado, complementadas por las establecidas por el 124° y 125° se “solapan” con las que establecen el artículo 75° inc. 18) y 19).

Concluye mencionando la imprecisión en las competencias concurrentes, las cuales deberían funcionar si se delimitasen los espacios de actuación propios de cada provincia (concepción “exclusivista”). Las interpretaciones cuando existen conflictos de competencias pueden completarse con criterios jurisprudenciales, para evitar la absorción competencial y la sumisión de la promoción de los recursos de las provincias. Otra cuestión a destacar es que la distribución de competencias en la Constitución no se define por las funciones que se proyectan sobre determinadas materias, sino en sentido finalista, dejando de lado, los criterios objetivos, a saber: distribución por potestades jurídicas o por materias y a esto le suma la desfederalización práctica de las provincias.

(...) “no hay una auténtica distribución competencial si no existe un ámbito exclusivo. Esto en la medida que la Corte Suprema ha entendido en diversos fallos (...) “Leiva, Martín c/ Provincia de Entre Ríos”, (19/05/1992); caso “Galassi, Amonio”, (3/12/1987) y “Disco, S. A. c/Gobierno de la Provincia de Mendoza”, (29/08/1989) (...); que si bien las relaciones de colaboración han de presidir la articulación de las competencias concurrentes, esta colaboración debe ser precisada por varios criterios. De este modo se considera que el coejercicio competencial presupone que no existe incompatibilidad insalvable (el consabido dogma del legislador coherente) y que en caso de conflicto se puede concretar a quién le corresponde la actuación respecto de una determinada materia en función de: (...) 1. Los fines queridos por la Constitución. 2. El interés general en juego. 3. Dados los fines previstos en la Constitución, el ejercicio competencial debe reconocer todos los aspectos que permitan la consecución de los mismos. De esta precisión se pueden desprender, sobre todo en relación a la

²⁶ GELLI, *Constitución de la Nación Argentina...*, t.I. p 34/56.

²⁷ Pedro FRIAS, “Federalismo como sistema”; Antonio María HERNANDEZ, Guillermo E. BARRERA BUTELER, *Derecho Público Provincial*, 2a ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 129/137.

²⁸ Héctor LÓPEZ BOFILL, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, Num 98, Octubre-Diciembre 1997.

finalidad de proveer el bienestar de todas las provincias, la célebre doctrina de las competencias implícitas importada de la jurisprudencia norteamericana”.²⁹

1.3. La “cláusula del progreso” y la educación

La doctrina realiza una interpretación respecto de las competencias reservadas a las provincias, y los mandatos como el Artículo 5° que les impone el deber de asegurar la educación primaria. Esto debe ser armonizado con el Art. 75° inc. 18 que dispone la competencia del Congreso para el dictado de “planes de instrucción general” y “proveer lo conducente al progreso de la ilustración”.

El profesor Pedro FRIAS entiende que los poderes provinciales son indefinidos, y que los concurrentes son extensivos a la “prosperidad, al adelanto y al bienestar de todas las provincias. De allí, deduce que en la conjunción de las normas es una “gestión concurrente”, aunque no existe acuerdo doctrinario acerca de los límites que se deben respetar por la legislación Federal en la materia.

Preliminarmente, en el artículo 75 los Incisos 18) y 19) se enumeran las cláusulas que se dirigen a la prosperidad de la Nación. En primer lugar, la denominada “Cláusula del Progreso”, la cual conserva lo dispuesto en el anterior 67° inc. 16 de la histórica Constitución 1853/1860, que atribuyó al Estado la instrumentación del bienestar general a través de políticas educativas; industriales, poblacionales y de colonización; de creación y desarrollo de vías de comunicación; de captación de capitales extranjeros, admitiendo el uso, para favorecer aquellos objetivos, medidas de protección, concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.³⁰

En este contexto histórico, se le atribuyeron al Estado cuestiones que fueron necesarias por entonces, tal lo analiza CARRANZA.³¹ No existen definiciones al respecto en la antigua Constitución, sin embargo, surgen de la interpretación de algunas de las disposiciones de Alberdi, quien sostenía que con la liberación de trabas de la actividad económica florecerían las industrias, las ciencias y las artes, consolidándose así el territorio y la población. La conformación de un solo mercado desde el punto de vista económico se inspiró en la Constitución norteamericana, la libre circulación de bienes, productos y personas en el territorio, las aduanas nacionales y la eliminación de barreras interiores, rompe con el proteccionismo colonial de la época, según lo explica el autor citado en su obra

²⁹ Ibidem.

³⁰ Cf. GELLI, *Constitución de la Nación Argentina* ..., t. II. p.196.

³¹ GONZALO G. CARRANZA, “Las obligaciones constitucionales y la nueva cláusula del progreso en la Argentina. Aportes en relación con el sistema educativo”, *Revista 31 - C, La Ley*, Buenos Aires, 2016. (disponible en internet el 24/05/2016), <http://www.AR/DOC/604/2016>.

Para COMADIRA³² con la reforma de 1994 se trata de delimitar los ámbitos de competencia de la Nación y las provincias. El art. 75 Inc. 19 incorpora como atribución del Congreso la sanción de leyes de organización y base de la educación que consoliden la unidad nacional, respetando las particularidades provinciales y locales, que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación.

FRIAS,³³ interpreta que ha mejorado la relación entre las provincias y que la Nación, crea una interpretación amplia de las cláusulas de fomento y concurrencia en materia educativa nacionalizando la enseñanza primaria. En la actualidad el constituyente impone la obligación de respetar las particularidades regionales y provinciales en la conformación de planes y programas de acuerdo a una concepción federalista de la educación.

La “Cláusula del nuevo progreso” como se denomina al art. 75 inc. 19 establece los deberes de: proveer al progreso económico con justicia social; la productividad de la economía nacional y promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo de las provincias y regiones. La manda constitucional se estructura en cuatro párrafos; a) desarrollo humano y sus componentes; b) crecimiento igualitario de las provincias y regiones; c) organización y principios básicos de la educación y d) protección de la identidad y pluralidad cultural.

Para CARRANZA, el progreso vinculado a la educación, es la obligación del legislador *proveer lo conducente* para garantizarla, la cual se traduce en “obligaciones” a saber: 1. Sancionar leyes en materia educativa; 2. que consoliden la unidad nacional; 3. respetando las particularidades provinciales; 4. que aseguren la responsabilidad estatal; 5. la participación de la familia, la promoción de valores democráticos e igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación; 6. gratuidad y equidad de la educación pública; 7. autarquía y autonomía de las Universidades. Todas estas premisas deberán cumplirse y en caso que no se atienda con el mandato establecido, se estaría incurriendo en “inconstitucionalidad por omisión”. Como contrapartida de ello,

³² Cf. COMADIRA, ob. cit., p. 285/287.

³³ Cf. Pedro J. FRIAS, “Federalismo como sistema” en Antonio María HERNANDEZ, Guillermo E. BARRERA BUTELER, *Derecho Público Provincial*, 2a ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 129/137.

los habitantes tienen derecho a recibir en condiciones igualitarias una educación de alta calidad en todos sus niveles.³⁴

Para concluir, y en base al análisis vertido por la doctrina respecto del artículo bajo análisis, es necesario mencionar, el estándar que aplica la Corte Suprema, donde se sostiene que los principios de gratuidad y equidad que el legislador debe garantizar, deben complementarse. Ahora bien, el ministro FAYT, en disidencia se pronuncia y sostiene que la obligación del Estado de proveer la educación en condiciones de igualdad, a la gratuidad se le sumaría la equidad, entendiendo como inadmisibile que uno sea anulado y el otro consagrado, por lo tanto ambos principios deben ser interpretados en equilibrio;

(...) “Estado Nacional, Ministerio de Cultura y Educación c. Universidad Nacional de Luján”, Fallos 322:842 (1999)-E, 387, dijo el ministro Fayt, “el principio de equidad se suma al de gratuidad de la educación pública, (...) la ambigüedad de ambos términos debe resolverse “en un equilibrio que resulte del conjunto de las disposiciones estatutarias, de suerte que, en aquellos casos en que la gratuidad no alcance por sí sola a garantizar la igualdad de oportunidades, se impone al Estado la carga de proveer a los habitantes de los medios suficientes para acceder a la educación gratuita.”³⁵

³⁴ Cf. CARRANZA, “Las obligaciones constitucionales ...”, *Revista 31-C*, La Ley, Buenos Aires, 2016, <http://www.AR/DOC/604/2016>, disponible en internet el 24/05/2016.

³⁵ Cf. GELLI, ob. cit., p. 202/203.

CAPITULO II.

2. Lugar de la educación en la Constitución Nacional

En este capítulo se analizará el lugar de la educación en el contexto constitucional, repasando las competencias que tienen en común el Estado nacional y las provincias, con un breve análisis elaborado por la doctrina al respecto.

En este sentido es coincidente la opinión de la doctrina cuando concluye que corresponde a las provincias junto a los municipios impartir la educación primaria, elemental y obligatoria.

No obstante, tal como se viene analizando, no es un ámbito exclusivo de las provincias, dado que desde el principio el Estado nacional ejerce ese rol. Se denomina sistema educativo “dual”³⁶, ya que de acuerdo a lo que disponen los artículos 5°; 14° y 75° Inc. 18 de la Constitución Nacional, los estados federados deben cumplir con obligaciones que consoliden el sistema educativo, y por principio de competencias reservadas, el Gobierno federal deberá garantizar a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones (art. 5° C.N.).

Desde otra perspectiva la Dra. GELLI ha comentado el art. 75 Inc. 18, y concluye que las atribuciones del Congreso en materia educativa, deben entenderse en función de las establecidas en el inciso 19 de la misma norma, es decir, teniendo en cuenta las limitaciones que al Estado Federal le imponen las autonomías locales (art.5) y las atribuciones reservadas por las provincias en el art. 121 de la Constitución Nacional.

... “Se plasmaba, así el perfil de la *educación redentora* de los males de la miseria y la ignorancia. Sumada a las políticas poblacionales e inmigratorias, la educación tendría además la misión de recrear la unión nacional y cultural de los habitantes del país. Pero, en la distribución de competencias en materia educativa, al Congreso se le asignaba la de dictar planes de instrucción general y universitaria y, a las provincias, la estructura y organización de la educación primaria. Aunque, literalmente, *instrucción general* puede significar educación común o básica, en el contexto histórico y normativo de la Constitución Nacional, la frase se refería al ciclo medio o secundario”.³⁷

Al respecto concluye, el profesor Alberto M. SANCHEZ³⁸ como debe entenderse hoy la expresión “educación primaria” del texto del Artículo 5°, entendiendo que la educación “obligatoria”, refiere al nivel inicial, primario y secundario, todos en la

³⁶ Lucrecia RODRIGO, “La descentralización educativa en los años 90”, Universidad Complutense de Madrid, Revista Complutense de Educación, Vol. 17 Núm. 1 (2006)- ISSN 1130-2496, pag. 3, disponible en internet 1 de enero 2006.

³⁷ GELLI, *Constitución de la Nación Argentina...*, t. II, p.197.

³⁸ Alberto M. SANCHEZ, “Federalismo y Educación”, RAP 396, XXXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, p. 156.

actualidad igualmente obligatorios para las provincias –Artículo 16, Ley N° 26.206.

2.1. Estándar constitucional mínimo en materia de educación

Con relación a este tema la profesora GELLI, sostiene que en relación a lo establecido por el art. 5°, en coincidencia con el análisis vertido por la doctrina analiza el sistema educativo y las obligaciones del Estado, deduciendo que;

...“El sistema educativo público de gestión estatal, comprende la educación primaria o común, estructurada y organizada por las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, en sus respectivas jurisdicciones. Conforme a lo dispuesto por el art. 5° de la Constitución Nacional cada provincia debe asegurar la educación primaria. Por aplicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XII)³⁹ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13.2) –ambas con jerarquía constitucional desde 1994 – pesa sobre los Estados locales la obligación de proveer educación primaria gratuita y, sobre el Estado Federal, el deber de generalizar la enseñanza secundaria técnica y profesional e implantar progresivamente su gratuidad”.⁴⁰

Así, el profesor HERNANDEZ en su opinión respecto a las atribuciones del Congreso establecidas en las cláusulas 3° y 4° del art. 19°, en conjunción con el art. 125° sostiene que se impartieron *directivas de carácter federal* que no pueden dejar de observarse en virtud de los “principios federales en educación, ciencia y cultura”, a saber: 1. Respeto de las particularidades provinciales y locales; 2. Protección de la identidad y pluralidad cultural y 3. Libre circulación y creación de obras y espacios culturales y audiovisuales. Así las cosas, el Congreso deberá cumplir con los principios federales enunciados:

... “En consecuencia, el Congreso, al dictar leyes reglamentarias, deberá cumplir escrupulosamente con estos principios federales en la educación y la cultura, que son esenciales para la argentinidad y para nuestra realidad una y diversa. Las provincias y los municipios, por su parte, están obligados a poner especial énfasis en el ejercicio de estas competencias concurrentes, de notable trascendencia, para impedir que una deshumanización a través de medios masivos de comunicación, termine con nuestros valores y tradiciones”.⁴¹

En opinión de GELLI⁴² los principios constitucionales de solidaridad y equidad consagrados en el art. 75 inc. 2 y 19 tercera parte, son relevantes para entender lo que establece el Inc. 2 respecto a la coparticipación federal en cuanto a que con la reforma del año 1994, se reemplaza el criterio de interpretación, dado que las contribuciones

³⁹ Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre - aprobada en Bogotá, Colombia en 1948- y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – firmado en Nueva York, Estado Unidos de América en 1966- adquirieron jerarquía constitucional merced al art. 75, inc. 22.

⁴⁰ Cf. GELLI, *Constitución de la Nación Argentina...*, t. II, p.202.

⁴¹ HERNANDEZ, *Derecho Público...*, p.113.

⁴² Cf. GELLI, ob. cit., t.II., p.203.

indirectas se mantuvieron como impuestos a cargo de la Nación y las provincias, mientras que las directas sólo por excepción se aplican al Estado federal. El gasto de cada jurisdicción tiene sólo una relación indirecta con lo tributado de fuente local. Se reemplaza el criterio de que cada jurisdicción, “gasta lo que recauda”, por el de solidaridad y equidad “desarrollo igualitario de las provincias”.

Es oportuna una breve referencia respecto al tema de la coparticipación fiscal, de modo directo o indirecto, porque se desprende que ello afecta el federalismo y el desarrollo de la equidad de las regiones del país.

HERNANDEZ, realiza un detalle del sistema de coparticipación fiscal, y sostiene que el art. 75 inc. 2 establece claramente la distribución de competencias entre gobierno nacional y las provincias. Así, los tributos indirectos externos, en el Inc. 1° del art. 75, como nacionales; los tributos indirectos internos, en el inc. 2°, párrafo 1° del art. 75, con carácter de concurrentes, y los tributos directos, inc. 2°, párr. 2° del art. 75, sólo en forma excepcional correspondientes al gobierno federal, tal como lo señala la doctrina.

Posteriormente, se dispone que los tributos indirectos internos y directos son coparticipables, salvo la parte o el total de los que cuenten con asignación específica. Este tema fue objeto de intensas negociaciones dado que fue utilizado para disponer de los fondos de la masa coparticipable, perjudicando a las provincias y es por ello que se fijaron los requisitos del Inc. 3, a fin de evitar el desequilibrio del federalismo. Se crearon leyes que establezcan tiempo determinado y sean sancionadas por un quórum especial de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara cuando se modifiquen asignaciones específicas de recursos coparticipables.⁴³

Este sistema de coparticipación fiscal, se sustenta en los principios de concertación; solidaridad; equidad; automaticidad y funcionalidad. Los principios de solidaridad y equidad, sustituyen al que establecía “gasta quien recauda”, y son fundamentales para la distribución de la masa coparticipable y el desarrollo igualitario de las provincias. El principio de funcionalidad le impone a la Nación la prohibición de transferir competencias, servicios o funciones sin la correspondiente reasignación de recursos, con aprobación por ley del Congreso si correspondiere. Este principio ha sido pensado en función de no reiterar la experiencia del traspaso de las escuelas de educación primaria a las provincias sin los recursos necesarios para dar cumplimiento a tal responsabilidad.⁴⁴

⁴³ Cf. HERNANDEZ, ob. cit., p.91/92.

⁴⁴ Cf. GELLI, ob. cit., t.II., p. 148/149

2.1.1. Autoridad que debe aplicar el estándar mínimo en materia de educación

La doctrina consultada en su mayoría, entiende dos cuestiones que se relacionan con el tema planteado, en primer lugar, que la materia educativa ha sido reservada a las provincias. En este sentido, SANCHEZ entiende que en concordancia con lo establecido en el Artículo 75, inc. 18, el Congreso Nacional cuenta con la facultad de “proveer lo conducente a la prosperidad del país (...) dictando planes de instrucción general y universitaria” y en el inciso 19 “sancionar leyes de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades de las provincias”.

“la sana hermenéutica impone considerar, como ya se ha dicho, que la mencionada atribución del Congreso Nacional pasa por el establecimiento de un marco general que dé cohesión al sistema educativo, pero no puede avanzar más allá”.⁴⁵

El autor, realiza un esquema de normas sobre la materia y conjuga lo dispuesto en nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales - Artículo 75, Inciso 22 y expresa que con motivo de la multiplicidad de textos provenientes de las leyes nacionales y provinciales sobre educación, la enunciación sigue la clasificación basada en los principios de raigambre constitucional analizados, en relación a los derechos: 1. Derecho de enseñar. 2. Derecho de aprender. 3. Derecho a trabajar. 4. Derecho de asociarse. 5. Derecho de expresarse libremente. 6. Derecho de los padres a elegir libremente la educación de sus hijos.⁴⁶

En idéntico sentido, y en segundo término, sostiene GELLI, que la Constitución Nacional otorga al Congreso facultades en materia educativa las cuales no tienen que afectar la autonomía de los estados provinciales;

... “el art. 75, inc.19, obliga al congreso a sancionar leyes de organización y de base de la educación respetando *los principios de gratuidad y equidad en la educación pública*, sin distinguir niveles de enseñanza. Esta atribución del Congreso implica que en la ley de bases puede incluir a la educación común, competencia primaria de los Estados locales. En consecuencia, respecto a aquel ciclo de enseñanza, los lineamientos establecidos por el Poder Legislativo deben ser muy generales, para no diluir el federalismo y la autonomía educacional de las provincias”.⁴⁷

⁴⁵ Cf. Alberto M. SANCHEZ, “Federalismo y Educación” RAP 396, XXXVI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, p. 156.

⁴⁶ Cf. Alberto M. SANCHEZ, “La educación como derecho humano”, RAP 394, Jornadas Italolatinoamericanas/Argentinas, San Luis, 2010, p. 5.

⁴⁷ Cf. GELLI, Idem, t. II., p. 202.

2.1.2. Descentralización: federalización de la educación

El profesor ORNELAS⁴⁸ analiza el tema y se interroga sobre los efectos de la federalización del sistema educativo, proponiendo premisas que resultan de interés al momento de plantear si el federalismo puede articular como herramienta de disminución de la desigualdad en nuestro país.

Este autor siguiendo un modelo weberiano (estratificado), coloca distintos contenidos al tipo ideal *federalismo* y elabora tres tipos distintos, a saber: I. “federalismo clásico”: cuya legitimidad surge de formas de democracia directa y en el cual las jurisdicciones están delimitadas y las regiones construyen relaciones simétricas y asimétricas porque se vinculan de acuerdo al territorio, población, economía y la cultura. II. “federalismo ficción”, donde el poder del Estado nacional es hegemónico en lo político y económico. Las relaciones entre las partes son asimétricas, transformando al federalismo en un símbolo y III. El “nuevo federalismo”, construido por el neoliberalismo, en el cual se reduce el papel del gobierno nacional y se devuelven a los estados sus facultades. Se entiende desde su concepción ideológica que se debe fortalecer la economía del mercado, atenuando las regulaciones, reduciéndolas a un mínimo necesario, disminuyendo la burocracia con la privatización de los servicios públicos.

A partir de los parámetros del federalismo establecidos, concluye que la descentralización política desde el centro a las provincias en nuestro país en los años 90, es un claro ejemplo, de lo que se podría sintetizar como “conceder poco y transferir mucho”, debido a las responsabilidades transferidas y los fuertes controles de impuestos para su cumplimiento.

...“No obstante, hay diferencias entre poder delegado –del centro a la periferia– para restablecer legitimidad y el poder conquistado desde las regiones. El poder delegado carece de raíces, en consecuencia, las instituciones locales son débiles y el centro mantiene el control político. El poder conquistado genera instituciones que se arraigan en la vida comunitaria”.⁴⁹

En idéntico sentido, el profesor HERNADEZ se refiere al tema coincidiendo respecto a la delegación de facultades en materia educativa desde el centro, y entiende que lejos de colaborar con la descentralización, profundiza la centralización lo que motiva “la discordancia” entre lo que dispone la Constitución y la realidad.

...“en el proceso de descentralización de funciones y servicios que se está operando en el país,

⁴⁸ Cf. Carlos ORNELAS, “Las bases del federalismo y la descentralización en educación”; Revista de Investigación Educativa, 3 (1) (2003), en <http://redie.uabc.mx/vol5no1/contenido-ornelas.ht>., disponible en internet, 3 de enero 2003.

⁴⁹ Cf. Carlos ORNELAS, ob. cit, p. 8.

las responsabilidades locales serán cada vez mayores particularmente en la educación. Pero lo propio también ocurrirá en conocimiento y en ciencia y tecnología -más allá de sus vinculaciones con la educación-, puesto que la integración, la competitividad y las reglas del orden económico mundial así lo requerirán”.⁵⁰

Con la transferencia a las provincias en el año 1991, mediante el artículo 1° de la Ley 24.049, el Poder Ejecutivo nacional transfiere a partir del 1° de enero de 1992 a las provincias y a la municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires los servicios educativos, materializándose de este modo la descentralización de los mismos, siendo los mismos administrados en forma directa por el Ministerio de Cultura y Educación y por el Consejo Nacional de Educación Técnica, como así también las facultades y funciones sobre los establecimientos privados reconocidos.

En el ámbito de esta ley y durante un gobierno democrático, se transfirieron los servicios, estableciendo a las jurisdicciones todos los derechos y obligaciones en materia educativa. El Estado nacional garantizó que los servicios transferidos sean prestados con óptima cobertura cualitativa, alta calidad pedagógica y equidad. Para tal fin se realiza la retención de la participación a las provincias para el financiamiento de los servicios educativos. Asimismo, se constituyó en autoridad competente para evaluar la consistencia, calidad y congruencia de los programas y prioridades establecidos por la norma.

Del trabajo de Lucrecia RODRIGO⁵¹ se desprenden ciertas conclusiones que son enriquecedoras al momento de sostener los puntos débiles de la descentralización educativa. Esta autora sostiene que la descentralización se vincula más a una cuestión económica que al aumento de calidad, eficiencia y democratización declamada. Varios fueron los factores que ayudaron a que se produzca este proceso, entre ellos, la legitimidad de la estructura política federal, acompañada de cierta coyuntura favorable a los gobiernos locales.

Este desarrollo se vincula con el “proceso de consolidación del sistema educativo”, dado que en sus orígenes el país necesitaba una herramienta que hiciera posible la unificación nacional, a pesar de tratarse de un sistema dual, en el sentido que la dirección y administración pertenecía a las provincias y a la Nación, según lo dispuesto en los artículos 14°, 5° y 67° inc. 16 de la Constitución Nacional de 1853. Esto no tiene que ser confundido con los niveles primario que pertenecía a las provincias, mientras que el secundario al ámbito nacional.

⁵⁰ HERNANDEZ, *Derecho Público...*, p. 112/114.

⁵¹ Lucrecia RODRIGO, ob. cit., p. 3.

Con el ánimo de crear una Nación, se otorga mayor protagonismo al Estado central y así se promovió la creación de escuelas en las regiones donde más se necesitaban (Ley Láinez - 1905). Este impulso nacionalizador decae en los años 50, donde comienzan a esbozarse los intentos de descentralización para mejorar el funcionamiento del sistema, con la modalidad de “transferencia” o “devolución” de las escuelas o instituciones que pertenecían al ámbito nacional. En el año 1955 se sitúa la primera etapa de descentralización, produciéndose la apertura del sistema educativo al sector privado con la denominada “ofensiva desarrollista” que tuvo su origen con la caída del gobierno democráticamente elegido.⁵²

La segunda etapa, en el año 1962 hubo un indicio de transferencia de la educación primaria, pero la medida no prosperó, y se vuelve a intentar en el período 1968/1970, precisamente en este año se deroga la Ley Láinez, el Estado nacional deja de crear escuelas a lo largo y ancho del país.

Corría el 1976, cuando el gobierno militar pone en marcha la descentralización y se transfirieron las escuelas de manera compulsiva con la intervención del Consejo Federal Educativo. Según la opinión de RODRIGO, la descentralización fue impuesta, sin planificación y sin los recursos necesarios, obedeciendo más a una cuestión de presupuesto que de mejorar la calidad de la misma.⁵³

En la tercera etapa, en 1991 se sanciona la 24.049 “Ley de transferencia de servicios educativos nacionales a las jurisdicciones regionales”, mediante la cual se transfieren los servicios educativos del nivel medio nacionales a las jurisdicciones regionales. Se descentraliza el gobierno, la gestión y el financiamiento de las instituciones de todos los niveles y la educación privada.

Así, la federalización fue impuesta en un contexto económico propicio, con la legitimación para su funcionamiento, con oposición de toda la clase sindical. No se contó con la cooperación de los actores del sistema, sólo fue la redefinición de funciones del poder regulatorio del Estado central. Las negociaciones se llevaron a cabo con la debilidad técnica de las provincias, en un espacio de poder de negociación desigual.

De lo hasta aquí vertido, se desprende que la transferencia de la educación a las provincias fracasó, dado que no se cumplieron los objetivos para la que fue mentada, a saber, el aumento de la calidad, eficiencia y la democratización impuesta en la Ley.

⁵² Cf. Idem, p. 91.

⁵³ Cf., Idem, p.92

Lo que se logró descentralizar fue el gasto de “gestión y el financiamiento”, pero no el poder y la responsabilidad de los actores regionales, por eso fue necesario reforzar los controles y la regulación, por lo tanto, se constató el fracaso de la descentralización dado que no se logró la transformación y el reequilibrio del sistema educativo.⁵⁴

Advierte el profesor HERNANDEZ que dentro de la devolución de facultades a las provincias y en el contexto internacional, las responsabilidades en la educación serán mayores.

...“en el proceso de descentralización de funciones y servicios que se está operando en el país, las responsabilidades locales serán cada vez mayores, particularmente en la educación. Pero lo propio también ocurrirá en conocimiento y en ciencia y tecnología - más allá de sus vinculaciones con la educación-, puesto que la integración, la competitividad y las reglas del orden económico mundial así lo requerirán”. Se comprende, entonces, que la reforma de 1994, para fortalecer el federalismo, abordó estos temas que hemos ubicado dentro de sus aspectos sociales”.⁵⁵

Retrotrayéndose en la historia, GELLI relata la situación de la educación desde comienzos del siglo XX, expresando que la descentralización de la educación fue simbólica, hasta el traspaso de las escuelas nacionales a las provincias;

... “Sin embargo, en los hechos, el Estado Federal dejaría su impronta en todos los ciclos o grados de la enseñanza pues la formación de maestros estaba a su cargo, así como las escuelas primarias de aplicación donde ellos hacían sus prácticas docentes. Al mismo tiempo, la llamada Ley Láinez autorizó la creación de escuelas primarias nacionales en ámbito de las provincias - Ley 4874 (1905) situación que se revirtió durante el gobierno de facto de 1976-1983, quien produjo el traspaso de esas escuelas al ámbito local”.⁵⁶

El profesor SANCHEZ⁵⁷ realiza un análisis del plexo normativo de la Constitución Nacional artículos 5°; 125°; 126° y 75° inc. 18) y la ley N° 26.206 Artículos 5°; 86° 113°, 121° y 116° y 118°, y arriba a dos conclusiones, en primer lugar, que la Nación elabora los lineamientos generales relativos a la consolidación del ser nacional y en segundo término, que las provincias se reservan la regulación específica de los niveles de enseñanza obligatorios. El Estado Nacional crea y financia las Universidades Nacionales.

Así, en el artículo 4° de la ley consagra que el Estado nacional, las provincias, Ciudad de Buenos Aires, tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando los principios de igualdad, gratuidad y equidad.

⁵⁴ Cf. Idem, p.95

⁵⁵ HERNANDEZ, ob. cit., p.113.

⁵⁶ Cf. GELLI, ob. cit., t. II., p. 197

⁵⁷ Cf. SANCHEZ, “Federalismo y Educación”, p.153.

Asimismo, de manera concertada y concurrente, son los responsables de la planificación, organización, supervisión y financiación del Sistema Educativo, garantizando el acceso a la educación en todos los niveles y modalidades, mediante la creación y administración de los establecimientos educativos de gestión estatal (art. 12°). A través de estas acciones educativas, el Estado garantiza el derecho a enseñar y aprender (art. 6°) incluyendo dentro de los sujetos responsables a los municipios, las confesiones religiosas reconocidas oficialmente, las organizaciones de la sociedad y la familia, como agente natural y primario.

Como colofón del análisis detallado, el autor, plantea que esta nueva Ley de Educación se aleja del federalismo, dado que no se respetan las individualidades locales de los pueblos. Un ejemplo de ello, es el Consejo Federal Educativo que es un organismo interjurisdiccional cuyo objetivo es asegurar la unidad y articulación del Sistema Educativo. No obstante, dispone que las resoluciones que emite el órgano son de cumplimiento obligatorio, avasallando de este modo las competencias provinciales, restringiendo sus autonomías y sus facultades normativas y administrativas (art. 118° y 121°).⁵⁸

2.2. Asimetrías de las Provincias

Retomando los términos del profesor HERNANDEZ, en relación al tema de las asimetrías del federalismo, luego de elaborar una serie de reflexiones concluye que existe una discordancia entre la centralización y lo que dispone nuestra Ley Fundamental.

Esta distancia con la realidad vigente, se debe a varios motivos que el Dr. Frías ha sintetizado del siguiente modo:

“...a) El avance del gobierno federal sin adecuada resistencia de las provincias (como en materia tributaria o de las intervenciones federales), b) el desarrollo de las virtualidades centralizadoras de la propia Constitución (como por las facultades legislativas del Congreso o la cláusula comercial) y c) la infraestructura de concertación socioeconómica en el área metropolitana de Buenos Aires en desmedro del interior y del equilibrio del país”.⁵⁹

A estas múltiples razones, HERNANDEZ agrega el hiper presidencialismo, y continúa analizando las graves violaciones a la Constitución Nacional con motivo de la centralización del país, las cuales traen aparejados los problemas de desigualdad,

⁵⁸ Cf. Idem, p.156.

⁵⁹ FRIAS, “Derecho Público Provincial” en Antonio M. HERNANDEZ “Presidencialismo y Federalismo en Argentina”, Revista Erga Omnes, Corporación Universitaria Rafael Núñez Cartagena de Indias, Colombia.: <http://estudiojuridicobritosferreyra.blogspot.com.ar>. Disponible en internet el 22-06-2010.

injusticia, inequidad y desintegración, con especial afectación a los índices de desarrollo humano debido a las marcadas asimetrías en las distintas regiones.

“...El proceso de centralización del país en torno a su área metropolitana de Buenos Aires, donde en menos del 1 % del territorio se asienta casi el 35 % de la población, se complementa con la circunstancia de que casi el 80 % de la producción argentina se origina en un radio que apenas excede los 500 kms. a partir de dicha área”.⁶⁰

El autor opina que el federalismo como forma de Estado consagrado en la Constitución Nacional de 1853 y 1860, se construyó para paliar los problemas políticos, económicos y sociales en un país extenso. En la actualidad, se impone un proyecto *unitizante* de centralización del poder asentado en el puerto de Buenos Aires, que somete a las autonomías provinciales y municipales, más aún, según opinión del autor, este proceso negativo no pudo ser impedido ni siquiera por la reforma Constitucional de 1994.

Entre las materias que menciona el autor, se encuentran a) ley convenio de coparticipación impositiva; b) destino del gasto público federal; c) insuficiencia del avance del proceso de integración regional; d) aspectos económicos del federalismo; e) Las leyes de Financiamiento Educativo y Nacional de Educación.

Nos detenemos en este punto;

“...Estas leyes sancionadas por el Congreso, también han significado otra lesión al federalismo, ya que por la primera se dispone por parte del Gobierno Federal de los fondos de coparticipación que corresponden a las Provincias. Y en cuanto a la nueva Ley Nacional de Educación, también reputamos inconstitucional ya que no respeta las pautas federales de organización de la educación.”⁶¹

En síntesis, el autor arriba a la conclusión que existe un incumplimiento explícito a la Constitución Nacional en relación a la forma federal de estado, habiéndose profundizado la centralización con la reforma constitucional de 1994. No obstante, esboza una posible solución que consiste en abandonar el centralismo y apuntar “a una elevación de la cultura política y jurídica que respete y asegure la fuerza normativa de la Ley Suprema y de su proyecto federal”.⁶²

⁶⁰ HERNANDEZ, *Derecho Público*..., p. 115.

⁶¹ HERNANDEZ, “Presidencialismo y Federalismo en Argentina”, Revista Erga Omnes, Corporación Universitaria Rafael Núñez Cartagena de Indias, Colombia. Disponible en internet el 22-06-2010.

⁶² Cf. HERNANDEZ, *Derecho Público*..., p. 116.

CAPITULO III.

3. La educación como derecho social

3.1. Los derechos sociales. Estructura y contenidos

La normativa internacional sienta las bases para considerar a la educación como un derecho. Esta discusión ha sido plasmada en distintos instrumentos, pactos o convenciones y declaraciones. Nuestro país adhirió a todos estos marcos legales.

Cabe destacar que los Pactos internacionales tienen mayor relevancia, ya que determinan estándares obligatorios y establecen mecanismos de control para los países que los ratifican. Estos tratados obligan a sancionar normas nacionales que avalen y transformen en justiciables los compromisos internacionales asumidos.

Una de las referencias para contextualizar el amplio espectro del ordenamiento normativo internacional es, por un lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y por el otro el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ambos sancionados en 1966.

Es dable mencionar que, la elaboración de ambos pactos fue paralela y, por un lado, reconoce los derechos que implican la obligación de financiación y planificación que para el Estado (DESC) (fomentar que todos culminen el ciclo primario) y por otro, los derechos individuales que el Estado no puede coartar (derecho de los padres a elegir la educación religiosa).

Es abundante la literatura del derecho internacional ya sea, sobre los derechos humanos, derecho constitucional, derecho administrativo, filosofía y teoría del derecho que desconocen el valor jurídico de los derechos sociales, porque entienden que los derechos humanos de primera generación, según la denominación acordada a los derechos civiles y políticos, son los únicos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, razonamiento que será puesto en crisis en el presente capítulo.

Según lo manifestado por el Centro de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) ⁶³, ambos tipos de derechos “deben ser vistos complementariamente, no como opuestos”. La cuestión es que los derechos civiles y políticos han tenido mayor receptividad con amplia repercusión jurídica, quedando relegado en un segundo plano la judicialización de los DESC.

⁶³ Cf. Axel RIVAS (et.al.), “El desafío del derecho a la educación en Argentina: un dispositivo analítico para la acción”, 1° ed.- Buenos Aires, Fundación CIPPEC, 2007, p. 12. ISBN 978-987-20142-7-8.

En idéntico sentido, los autores ABRAMOVICH y COURTIS ⁶⁴ concluyen que, tanto las obligaciones estatales que emanan de los derechos civiles y políticos, como de los DESC, son comunes en ambas categorías de derechos.

En relación a las obligaciones que emanan de los DESC o derechos humanos de segunda generación, es admisible su exigibilidad judicial, porque emanan de la Constitución y de los Pactos internacionales, y no se puede desconocer que se encuentran dentro del sistema jurídico, por ser parte del derecho positivo.

En relación con la estructura de ambos derechos analizan, a la luz de la doctrina internacional, que las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los DESC no obedecen a una cuestión sustancial, sino a una cuestión de grado.² Los detractores⁶⁵ de la juridicidad de los DESC, entienden que existen diferencias en la naturaleza de ambos grupos. Los derechos civiles y políticos sólo contienen obligaciones negativas o de abstención, en cambio los derechos económicos, sociales y culturales originan obligaciones positivas que debe solventar el Estado con fondos públicos. Así entendidas las cosas, las obligaciones negativas, se limitan a *no hacer* por parte del Estado, a saber, no aplicar penas sin juicio previo, no interferir en la propiedad privada, entre otros ejemplos.

En el lado opuesto, se encontrarían los DESC como derechos que sólo contienen obligaciones positivas que obligan al Estado a “hacer”, prestaciones positivas de brindar servicios de salud, garantizar la educación, todas obligaciones que conllevan una erogación para el erario público.

De acuerdo al análisis vertido, los autores deducen a primera vista que, los derechos que imponen abstenciones u obligaciones negativas son considerados verdaderos derechos, en cambio, cuando se fundan en la imposición de obligaciones positivas al Estado, son considerados inviables.

... “Estas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y “naturalista” del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa”.⁶⁶

Cabe destacar que dentro de los derechos civiles y políticos, aquellos que imponen abstenciones al Estado, tomando como ejemplo, la obligación de no interferir en la libertad de los particulares, que se traduce en la prohibición de detención arbitraria,

⁶⁴ Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 3° ed., Trotta, Madrid, 2014, p.21.

² Cf. Francisco J., CONTRERAS PELÁEZ, *Derechos civiles: Teoría e ideología*, Madrid, 1994, p. 21, cita en Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales...*, p. 25.

⁶⁵ Ver F. von Hayek, “Derecho, legislación y libertad” en *El espejismo de la justicia social*, Madrid, 1979, vol. 2, cap. 9. En idéntico sentido M. Bossuyt, *Revue des Droits de l’Homme* 4 (1975), cita en Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales...*, p. 21.

⁶⁶ Carlos NINO, “Los derechos sociales”, en *Derecho y Sociedad*, Buenos Aires, 1993, p.17, en Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales...*, p. 23.

requerirá de una actividad estatal que impida la intervención arbitraria y posterior reparación del daño, cuya contracara son las funciones de policía, seguridad, defensa y justicia. Todo este andamiaje impone un fuerte gasto de los fondos públicos, de allí que se puede afirmar que estas funciones se traducen en obligaciones positivas.

... “En síntesis, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizadas como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares”.⁶⁷

Empero los DESC también pueden ser caracterizados como obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque entre ellas, las más relevantes son las acciones positivas. Contreras Peláez, afirma que:

...“para los derechos sociales, en cambio, la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho; en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho.”⁶⁸

Como colofón de lo hasta aquí señalado, la consigna que establece que los DESC no pueden ser justiciables es falsa, ya que cada tipo de obligación conlleva acciones posibles, que abarcan, desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, como las de control de cumplimiento de las obligaciones negativas y positivas incumplidas hasta llegar a la exigencia de las acciones positivas.

“En el camino hacia esas condiciones estructurales, es importante que todos los sectores y poderes del Estado conozcan y se apropien de un enfoque integral del derecho a la educación (...), es imperioso debatir y hacer público el sentido de pensar a la educación como Derecho Humano y como capítulo central de los derechos económicos, sociales y culturales”.⁶⁹

3.1.2. Fuentes de interpretación del contenido de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Cabe recordar que con la reforma constitucional de 1994 en el Artículo 75 Inc. 22 se incorpora con rango superior a las leyes los tratados internacionales ratificados por nuestro país, incluyendo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Convención Americana sobre Der. Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (1969), Convención sobre los Derechos del Niño (1989), entre otros. Tal espectro normativo, impone superar las clásicas teorías que

⁶⁷ Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 3° ed., Trotta, Madrid, 2014, p. 24.

⁶⁸ Francisco, CONTRERAS PELÁEZ, *Derechos sociales: Teoría e ideología*, cit. p. 21 en Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos...*, p. 25.

⁶⁹ Axel RIVAS, “El desafío del derecho...”, p. 172.

resisten la vigencia de los derechos humanos. Con esta normativa se generan nuevos criterios de interpretación por parte del poder judicial.

La inobservancia de los principios establecidos por la normativa internacional implica el incumplimiento de la Constitución Nacional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la necesidad de acudir a la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar las disposiciones de la Convención Interamericana DDHH, afirmando que la jurisprudencia de la Corte Interamericana resulta una guía ineludible. En tal sentido existen fallos donde se ha recomendado observar las obligaciones internacionales de la Nación.⁷⁰

Respecto de la incorporación del derecho internacional al ordenamiento interno, corresponde a cada Estado establecer el mecanismo de incorporación. La cuestión de la autoejecutabilidad y operatividad de los Pactos Internacionales es motivo de conflicto, dado que no es pacífica la doctrina al respecto. Por un lado, un sector de la doctrina⁷¹, entiende que las normas internacionales pueden ejecutarse por sí solas, pueden ser exigidas en forma directa e inmediata ante los tribunales locales. Para Buergethal⁷², sin embargo, aun cuando un tratado sea parte del interno de un Estado, se requiere una norma de derecho interno que determine su autoejecutabilidad, es decir, que sea directamente aplicable por parte de los tribunales. Analiza que el derecho foráneo no puede imponer al derecho interno ser autoejecutable, sino que es el Estado quien asume frente al derecho internacional la obligación de convertirlo en autoejecutable.

Por último, cabe mencionar las obligaciones genéricas de los Estados en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, a saber:

a) Obligación de adoptar medidas inmediatas: El art. 2 del PIDESC establece que los Estados "se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos

⁷⁰ A modo ilustrativo, Fallos: "Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros", del 7 de julio de 1992, Considerando 21; "Girolodi, H.D. y otro s/recurso de casación", del 7 de abril de 1995; "Fibraca Constructora S. C.A. c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", del 7 de Julio de 1993, Considerando 3.; "Cafés La Virginia S.A. s/apelación" del 13 de octubre de 1994, Considerandos 8 y 9, en Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales...* p. 73/74.

⁷¹ Cf. E. Jiménez de Aréchaga, "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno": Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos 7 (1988), p. 25. El autor entiende que éste es el sentido de la Opinión Consultiva N° 7, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el artículo 14.1 de la Convención Americana. En igual sentido lo decidió la Corte Suprema argentina en el citado caso *Ekmekdjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otros*, del 7 de julio de 1992, *Los derechos...*, p.78.

⁷² Cf. T. Buergethal, "Self-Executing and non self executing treatis in national and international law": Recueil des Cours 303, IV (1992), p. 307, en Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales ...*, p.78.

reconocidos en el Pacto". 1) Adecuación del marco legal: Entre las medidas inmediatas que el Estado debe adoptar sin poder justificar su omisión en la falta de recursos, se menciona, la derogación de aquellas normas jurídicas que resultan manifiestamente contrarias a sus obligaciones. Por ejemplo, las que no consagran la obligatoriedad de la educación primaria. 2) Relevamiento de información y formulación de plan: continuando con el ejemplo del derecho a la educación primaria obligatoria y gratuita, aquellos Estados que no la hubieran implementado al momento de la ratificación, asumen el compromiso de elaborar y adoptar dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para su implementación progresiva (art. 14, PIDESC). 3) Provisión de recursos efectivos: Los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos para reparar violaciones de derechos consagrados en el Pacto. Se ha comprobado que uno de los obstáculos a la judiciabilidad de los DESC reside en que la mayoría de los recursos judiciales han sido históricamente diseñados en función de los derechos civiles y políticos y no contemplan algunos aspectos particulares de aquéllos, la característica procesal del derecho a la educación como derecho humano implica que ante su afectación sus víctimas cuentan con mecanismos de control internacional.

b) Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos. Existe una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos (Principios de Limburgo, Principio n° 25; OG n° 3, punto 10).

c) Obligación de progresividad y prohibición de regresividad. A) Progresividad: De esta obligación estatal de implementación progresiva de los DESC, pueden extraerse algunas obligaciones concretas, pasibles de ser sometidas a revisión judicial en caso de incumplimiento. La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los mismos derechos de los que gozaba la población una vez adoptado el tratado internacional respectivo. B) Prohibición de regresividad y razonabilidad: responde a características similares que el principio de razonabilidad de la reglamentación de los derechos del Art. 28 de la Constitución Nacional. Las restricciones de los derechos fundamentales, incluso de los derechos sociales y otros derechos humanos consagrados por instrumentos de jerarquía constitucional, establecidas por el Congreso, en ejercicio de su poder reglamentario o poder de policía, deben ser razonables, justificadas por los hechos y las circunstancias que les han dado origen, para salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionadas a los fines que procura alcanzar. De tal modo, una primera cuestión vinculada a la razonabilidad de la reglamentación es que no viole el

principio de subsunción, pulverizando, desnaturalizando o destruyendo la esencia del derecho que reglamenta, o reconociéndolo más allá de los límites de su definición, de un modo exorbitante, sin afectar otros derechos constitucionales (art. 28, 31 y 75, inc. 22, CN). C) Inversión de la carga probatoria y criterio de interpretación: El Estado deberá demostrar que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el Pacto internacional. El Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos, sino que debe señalar concretamente qué otros derechos previstos en el Pacto se benefician. D) Alcance de la aplicación de la prohibición de regresividad: La obligación no sólo alcanza a los derechos previstos por el PIDESC, sino a todo otro derecho económico, social y cultural de rango constitucional. Varias son las razones que abonan esta opinión: en primer lugar, el denominado principio *pro homine*, que determina que, en caso de duda, debe escogerse la interpretación que otorgue mayor extensión a los derechos, frente a aquella que brinde mayores prerrogativas al Estado. En segundo término, el carácter complementario que la Constitución otorga a los tratados de jerarquía constitucional con respecto a su parte dogmática. Esta complementariedad supone, como primer corolario, la no contradicción.⁷³

3.1.3. Educación como derecho social: nuevo paradigma del derecho a la educación

La actual Ley nacional de educación 26.206 avanzó hacia el reconocimiento de la educación como derecho humano. Lo formula como “un todo en partes”. A continuación, alguno de los ejemplos de las responsabilidades que el Estado garantiza y los principios que establece respecto del derecho a la educación.

En el Art. 2° “La educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal y social, garantizados por el Estado. El paso cualitativo que dio esta norma, se inspira en la corriente del constitucionalismo social que estableció un Estado social y reconoció los derechos de segunda generación, como se denominó a los derechos sociales en los años 90⁷⁴, cumpliendo el Estado el rol principal de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos los habitantes, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho (art. 4°).

Este rol del Estado protagonista, que también se advierte en las leyes emitidas en la región, obedece a un tiempo histórico diferente con un valor agregado, la igualdad,

⁷³ Cf. ABRAMOVICH y COURTIS, *Los derechos sociales...*, p.79/116

⁷⁴ Cf. Antonio M. HERNANDEZ, *Derecho Público Provincial*, 2a ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011. p.183.

distinguiéndose de la subsidiaridad que caracterizó las leyes emitidas en el período del constitucionalismo liberal o clásico, tal como se retomará en el Apartado 3.2.

Los valores de libertad, paz, solidaridad, igualdad, respeto a la diversidad, justicia, responsabilidad y bien común (Art. 8°) constituyen pilares esenciales y están encaminados en los términos de la “igualdad de oportunidades” tal como lo expresa el Capítulo II. - Fines y objetivos de la política educativa nacional, Art. 11° en el cual entre sus incisos expresamente se establece:...a) “Asegurar una educación de calidad con igualdad de oportunidades y posibilidades, sin desequilibrios regionales ni inequidades sociales”, y f) “Asegurar condiciones de igualdad, respetando las diferencias entre las personas sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo”.⁷⁵

Asimismo, en el mencionado artículo, se incorporan componentes novedosos como universalidad, gratuidad y obligatoriedad, en los incisos: ... e) “Garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad”. El imperativo de universalizar el acceso y la permanencia en la educación básica, la gratuidad y la obligatoriedad fue plasmado en el Inc. h) “Garantizar a todos/as el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de los diferentes niveles del sistema educativo, asegurando la gratuidad de los servicios de gestión estatal, en todos los niveles y modalidades”.

Todas estas obligaciones están vinculadas con el rol que asume el Estado al respecto, rompiendo con las leyes de educación que la precedieron que no habían incorporado el valor de la igualdad, universalismo, y que no se conforma con la sola inclusión, sino que pone énfasis en el acceso y la permanencia, con herramientas que permitan hacer frente a las injusticias y la discriminación, redefiniendo de esta manera el derecho a la educación en términos de un derecho social, originándose de este modo, un cambio de paradigma al respecto.

La calidad educativa dentro de este contexto no está asociada con rendir cuentas a los usuarios, que pagan por la satisfacción del derecho y a la población en general, ni con una formación “flexible” que permita enfrentar los retos del desarrollo, todo lo contrario, el Art. 10° dispone que el Estado no suscribirá tratados de libre comercio, que impliquen concebir a la educación como un servicio lucrativo o que alienten una forma de mercantilización.

El Art. 14° establece la definición de “sistema educativo”, que sirve para despejar cualquier posible confusión entre quienes entienden a la educación como un servicio del

⁷⁵ Ley de Educación 26.206, Cap. II. Artículo 11°.

Estado, disponiendo que “El Sistema Educativo Nacional es el conjunto organizado de servicios y acciones educativas reguladas por el Estado que posibilitan el ejercicio del derecho a la educación. Lo integran los servicios educativos de gestión estatal y privada, gestión cooperativa y gestión social, de todas las jurisdicciones del país, que abarcan los distintos niveles, ciclos y modalidades de la educación”.

El Estado se coloca en el centro de la política educativa por entenderla como una responsabilidad, y los aprendizajes “de calidad” con “igualdad de oportunidades” se tornan el objetivo central de la política educativa. Se reivindica el valor que ha tenido el reposicionamiento del Estado a partir de asumir un rol principal en la educación, analizando dos cuestiones: la primera, se considera el papel que juega la historia en el modo en que han sido desarrolladas las diversas matrices socioeducativas de las agendas político-pedagógicas. Y la segunda, deviene de considerar las rupturas con el pasado.⁷⁶

En este sentido, y en coincidencia con el camino de construcción de un cambio de paradigma, en el derecho nacional se cristalizó el derecho a la educación como un derecho humano, y parte de los derechos sociales, estableciendo políticas de promoción de la igualdad para la inclusión, el reconocimiento y la integración en todos los niveles y modalidades, con asignación de recursos para garantizar tales objetivos.⁷⁷

El profesor SANCHEZ, realiza consideraciones que abonan la definición del derecho a la educación como derecho social, como derecho humano fundamental, poniendo énfasis en los principios normativos establecidos;

“El derecho a la educación es uno de los derechos humanos fundamentales, ya que sin ella la persona humana ve reducido su horizonte y su desarrollo.

Este derecho no es, en modo alguno, una concesión graciosa del Estado, sino una obligación ineludible de este, en razón de ser la educación uno de sus cometidos esenciales en orden al bien común, su propia causa final.

Tal derecho reconoce en los padres a los primeros actores, de modo que la acción del Estado en este campo es siempre subsidiaria y complementaria. En este sentido, la educación que imparte el sistema educativo público (de gestión estatal y de gestión privada) debe respetar cabalmente el derecho que tienen los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos”⁷⁸.

⁷⁶ Fernanda SAFORCADA; Alejandro, VASSILIADES. “Las leyes de educación en los comienzos del siglo XXI: del neoliberalismo al postconsenso de Washington en América del Sur”; Educação & Sociedade revista@cedes.unicamp.br Centro de Estudos Educação e Sociedade Brasil, ISSN: 0101-7330.

⁷⁷ Ley Nacional de Educación y Deporte, 26.206, “ARTÍCULO 80.- Las políticas de promoción de la igualdad educativa deberán asegurar las condiciones necesarias para la inclusión, el reconocimiento, la integración y el logro educativo de todos/as los/as niños/as, jóvenes y adultos en todos los niveles y modalidades, principalmente los obligatorios. El Estado asignará los recursos presupuestarios con el objeto de garantizar la igualdad de oportunidades y resultados educativos para los sectores más desfavorecidos de la sociedad. El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, proveerá textos escolares y otros recursos pedagógicos, culturales, materiales, tecnológicos y económicos a los/as alumnos/as, familias y escuelas que se encuentren en situación socioeconómica desfavorable”.

⁷⁸ Alberto M. SANCHEZ, “La educación como derecho humano”, RAP 394, p.120/125

3.2. Los derechos sociales en el constitucionalismo regional

En relación al tema, el profesor HERNANDEZ realiza una clasificación del derecho constitucional argentino en etapas, que arrojan un interesante aporte como ejes conceptuales del proceso de incorporación y reconocimiento de los derechos humanos;

“... se aprecian claramente tres etapas: 1) *el constitucionalismo liberal o clásico*, que consagró al Estado liberal y reconoció los derechos humanos de primera generación (civiles y políticos); 2) *el constitucionalismo social*, que estableció un Estado social y reconoció los derechos humanos de segunda generación (derechos sociales), y 3) *el constitucionalismo de la internacionalización de los derechos humanos*, que concedió jerarquía constitucional a determinados tratados internacionales de derechos humanos y reconoció los derechos humanos de tercera generación”.⁷⁹

También es necesaria una breve mención al constitucionalismo de la región, para comprender la trayectoria de los derechos sociales y su situación actual, y para ello, no se puede omitir profundizar los objetivos que se propuso alcanzar nuestra Constitución cuando los consagra.

El tema fue consultado en la obra de COURTIS - GARGARELLA⁸⁰, quienes formulan una teoría, que permite comprender la lógica planteada en la Constitución, remitiéndose a los presupuestos básicos asociados a la filosofía pública imperante al momento su nacimiento. En su opinión, entienden que el constitucionalismo es el reflejo de los dramas sociales que lo atraviesan “Las constituciones nacen en momentos de crisis para resolver un drama político fundamental”. Alberdi, es el autor de mayor influencia en la Constitución de 1853, y dedujo que debía construir una herramienta que permitiera terminar con la anarquía y el caudillismo y, por sobre todas las cosas, sirviera para captar a la mayor cantidad de inmigrantes europeos que se atrevieran a poblar el país.

Al respecto HERNANDEZ expresa que las provincias fueron vanguardistas en la sanción de los derechos sociales;

“... en el tránsito hacia el constitucionalismo social, algunas constituciones provinciales se adelantaron a la Constitución Nacional, como es el caso de las provincias de San Juan (1927), de Entre Ríos (1933) y de Buenos Aires (1934), que reconocieron los derechos sociales de los trabajadores o el voto de las mujeres, mientras que ello ocurrió en el orden federal recién en 1949 y 1957”.⁸¹

Con las reformas de la década del 80, las constituciones de la región se orientaron a morigerar el “hiper presidencialismo”, porque lo identificaron como una causa de

⁷⁹ Cf. Antonio M. HERNANDEZ, *Derecho Público*... p.183.

⁸⁰ Cf. GARGARELLA-COURTIS, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, Cepal- Serie Políticas Sociales, N°153, 2009, p.1/45.

⁸¹ Cf. HERNANDEZ, *Derecho Público* ...p.182.

inestabilidad. Con la última reforma constitucional de 1994, se pierde ésta posibilidad, dando continuidad a la concentración desmedida del poder ejecutivo nacional.⁸²

Opina HERNANDEZ que la Constitución de 1994 “...tuvo el objetivo de atenuar el presidencialismo, y no de cambiar el sistema hacia uno semipresidencialista o parlamentario.”⁸³

GARGARELLA y COURTIS, responden al interrogante respecto de lo que ocurre en una reforma que mantiene estructuras constitucionales construidas a partir de presupuestos liberales y elitistas, en un marco social que no los acepta.

Los autores, parten de la idea de que, todas las constituciones de la región fueron confeccionadas desde el molde de su par norteamericana, la cual surge de la filosofía liberal y elitista del momento, ésta, por un lado, respeta las decisiones personales individuales, y por el otro, desconfía de las capacidades de la ciudadanía de actuar concertadamente. Es innegable que tanto los derechos sociales, como las cláusulas participativas fueron importados y ese fenómeno es lo que la doctrina nacional e internacional denomina “trasplantes constitucionales”, que refiere a la posibilidad de injertar en un cuerpo constitucional existente instituciones ajenas al mismo. Esto trae aparejado que en el cuerpo receptor (Constitución liberal/conservadora) se obstaculiza a “los cuerpos extraños” que pasan a quedar en manos de los jueces, que consideran a los derechos nuevos como programáticos o de segunda categoría.⁸⁴

En Latinoamérica la mayoría de las instituciones son importadas, y han sido tres los proyectos constitucionales destacados en la región: i) conservador; ii) liberal y iii) radical. Ahora bien, en un recorrido de las reformas del Siglo XX, se incorporan en la primera etapa los *derechos sociales*.

“... La primera oleada reformista apareció de la mano de la crisis social de los años 30, y puede ser considerada como la respuesta político-jurídica frente a un nuevo pico de radicalización social –una forma de evitar lo que ocurría en Europa a partir de la expansión de la ideología y demandas propias del socialismo. Estas reformas constitucionales se concentraron a mediados del siglo XX pero tuvieron su origen a comienzos de siglo, primero, con la sanción de la Constitución de México (dictada luego de la Revolución), en 1917; y luego, con la Constitución de la República de Weimar, en 1919. Esta era la época, además, de la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1919), y del paulatino crecimiento del llamado Estado de Bienestar y de la visión económica keynesiana. Las Constituciones americanas que primero incorporaron este tipo de reclamos sociales fueron - junto con la de México, en 1917 - las de Brasil en 1937; el Estado Plurinacional de Bolivia en

⁸² Cf. GARGARELLA-COURTIS, “El nuevo constitucionalismo...”, p.1/45.

⁸³ Antonio M. HERNANDEZ, “Presidencialismo y Federalismo en Argentina”, s/p, en revista Erga Ommes, Corporación Universitaria Rafael Nuñez Cartagena de Indias, Colombia 22-6-2010.

⁸⁴ Cf. Idem, p. 24.

1938; Cuba en 1940; Ecuador en 1945; Argentina en 1949; y Costa Rica también en 1949, entre otras.⁸⁵

Luego, en la segunda etapa de la mitad del S. XX, se introducen las cláusulas participativas, que son mecanismos de participación cívica como son: “plebiscito” y “referéndum” que se rigen en ámbito del poder legislativo.

Como colofón, en la obra consultada⁸⁶ los autores concluyen en que los derechos sociales han sido incorporados en la Constitución Nacional, por lo tanto, no son una mera expresión de deseos sino que deben ser considerados como derechos pasibles de protección y no programáticos como se sugiere.

3.2.1. La igualdad real de oportunidades.

En relación a este tema, fue analizada la opinión de Lucas S. GROSMAN⁸⁷ cuyas definiciones respecto de éste derecho, sus dimensiones y las consideraciones que explican las distinciones existentes entre los principios “antidiscriminación” y “antisubordinación”, las construye en contraste a la teoría del autor norteamericano Owen FISS, quien considera a la igualdad despojada de valores.

El autor entiende que el contenido del derecho de igualdad se basa en los ideales constitucionales. FISS⁸⁸, denomina a este derecho “principio antidiscriminación”, y lo concibe como una protección frente a las distinciones arbitrarias realizadas por el Estado, deduciendo que la igualdad debe pensarse mediante la adecuación racional de “medios y fines”, sin necesidad de contenido.

Esta corriente fue predominante en Estados Unidos en el año 1976, y concibió al derecho de igualdad de un modo mecánico y autosuficiente, siendo los ideales constitucionales innecesarios para dar contenido a este derecho. Se advierte que el valor supremo para estas corrientes foráneas es la neutralidad, y en especial la neutralidad estatal.

GROSMAN analiza que la relación entre igualdad y derechos constitucionales trae aparejada concepciones distintas de la Constitución y del Estado. Por un lado, la idea de neutralidad en la que se basa el principio antidiscriminación, sitúa al Estado como amenaza para el individuo y la Constitución aparece con una función de contención o

⁸⁵ Cf. Idem, p. 25.

⁸⁶ Cf. Idem, “El nuevo constitucionalismo...”, p.1/45.

⁸⁷ Lucas Sebastián GROSMAN, “La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina”, Coord. Marcelo ALEGRE y Roberto GARGARELLA, *El Derecho a la Igualdad*, 2^a ed.- Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, p. 209/235.

⁸⁸ Owen, FISS, “Groups and the Equal Protection Clause” 1976, cita en Lucas Sebastián GROSMAN, “La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina”, Coord. Marcelo ALEGRE y Roberto GARGARELLA, *El Derecho a la Igualdad*, 2^a ed.- Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, p. 210.

barrera frente al potencial poder abusivo. Por el otro, la asignación de la Constitución al Estado de distintas funciones, cambia el papel de contención, y pasa a ser la plataforma de consagración de ideales y derechos, desestimándose que haya espacio para la neutralidad.

La igualdad que define GROSMAN⁸⁹ se encuentra en función de los ideales constitucionales, analizándola como “derecho” y como “ideal”. Sostiene en su análisis, que las acciones positivas tienen que ser pensadas como una institución ideada a favor de la igualdad, porque se las concibe como un ideal social, y no como una manera de tratar a los individuos.

FISS⁹⁰, sostiene que el objetivo principal de este derecho es proteger a los grupos desaventajados frente a normas que puedan agravar su condición de subordinación, a esta interpretación se la denomina *principio antisubordinación o anticastas*. Para este autor, las acciones positivas son un medio para desactivar una estructura de castas mediante la mejora de posición relativa a los miembros del grupo desaventajado, y por traslación al grupo mismo. Esta teoría se aplica a los negros que es la eterna clase subordinada en Norteamérica.

De lo hasta aquí mencionado, se desprende que el principio antidiscriminación de la doctrina norteamericana no es compatible con las acciones positivas, distinción que fuera acogida en el Fallo Arenzón⁹¹, cuando la Corte declara la inconstitucionalidad de la exclusión del profesor por su baja estatura, y no por su aptitud para enseñar, dicho de otro modo, el medio no sirve para alcanzar el fin buscado.

En este fallo los miembros de la Corte, Petracchi y Belluscio no hicieron depender su análisis mecánico del principio antidiscriminación, sino que analizaron el tema teniendo como referencia los ideales constitucionales más generales, siendo inaceptable la mera racionalidad de la distinción. La justificación de la baja estatura del profesor excluido fue tildada de elitista, perfeccionista y autoritaria por parte de ambos miembros de la Corte.

3.2.2. Aportes al ideal constitucional

En la reforma de 1994 se introduce un nuevo ideal de igualdad, en especial en las cláusulas que se vinculan con las acciones positivas, a saber: I.- Art. 37°, igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios; II.- Art. 75° Inc. 19 que dispone que corresponde al Congreso el deber de sancionar

⁸⁹ Cf. Lucas Sebastián GROSMAN, *El Derecho...*, p.209/235.

⁹⁰ Owen FISS, Nota 7, p. 157, cita en GROSMAN, p. 216.

⁹¹ Cf. Arenzón v. Nación Argentina, Fallos:306:400, 1984.

leyes que aseguren la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, la gratuidad y equidad de la educación pública estatal; III.- Art. 75° Inc. 23, el Congreso debe promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el goce pleno de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos y por último, IV.- Art. 75° Inc. 2, que prescribe que la distribución de la recaudación impositiva entre Nación y las provincias (...) será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

Al respecto, GROSMAN opina,

“...Al vincular la igualdad de oportunidades con la distribución de la recaudación impositiva, la Constitución deja en claro que para que la igualdad de oportunidades sea real, hace falta no un estado neutral sino uno activamente involucrado en la provisión de beneficios sociales. Las acciones positivas y la educación gratuita y equitativa, por su parte, son remedios estructurales contra la desigualdad. Su propósito es modificar la estructura social, porque presuponen que para el momento en que se llega a la línea de partida ya es demasiado tarde. Por eso, igualdad real de oportunidades es, para la Constitución Argentina, igualdad estructural de oportunidades: un tipo de igualdad de oportunidades que atiende a la estructura social y que aspira a modificarla mediante la provisión de beneficios sociales financiados con fondos públicos. Este es el ideal social que la reforma de 1994 introdujo en la Constitución Argentina.”⁹²

Ahora bien, la teoría de la igualdad estructural de oportunidades, abarca el status de los grupos sociales y la introducción de las acciones positivas en la Constitución Argentina. Las acciones positivas son un mecanismo para perseguir este ideal sólo en algunos contextos, por ejemplo, en el área de educación, refiere a “educación gratuita y equitativa” como remedio contra la desigualdad.

Con relación a su ubicación en la Constitución, la profesora GELLI entiende que tanto la igualdad positiva, como la seguridad social tienen una ubicación constitucional inadecuada, dado que ambas refieren a derechos constitucionales que debieron incluirse en la primera parte, o al menos entre los nuevos derechos y garantías que se sancionaron. Dado que la necesidad de reforma constitucional prohibió modificar los treinta y cinco primeros artículos, los convencionales emplearon el artilugio de incorporar estos derechos, ampliando las atribuciones del Congreso.

Las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad *real* de trato, despejando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos. La Constitución Nacional, en especial, dispuso la

⁹² GROSMAN, ob. cit., p. 222.

sanción de leyes estableciendo acciones positivas a favor de los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados.

Por otro lado, el art. 37 en la Cláusula Segunda se garantizaron las acciones positivas a favor de las mujeres en materia electoral y político partidaria asegurando, o mejor dicho, cristalizando lo establecido en la llamada “ley de cupo femenino”.⁹³

Vinculado con la teoría de la igualdad estructural analizada por GROSMAN, respecto a la igualdad en la educación MARANIELLO, expresa;⁹⁴

“...en el plano de *la naturaleza*, los seres humanos son esencialmente desiguales, aspectos como: la edad, sexo, altura, contextura física, estado de salud, raza, difieren de persona en persona. Asimismo, en el marco de las *relaciones sociales* también se advierten nuevas desigualdades en la aptitud intelectual y capacidad moral de los individuos.

Desde el aspecto normativo existe una *igualdad jurídica*, que es aquella tutelada por la Constitución Nacional, y los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional, es decir, tiene una vigencia formal.

En otras palabras, la *igualdad jurídica* consiste en que la ley debe ser igual para todos los iguales que estén en las mismas circunstancias, y que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales condiciones, evitando distinciones arbitrarias u hostiles.

Para evaluar si una discriminación es compatible con el principio de igualdad, debe utilizarse la regla de *razonabilidad*: el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, siempre y cuando el criterio empleado sea “razonable”.

El autor en su obra elabora una lista de la cual extrae el principio constitucional fundamental de la igualdad a lo largo de la Constitución Nacional art. 8; 14, 14 bis, 15, 20, 37, 43, art. 4 y 75 inc. 2), 75 inc.19); 23) y el derecho internacional⁹⁵, mencionando el Artículo 16 de la Constitución, que prohíbe la discriminación por razones de sangre, nacimiento, excluye los fueros personales y los títulos de nobleza; establece que todos

⁹³ Cf. GELLI, Ob. cit., p.234/235.

⁹⁴ Patricio Alejandro MARANIELLO, “Igualdad en la Educación”, Coord. María del Carmen GARCIA, Patricio A. MARIANELLO, Daniel Alberto SABSAY, *Derecho Constitucional, La Ley*, Buenos Aires, 2002, p.331/334.

⁹⁵ Asimismo la reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a distintos tratados internacionales de derechos humanos en su nuevo art. 75 inc. 22, y muchos de ellos regulan expresamente el principio de igualdad. En tal sentido, el principio de igualdad es consagrado y desarrollado por los distintos tratados: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. II. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 7. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus arts. 2 (inc. 3°), 3, 7, 10, 12 y 13. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus arts. 2, 3, 24, 26 y 27. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus arts. 1 y 24. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en sus arts. 1 (inc.1°) y 5, se refiere específicamente a la discriminación por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en sus arts. 1, 2 y ccs., consagra iguales principios para la mujer al nivelarla en el goce y ejercicio de los derechos que a los hombres corresponden. La Convención sobre Derechos del Niño, insiste en su art. 2 en la cláusula igualitaria y en la eliminación de discriminaciones respecto del niño de sus padres, tutores o familiares”.

los habitantes son iguales ante la ley y, admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad; dispone, por último, que la igualdad es la base del impuesto y las cargas públicas. La citada disposición constitucional se complementa con otras normas de igual raigambre y con los Tratados internacionales de Derechos Humanos, algunas de ellas incluidas por la reforma constitucional de 1994.

CAPITULO IV

4. Los municipios y la reforma de la Constitución Nacional

4.1. El poder constituyente provincial

En el presente capítulo se profundiza el lento proceso de la autonomía de los municipios, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de acuerdo a las provincias donde se encuentran implantados, la evolución de los fallos de la Corte Suprema de la Nación y las reformas constitucionales, con especial acento en la reforma de 1994, en la cual se afianza la autonomía municipal.

4.1.1. Breve introducción al constitucionalismo provincial: Antes y después de 1853.

En opinión del profesor HERNANDEZ,⁹⁶ las provincias históricas surgieron en base a los cabildos construidos por la colonia española, en un proceso que se extendió desde fines de 1810 hasta 1834. Las provincias en ejercicio de su poder constituyente crearon sus cartas supremas: Santa Fe (1819), Tucumán (1820), Córdoba (1821), Mendoza, San Juan y San Luis, bajo la denominación Los Pueblos Unidos de Cuyo (1821), Salta y Jujuy (1821), Corrientes (1822), Entre Ríos (1822). Posteriormente las provincias que estaban unificadas por regiones, sancionan sus propias constituciones; Catamarca (1823), San Juan (1825), Santiago del Estero (1830), San Luis (1832) y Jujuy (1835).

Entre los antecedentes institucionales e históricos de la Constitución Nacional de 1853 no se pueden omitir las constituciones de las provincias históricas, excepto, Buenos Aires, La Rioja y Mendoza, los pactos interprovinciales y los intentos de organización a partir de 1810, los cuales constituyen partes indispensables del proceso histórico de conformación de nuestro país.

Las provincias se consideraban soberanas y fueron ellas las que organizaron el país de manera confederativa en 1831, al firmar el Pacto Federal de 1831, que tuvo vigencia hasta 1852, en que se celebró el Acuerdo de San Nicolás. Este fue el antecedente inmediato de la sanción de la Constitución Nacional de 1853, que dio origen al Estado federal en cumplimiento de los pactos preexistentes, delegando parte de sus poderes al gobierno federal, por medio de la Constitución.⁹⁷

Después de la sanción de la Constitución de 1853, las provincias que formaban parte de la Confederación fueron dictando sus nuevas constituciones locales adecuadas a la Carta Suprema, conforme lo estableciera el Artículo 5°, a saber: cada Provincia dictará para sí una constitución asegurando cinco requisitos: 1) El sistema

⁹⁶ HERNANDEZ, *Derecho Público ...*, p.180/181.

⁹⁷ *Ibid.*

representativo republicano; 2) de acuerdo a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, que asegure 3) la administración de justicia, 4) el régimen municipal y la 5) la educación primaria. Cabe destacar que respecto al cuarto requisito incorporado por el convencional constituyente Juan Del Campillo, quien fundamentó la autonomía municipal, originó uno de los más largos y extensos debates sobre la naturaleza jurídica de los gobiernos locales, el que recién sería superado con la modificación del art. 123 del texto constitucional de 1994.⁹⁸

No se omitir que todas estas constituciones fueron revisadas por el Congreso federal, según el requisito impuesto en cláusula analizada, “Claro indicio del signo de sujeción jurídica bajo el que nacieron nuestras provincias al momento de su reconocimiento constitucional”.⁹⁹

En síntesis, las provincias están obligadas por el artículo 5° a dictar sus propias constituciones de acuerdo a los lineamientos establecidos por la Constitución Nacional, dado que se trata de un poder de segundo grado, según la denominación del profesor HERNANDEZ, al poder constituyente ejercido por las provincias que dictan sus propias constituciones.

Con posterioridad a la sanción de la Carta Magna, las provincias sancionan nuevos textos adaptándolas a las pautas allí establecidas y al nuevo proceso de cambio del S. XX, mediante el cual se incorporan los nuevos principios del constitucionalismo social y de la internacionalización de los derechos humanos. Cabe destacar que en la década del 50 se produce un ciclo de sanción de nuevas constituciones provinciales como consecuencia del surgimiento de nuevos Estado provinciales.

Con el retorno a la democracia en el 1983 se producen nuevamente reformas constitucionales a partir del 1986, que anteceden al 1994.

4.1.2. Movimiento reformista provincial iniciado en 1986: recepción en la Constitución Nacional de 1994.

Si bien las provincias continúan ejerciendo el poder constituyente de segundo grado, a partir del retorno de la legalidad del país en 1983, se produce un fenómeno inverso, a saber, trece provincias reforman sus constituciones incluyendo los derechos humanos de “tercera generación”¹⁰⁰, como el derecho al ambiente, entre otros, previsto luego en la reforma de la Carta federal de 1994. El primer ciclo de reformas de comienzos de los años ochenta y principios de los noventa, se caracteriza por la etapa de

⁹⁸ Idem, *Derecho Público...* p.176.

⁹⁹ ABALOS, “El poder constituyente...”, p.8.

¹⁰⁰ HERNANDEZ, Ob. cit., p.183.

transición democrática que transitaba el país, adaptándose a las nuevas realidades que se avecinaban.

Desde 1986, en el proceso hacia el constitucionalismo social, las temáticas más importantes que se reformularon abarcaron tanto la parte dogmática, como la orgánica, además de las nuevas atribuciones provinciales, la defensa de la autonomía municipal, entre los temas ingresados con posterioridad desde las Cartas locales, a la Carta federal reformada en 1994.

En la parte dogmática, se incorporan nuevos derechos individuales y sociales, introduciéndose en esta etapa una nueva clase de derechos, propios de una sociedad post industrial o derechos de “tercera generación”.

Uno de los ejemplos, es el derecho clásico de la igualdad, al cual se incorporan derivaciones como, la igualdad de condiciones sociales, de sexo, de origen étnico, de nacimiento, de raza o color, de opiniones políticas, acceso al deporte, a los adelantos tecnológicos, entre ellos. Resultan novedosos, los vinculados con la persona, al de procrear y adoptar, el derecho a la felicidad, a la propia imagen como el derecho al uso del agua, a la tranquilidad y la paz.

El derecho público provincial demuestra mayor preocupación por los temas que se vinculan con la defensa y efectividad de los derechos en general. Dentro de la parte dogmática, también encontramos la recepción de garantías, de contenido procesal clásica, como la defensa en juicio, debido proceso, irretroactividad de la ley penal, juicio previo, juez natural, por mencionar algunos.

Cabe destacar que las garantías específicas como el amparo, hábeas data y hábeas corpus, se sancionaron con antelación a la recepción en la Carta nacional. Además, aparecen amparos que tutelan los derechos gremiales y derechos electorales. También las provincias se anticiparon a la Carta Federal, consagrando los derechos políticos y mecanismos de democracia semidirecta, el derecho a voto, acceso a la función y a los cargos públicos, iniciativa popular, el plebiscito y el referéndum, a los cuales se añaden la revocatoria de mandatos y la consulta popular.

Con la reforma de 1994, se incorporan la iniciativa popular y la consulta popular como forma de democracia semidirecta. El ejercicio de los derechos políticos, partidos políticos y la implementación de la participación. Asimismo, se enriquece su contenido con la adopción de los tratados internacionales de derechos humanos reconocidos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22).

Los principios económicos, fueron incorporados en el constitucionalismo provincial en distintos textos provinciales con contenido regulador e intervencionista, donde el estado adquiere un rol preponderante. Se atribuye función social a la economía y a la propiedad, sin negar la libre iniciativa privada y la justa distribución de los bienes y recursos.

De esta manera en los capítulos referentes a lo económico, cada uno de los textos amplía los principios preponderantes como, la iniciativa privada, la libre competencia, la función social de la propiedad y de las cooperativas. Se le confieren en el orden económico al ejecutivo provincial, el fomento del ámbito comercial, industrial y agrícola entre otras atribuciones.

A las provincias se le suman atribuciones, como la de suscribir convenios internacionales dentro de los límites del artículo 124° y la creación de regiones para el desarrollo económico y social. En este contexto, luego de la reforma de 1994, cinco provincias reforman sus textos, Buenos Aires, La Pampa, Chubut, Chaco y Santa Cruz. Transcurrieron los años y actualizaron sus Constituciones a la luz del modelo nacional receptando los principios económicos, Santiago del Estero (1997-2005), Salta y Santa Cruz (1998), La Rioja (1998, 2002 y 2008), Córdoba (2001), Formosa (2003) y Corrientes (2007).¹⁰¹

4.2. El régimen municipal: Definición.

La doctrina nacional registra los antecedentes del municipio en el cabildo, porque interpreta que era la entidad política importada por la colonia a estas tierras. Cabe destacar que existe coincidencia en cuanto a los alcances y la evolución jurisprudencial de esta Institución. En una aproximación a la definición de la Institución, el profesor HERNANDEZ deduce que “el municipio es una institución con base sociológica, de carácter natural, basada en las relaciones de vecindad, que requiere de un poder y del derecho para alcanzar el bien común de esa sociedad local”. La sustancia política y social está presente porque son hombres ligados a sus necesidades comunes los que organizan poder y derecho para alcanzar el bien común.¹⁰²

En opinión de la profesora ABALOS, “Es una institución natural, histórica, política, administrativa, económica, territorial, de base sociológica, que de ninguna

¹⁰¹ Cf. ABALOS, “El poder constituyente...”, p.9/12.

¹⁰² Antonio FERNANDEZ, “Derecho Municipal”; 2da Edición; Ed. Depalma; Bs As.; 1997; p. 244, cita en “Avances de la autonomía municipal en treinta años de democracia”, “Revista de Derecho Constitucional N°3”, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador, disponible en internet el 21 de Noviembre de 2013, IJ-LXIX-879, p.2.

manera puede ser obra o creación abstracta del legislador sino que surge de la realidad histórica y social de una comunidad determinada”.¹⁰³

Se puede corroborar que la Constitución Provincial de Tierra del Fuego, Título II - Régimen municipal - “Autonomía”, reconoce la autonomía municipal plena en la definición de municipio, a saber: “es una comunidad socio política natural y esencial con vida propia sostenida en un desarrollo socio cultural y socio económico suficiente en la que, unidas por lazos de vecindad y arraigo, las familias concurren en la búsqueda del Bien Común. Asegura el régimen municipal basado en la autonomía política, administrativa y económica financiera de las comunidades.”¹⁰⁴

4.2.1. Naturaleza jurídica: Etapas en la Constitución Nacional.

I. 1853/1860:

En el texto original de nuestra primera Carta Magna se establecía una división bipartita del poder entre Nación y provincias. No obstante, el artículo 5° estableció que cada provincia dictará para sí una constitución asegurando su “régimen municipal”, siendo una de las condiciones para que el Gobierno federal garantizara el goce y ejercicio de sus instituciones. La Corte debió realizar una intensa labor interpretativa en relación al tipo de organización que se quiso establecer en 1853.¹⁰⁵

En la interpretación de los términos de la norma, se distingue entre “autonomía” y “autarquía” lo cual implica, no sólo darse su propio gobierno, sino también dictarse sus leyes y elegir sus autoridades. La redacción del artículo, llevó a divisiones de la doctrina, dado que la expresión de la norma era poco clara e imprecisa.

La doctrina, dividió sus opiniones, según el abordaje de la naturaleza jurídica, por un lado, interpretaron al Municipio como un ente autónomo, BIDART CAMPOS¹⁰⁶, quien la considera como la “célula de la democracia” en base a sus antecedentes históricos, es una entidad del derecho público, políticamente descentralizada y autónoma. En la postura contraria, BIELSA¹⁰⁷ sostiene que es una entidad autárquica

¹⁰³ Cf. ABALOS, “Avances de la autonomía municipal en treinta años de democracia”, Revista de Derecho Constitucional N°3 p.2. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador, 21/11/2003, IJ-LXIX-879.

¹⁰⁴ Constitución de Tierra del Fuego, A.I.A.S., Artículo 169.

¹⁰⁵ Julio R. COMADIRA, Héctor J. ESCOLA y Julio P. COMADIRA- Coordinador, *Curso de Derecho Administrativo*, t.I., Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 311/312.

¹⁰⁶ Germán BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, t.I. Ed. Ediar; Bs. As.; 1989; p. 165 cita en “Avances de la autonomía municipal en treinta años de democracia”, “Revista de Derecho Constitucional N°3”, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador, 21 de Noviembre de 2013, IJ-LXIX-879, p.6.

¹⁰⁷ Rafael BIELSA, “Principios del régimen municipal”, p. 52, cita en “Avances de la autonomía...”, p. 6.

territorial. Es decir, considera al municipio como un ente autárquico territorial de las provincias. La Corte Suprema definió a la institución como “delegaciones de los mismos poderes provinciales”, se trata de una descentralización administrativa que constituye la autarquía territorial.

La concepción autárquica del municipio provincial no pudo sostenerse con carácter único y uniforme en todo el ámbito de la república. A partir del año 1957, hubo una evolución en el constitucionalismo provincial que tiende a configurar los municipios, o al menos, los de categorías superiores con un inequívoco carácter autónomo. Tal como surge de las Constituciones de Chubut, Río Negro, Formosa y Neuquén. Luego al año siguiente Misiones, Santiago del Estero. Estas constituciones han consagrado el criterio de autonomía de los municipios que puede ser: plena, cuando poseen la facultad de dictarse sus propias Cartas Orgánicas o semiplena, cuando no cuenta con esa atribución.¹⁰⁸

II. Reforma de 1994.

El artículo 123° complementa el artículo 5° de la Carta nacional, estableciendo lo que deben cumplir las Constituciones provinciales. Así, no sólo deberán garantizar la justicia, educación primaria y el régimen municipal, sino que éste debe poseer autonomía en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero, correspondiendo a cada provincia reglar el alcance y contenido. Existen diversas opiniones respecto a las obligaciones que deben cumplir, dado que la Carta fundamental establece la autonomía y sus ámbitos, pero no los define, dejando librado a cada provincia la facultad de delinear su contenido conforme a su propia realidad municipal.

“...Sin perjuicio de ello, es posible precisar el sentido de cada uno de estos órdenes de la siguiente forma: el *institucional*: supone la facultad de dictarse su carta fundamental mediante la convención convocada al efecto; el *político*: elegir sus autoridades y regirse por ellas; el *administrativo*: la gestión y organización de los intereses locales, servicios, obras, etc.; y el *económico-financiero*: organizar su sistema rentístico, administrar su presupuesto, recursos propios, inversiones sin contralor de otro poder.¹⁰⁹

El nuevo artículo 123° calificó como autónomo al régimen municipal en sus diversos órdenes, el cual debe reglar en cada provincia, lo que significó un avance para la descentralización del poder de nuestro Estado federal.¹¹⁰

Esta norma representa la consagración constitucional de la autonomía comunal. Es decir las constituciones no pueden omitirlo acorde a la pauta federal establecida.¹¹¹

¹⁰⁸ Cf. Fallos: t.123, p. 313; 312, p. 326.

¹⁰⁹ ABALOS, “Avances de la autonomía...”, p.7.

¹¹⁰ HERNANDEZ, “Derecho Público...”, p.176.

¹¹¹ Cf. COMADIRA, ob. cit., p. 311/312.

El profesor FRIAS¹¹², expresaba que ...“la autonomía municipal se afianzó primero en la doctrina, tardíamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema, antes en el ciclo constituyente provincial y ahora ha sido coronada por la reforma nacional de 1994”.

4.2.2. Recepción de la autonomía municipal en el constitucionalismo provincial.

Las constituciones provinciales, teniendo en cuenta el momento en que han sido sancionadas, los alcances y la significación atribuida al término autonomía, distinguen:

a) Autonomía municipal semiplena: aquellas que reconocen autonomía política, administrativa, económico financiera con matices, pero que no pueden dictarse sus propias cartas orgánicas, ejemplo, Mendoza, Santa Fe y Buenos Aires;

b) Autonomía municipal condicionada, limitada o restringida: aquellas que supeditan el dictado de la carta orgánica a la convocatoria de convenciones constituyentes por parte de la Legislatura provincial, a saber: Neuquén, Chubut, Salta y Tucumán;

c) Autonomía municipal plena: se reconoce la autonomía en todos los ámbitos según lo establece el Artículo 123° de la Carta Magna, a saber; Misiones, San Juan, La Rioja, Jujuy, San Luis, Córdoba, Catamarca, Río Negro, Formosa, Tierra del Fuego, Corrientes, La Pampa, Chaco, Santa Cruz, Santiago del Estero y Entre Ríos.¹¹³

4.2.3. Jurisprudencia de la Corte Suprema: Antes y después de la reforma.

En 1911 la Corte tuvo oportunidad de resolver la incompetencia planteada por la empresa “Ferrocarril del Sud” en la demanda por cobro de impuestos que inició la Municipalidad de la Plata. En dicha oportunidad, definía a los municipios como “delegaciones de los mismos poderes provinciales circunscriptas a fines y límites administrativos que la Constitución ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación”, considerándolos como entes autárquicos, con fines y límites administrativos y sujeción a la normativa local. (Ver Fallos: t. 114: p.282).

En este tiempo la Corte se adscribe a la “teoría del municipio provincial”, que es lo mismo que considerarlo como un “ente autárquico del estado local”, de este modo se justifica la limitación de sus fines a la esfera de la administrativa y su sumisión a la esfera de la legislatura provincial.

En igual sentido, los tribunales establecieron que conforme nuestro sistema federal las municipalidades no eran consideradas entidades autónomas, “ni constituyen la base

¹¹² FRIAS, “El proceso federal argentino, su situación actual. Autonomía y dependencia”, en Antonio M. HERNANDEZ, *Derecho Público Provincial*, 2a ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011. p. 126.

¹¹³ Cf. María Gabriela ABALOS, “Avances de la autonomía ...”, p. 19/23.

del sistema de gobierno republicano y representativo, dado que no cuentan con poderes propios u originarios”. (Fallos: 194: p.111).

En el año 1983, a partir del retorno a la democracia la Corte revisa estos conceptos en Fallos 312:326, “Rivademar, Angela D.B. Martínez Galván de c/Municipalidad de Rosario”-1989. La empleada contratada de la municipalidad de Rosario, Angela Rivademar fue efectivizada por una ley de facto. Llegada la democracia, la Municipalidad revisa la planta de su personal y deja sin efecto la designación realizada. El Superior Tribunal revocó esta decisión y ordenó la reincorporación y el pago de los salarios caídos, con la indemnización por daño moral. En el Considerando 8° del fallo en cuestión, la Corte expresa que, dentro del contexto de las Constituciones provinciales, el concepto de autarquía no es de aplicación, dado el origen constitucional del municipio, en contraste con el meramente legal de los entes autárquicos. La existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en tales entes, sumado a la imposibilidad de supresión o desaparición de la Institución con respaldo en la Constitución; el carácter de legislación local de las resoluciones emitidas que comprenden a todos los habitantes de su territorio, junto a la elección de las autoridades, refuerzan la idea de su autonomía.

El planteo de fondo de la cuestión gira en torno al “régimen municipal” exigido por el art. 5° de la Ley fundamental, para garantizar por parte del gobierno federal a la provincia el goce y ejercicio de sus instituciones, el cual, queda desnaturalizado si la legislatura local establece el estatuto y escalafón del personal municipal, ya que esta facultad resulta de importancia fundamental para la administración de la comuna.¹¹⁴

En 1989, el fallo “Promenade SRL c/Municipalidad de San Isidro s/Dda. Cont. Administrativa”- Causa B 49.312, mejora con otra característica distintiva a lo establecido en Rivademar, y lo expresado con respecto a las entidades autárquicas. Se trata de una demanda por daños y perjuicios, con motivo de la revocación del permiso de obra a la Empresa por Ordenanza municipal. El marco institucional es que el municipio cuenta con los poderes ejecutivo y legislativo, con atribuciones que emanan de un órgano elegido por el voto popular, y por ello que representan la expresión de la voluntad comunitaria.

Con la imposición dispuesta a las constituciones provinciales por el artículo 123°, se deberá garantizar la autonomía provincial y reglar su alcance y contenido, en el ámbito institucional, administrativo y económico financiero. En esta etapa es posible distinguir grupos de fallos, según sus diferentes ejes temáticos.

¹¹⁴ Cf. Fallos: t.312:326

Es abundante la interpretación de la Corte respecto de las atribuciones municipales, la cual se extiende desde las vinculadas con la prestación de servicios públicos nacionales privatizados, fallos: t.320:162 “Telefónica Arg. c/Municipalidad de Gral Pico” -1997; “Telefónica de Argentina SA c/Municipalidad de la Ciudad de Mendoza” (2000); “Edenor c/Municipalidad de Gral Rodríguez”-1999; “Cable Visión c/Municipalidad de Córdoba” - 2006 “Telefónica de Argentina SA c/Municipalidad de General Pueyrredón” - 2010, hasta la competencia originaria del máximo tribunal en “Ponce, Carlos Alberto c/San Luis s/Acción Declarativa de Certeza” - 2003, donde se afirma la postura autonomista del máximo Tribunal. Se trata de una declaración de certeza deducida por Ponce en su carácter de Intendente de San Luis, para que se declare la inconstitucionalidad de la norma que estableció la caducidad anticipada de todos los cargos electivos provinciales y municipales y habilita al poder ejecutivo provincial a convocar nuevas elecciones. En la Corte por el voto de la mayoría, se interpretó que el fallo del tribunal violaba la autonomía establecida en el art. 5° y 123°. Entre los argumentos vertidos; I. Las atribuciones adoptadas por las autoridades provinciales le corresponden al ejecutivo municipal, a saber, convocar a elecciones en su ámbito; II. Se lesionaron las atribuciones del municipio; III. La legislación provincial no puede revisar los requisitos impuestos para la elección de autoridades municipales.

Resulta una violación al mandato del art. 123°, el cual impone asegurar la autonomía municipal, habiéndose desnaturalizado por una reglamentación que imponga la caducidad de los mandatos. LORENZETTI, argumenta sobre la base de la descentralización y el federalismo cooperativo, y con la reforma, las provincias asumen el compromiso de garantizar el régimen municipal. Si se las despoja de sus atribuciones, se incurre en la concentración de decisiones. En disidencia, FAYT, se refiere a la autonomía municipal, y entiende que no se violentan los art. 5° y 123° dado que el órgano encargado de convocar a elecciones no se agota y puede ser modificado más allá, si es compatible con el art. 5°. Además, cuestiona la interpretación acordada en el voto de la mayoría porque sostiene que los municipios tienen que tener sus límites, y que además la reglamentación que realicen las provincias de materias que le son propias, no se agotan con un único ejercicio. Por último, la disidencia de ARGIBAY entiende que la cuestión de los derechos electorales del actor, como la afectación de la autonomía municipal deviene abstracto.

En virtud de los fallos analizados se arriba a las siguientes conclusiones: 1. Los municipios tienen atribuciones para elegir sus autoridades y fijar la convocatoria a elecciones. 2. El último fallo, funda sus argumentos basados en la autonomía en la

descentralización y el federalismo. 3. Obligatoriedad de los fallos de la Corte y el reproche por su incumplimiento. Los jueces provinciales no pueden trabar o turbar sus pronunciamientos.

En síntesis, a partir de la reforma de 1994, respecto de los municipios se reafirma la postura autonomista, se los reconocen como sujetos políticos diferentes, lo que implica la obligación para la Nación y las provincias de respetar, asegurar y preservar al municipio, de manera tal que no los prive de las capacidades mínimas para el cumplimiento de sus fines. Se interpreta que el art. 123° constituye el marco de la autonomía municipal, cuyos contornos deben ser delineados con la finalidad de coordinar el ejercicio de los poderes que éstas conservan (arts. 121, 122, 124 y 125 de la Constitución Nacional) con el mayor grado de atribuciones posible. En todos los casos, el criterio es de coordinar las potestades que permitan el crecimiento municipal en beneficio de la Provincia para el fortalecimiento nacional.¹¹⁵

4.3. Un municipio con escuelas.

4.3.1. Recorrido de la educación municipal: Etapas

De acuerdo a lo analizado en relación al régimen municipal, entre las principales competencias de los municipios se encuentra la educación obligatoria, la cual abarca todos los niveles de acuerdo a los artículos 5 y 123 de la Constitución federal.

La Carta Orgánica Municipal de Ushuaia fue sancionada en el año 2002 y, en ella, se ubica a la educación dentro las competencias concurrentes con la Provincia y la Nación, definiéndola en el art. 70 como "...instrumento fundamental para la promoción integral y la socialización de la persona". Dentro de este marco, se puede realizar un detalle del largo proceso recorrido por la educación municipal a nuestros días, como municipio vanguardista en la implementación de modalidad innovativa a nivel provincial y nacional.

Previo a ello, se recoge la definición de "educación innovativa" la que en pocas palabras se resume en la "introducción de algo nuevo que produce mejora"¹¹⁶. Esta declaración de innovación encabeza el Informe enviado a los señores Legisladores por el Ministerio de Educación en el año 2009, con el objetivo de argumentar la incorporación de la "Modalidad en Innovaciones Educativas", solicitud que no fue tenida en cuenta al momento de la sanción de la Ley de Educación provincial.

I. Etapa fundacional: (1993-2005):

¹¹⁵ Cf. María Gabriela ABALOS, "Avances de la autonomía ...", p. 45.

¹¹⁶ María Guadalupe MORENO BAYARDO, ob. cit. Recuperado 5 de noviembre de 2013, a partir de <http://www.latarea.com.mx/articu7/bayardo7.htm>).

En esta primera etapa, se crearon dentro del municipio las tres primeras escuelas con convalidación posterior del Ministerio de Educación de la Provincia. Escuelas municipales: 1. Escuela Experimental Municipal “Las Lengas”, Resolución M.E.yC. N° 072/93; 2. Escuela Experimental Municipal “La Bahía”, Resolución M.E.yC. N°115/93 y 3. Escuela Experimental Municipal “Los Alakalufes”, Resolución M.E.yC. N° 401/96.

Con posterioridad, en una segunda instancia, se crearon escuelas experimentales provinciales: 4. Esc. Exp. Provincial “Los Coihues”, Decreto Provincial 896/00; 5. Esc. Exp. Provincial “Los Calafates”, Decreto Provincial 419/01; 6. Esc. Exp. “Las Lengas” - Nivel secundario, Resolución M.E.yC. N° 931/02 y N°32/05; 7. Esc. Exp. “La Bahía”- Nivel secundario, Resolución M.E.yC. N°931/02; 8. Esc. Exp. “Los Alakalufes”- Nivel secundario, Resolución M.E.yC. N°31/05; 9. Esc. Exp. Provincial “Las Gaviotas”, Resolución M.E.yC. N°971/03; 10. Esc. Exp. Provincial “Los Cauquenes”, Resolución M.E.yC. N°975/05; 11. Departamento Apoyo “Las Bandurrias”, Resolución M.E.y C. N°936/05.

II. Etapa de exclusión: (2008/2016):

Preliminarmente, a modo de ejemplo de la animosidad de marginación a la propuesta desde la órbita estatal de los ámbitos municipal y provincial, a continuación, se detallan algunos de los sucesos más trascendentes, a saber, se disolvió la Escuela Exp. Provincial “Los Coihues”, y se reubicaron los docentes. En el ámbito municipal se estableció el “cupó” a la matrícula de alumnos de las escuelas por Decreto Municipal 1356/2008, y se produce la pérdida del Departamento de Apoyo “Las Bandurrias”, en virtud del veto parcial que promulga la Ordenanza Municipal 3570/2009.

Esta extensa etapa de ocho años, se caracterizó por la tensión entre los derechos adquiridos de las diferentes escuelas en ambas jurisdicciones y la manifiesta hostilidad contra el nuevo modelo de gestión pública en dicho ámbito. Su alcance se vio reflejado en la Ley Provincial de Educación 1018 sancionada en el año 2014, mediante la cual se omitió incluir la modalidad de innovación educativa, que ya existía en el sistema educativo provincial desde el año 1993.

III. Etapa de afianzamiento:

Esta etapa se extiende desde fines de 2016 a nuestros días, y se caracterizó en ambas jurisdicciones, por la recuperación del vínculo comunicacional perdido. Desde la Provincia, se gestionan fondos para la construcción, ampliación y refacción edilicia de las escuelas, tanto provinciales como municipales, impulsando de este modo un fuerte arraigo en la educación de gestión pública. Se ordenan y planifican las horas cátedras del nivel secundario y el resto de los servicios que se ofrecen para los distintos niveles

que fueron implementados en las escuelas, hasta llegar a la sanción de la Ley de Escuelas Experimentales, mediante la cual se las reconoce como parte del Sistema Educativo Provincial.

Asimismo, el Municipio avanza respecto de la protección de las relaciones con los docentes, estableciendo mediante Ordenanza Municipal 5208/2016, los requisitos para el ingreso a la planta permanente de los maestros dentro del Convenio Municipal de Empleo. Posteriormente mediante O.M. 5246/2017, se plasma el Convenio de Educación y Formación dentro del Convenio Municipal de Empleo, estableciendo las pautas para el ingreso, integración de las asambleas y personal docente, jornadas de trabajo, entre otros aspectos.

Se crean en dicha jurisdicción dos establecimientos educativos, largamente esperados por la comunidad de las escuelas, a saber: el Instituto Superior “Terra Nova” Ordenanza 5046/2016, reconocido por Resolución M.E.yC N° 1567/2017 y el Jardín Maternal “Los Zorzales”, espacio lúdico diseñado para niños de siete (7) meses a tres (3) años de edad, mediante Ordenanza Municipal 5067/16.

Por último, en el presente año se crearon mediante Decreto 62/2019 el Departamento Apoyo “Las Bandurrias”; la Escuela Exp. Municipal “Los Ñires” dentro del ámbito municipal de la Ciudad de Tolhuin y la Escuela Experimental Provincial “El Faro” mediante Decreto 475/2019, todas dentro del marco de la Ley provincial de Educación Experimental N° 1253/2018.

4.3.2. Normativa vigente.

Preliminarmente, cabe destacar que en la Ley de Educación 26.206 se encuentran numerosas referencias que promueven y avalan la innovación educativa, en especial, el art. 73 Inc. “...c) Incentivar la investigación y la innovación educativa vinculadas con las tareas de enseñanza, la experimentación y sistematización de propuestas que aporten a la reflexión sobre la práctica y a la renovación de las experiencias escolares”, con mayor vigor en el art. 85 entre las obligaciones del Estado para asegurar una buena calidad de la educación “...e) Estimulará procesos de innovación y de experimentación educativa”, y por último, en el art. 123 señala que el Concejo Federal de Educación deberá “...h) Realizar adecuaciones curriculares ... para responder a las particularidades y necesidades de su alumnado y su entorno” y “...k) Promover iniciativas en el ámbito de la experimentación y de la investigación pedagógica.”

4.3.2.1. Ley de educación provincial

La Ley de Educación provincial 1018, data del año 2014 y fue promulgada por Decreto Provincial 27/2015. Se trata de una extensa normativa que contempla el tratamiento del derecho a la educación, de profunda raigambre social, y que comprende desde el objeto (art. 1°), principios, derechos y garantías (art. 3°-11°), los fines y objetivos de la política educativa (art. 12°-14°), la estructura del sistema educativo (15°), niveles y modalidades (art. 17°-99°); la educación pública de gestión privada (art. 100°- 110°), derechos y deberes de estudiantes, docentes y padres (art. 116°-121°), políticas de promoción de la igualdad educativa (art. 122°-127°), calidad de la educación (art. 128°), evaluación del sistema (art. 133°), funciones y conducción del Ministerio de Educación (art. 148°), financiamiento del sistema (art. 149°) y Consejo de Educación (art. 152°).

Resulta imprescindible resaltar la naturaleza jurídica acordada al derecho a la educación como derecho humano, en la normativa provincial, a saber, el artículo 1° “el ejercicio del derecho humano personal y social de enseñar y aprender”, conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales incorporados a ella, el artículo 14 inciso 5° de la Constitución Provincial, la Ley de Educación nacional 26.206 y toda otra legislación nacional o provincial vigente en materia educativa.

En idéntico sentido, lo reconoce como derecho social en el art. 3° “la educación y el conocimiento son derechos humanos fundamentales que hacen a la dignidad de la persona, son un bien público y un derecho personal y social, garantizado por el Estado”.

Continúa diciendo el artículo bajo análisis, en relación a los principios sobre los que se funda la educación fueguina, “...a) la Educación constituye una política de Estado, para construir una sociedad justa, reafirmar la soberanía e identidad nacional y provincial, promover el bien común, respetar los derechos humanos y libertades fundamentales, consolidar la democracia, el fortalecimiento y defensa de la República y profundizar el ejercicio de una ciudadanía activa, solidaria y responsable”; “b) la educación debe brindar oportunidades para desarrollar y fortalecer la formación integral de las personas, movilizándolas a construir su proyecto de vida, basado en los valores constitucionales”; y “c) el Estado provincial no suscribirá tratados ni acuerdos de cualquier índole que impliquen concebir la educación como un servicio lucrativo o alienten cualquier forma de mercantilización de la educación pública”.

En el artículo 4°, establece que “La educación y el conocimiento constituyen derechos sociales y culturales en la vida de los estudiantes de la Provincia”, a lo cual añade, los derechos a la igualdad de oportunidades, gratuidad, no discriminación, de

excelencia, pública, democrática, laica y no dogmática, condiciones dignas, recibir educación sexual integral, protección a la estudiante embarazada, y rechazo al acoso escolar.

Establece en el artículo 6° pautas del sistema educativo, y entre sus características se pueden mencionar, ser público (integrado por servicios educativos de gestión estatal, privada, cooperativa o social), inclusivo, permanente, democrático, abierto, laico, integrado, articulado y común.

En el artículo 7°, establece que tanto el Estado nacional, provincial y municipal son responsables por la prestación de determinados servicios educativos, según los servicios educativos que el Estado provincial convenga. Bajo la supervisión del Estado provincial son corresponsables las confesiones religiosas reconocidas oficialmente, las organizaciones de la sociedad y la familia como agente natural y primario. Los municipios serán corresponsables por la prestación de determinados servicios educativos que el Estado provincial convenga con los mismos”.

Como lo colofón de lo analizado, en lo que respecta a la modalidad innovativa la ley provincial de educación 1018 excluyó su incorporación, por lo cual se deduce que se encontraba en clara contradicción con lo dispuesto por su par, la Ley Nacional de Educación 26.206 - art. 75 inc. c) y art. 85 inc. e), omitiendo la modalidad experimental legalmente reconocida desde el año 1993 en la Provincia.

4.3.2.2. Ley provincial de educación experimental.

En el mes de Diciembre de 2018, fue sancionada la Ley provincial de Educación Experimental 1253, promulgada por Decreto Provincial 3559, de aplicación a todo el personal docente que se desempeñe en el ámbito de las escuelas experimentales municipales y provinciales existentes y/o a crearse en la jurisdicción con esta modalidad.

En el art. 2° de la norma, establece como objeto, garantizar el adecuado cumplimiento y desarrollo de las particularidades que conlleva el Proyecto Educativo Institucional de las denominadas “Escuelas Experimentales”, el cual se enmarca bajo el modelo de Innovación Educativa amparado por la Ley nacional de Educación 26.206 y la Ley provincial de Educación N°1018 y normas concordantes. A continuación, se detallan los derechos y obligaciones de los docentes (art. 5°- 7°), su escalafón (art. 8°), órganos de gobierno (art. 9°), constitución de asamblea docente (art. 11°), ingreso de los

docentes (art. 15°), y todas las cuestiones que se vinculan con la relación laboral de los docentes comprendidos en el aludido proyecto institucional.¹¹⁷

Para concluir el presente capítulo, se transcriben uno de los motivos que en opinión de la Lic. Marina CASANOVAS, concurrieron a hacer proliferar estas escuelas en la provincia, extrayendo un párrafo del Informe redactado en 2009, dentro de los fundamentos teóricos;

... “las reformas se originan en los poderes centrales con la intención de aplicarse en la pirámide de gestión y repercutir en cada establecimiento y en cada aula; por el contrario las innovaciones surgen ligadas a la tarea concreta de los docentes, a las problemáticas que enfrentan y a los desafíos que se les presentan y luego buscan incluirse en el sistema educativo general.”¹¹⁸

¹¹⁷ Ley Provincial 1253, sancionada en 2018.

¹¹⁸ Cf. Marina, CASANOVAS, Informe: “Fundamentos teóricos, prácticos y legales de la solicitud de la inclusión de la Modalidad en Innovaciones Educativas en la futura Ley Provincial de Educación de Tierra del Fuego”, 2009, p.2.

CAPITULO: V.

5. Del arribo de la modalidad innovativa en clave experimental

5.1. Antecedentes de las experiencias alternativas en la educación

Preliminarmente, resulta oportuno mencionar las fuentes históricas de inspiración de las escuelas experimentales arribadas a la Provincia y “al analizar los orígenes históricos de la educación alternativa, es importante distinguir dos movimientos con perspectivas fuertemente diferenciadas (...) que muestran dos tendencias distintas en el modo de replantear la educación tradicional que formulan.”¹¹⁹

Desde la perspectiva del Informe arriba citado, denominado “Las Escuelas Experimentales de Ushuaia: sentidos y condiciones de una propuesta educativa alternativa”, elaborado por el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento, en adelante CIPPEC, se mencionan diferentes corrientes pedagógicas, entre ellas, el movimiento denominado “Escuela Nueva”, cuyas características predominantes son: a) la participación activa de los alumnos; b) aislamiento institucional; c) ambientes ligados a la naturaleza; d) reglas y códigos sin métodos pedagógicos disciplinarios, destacando su carácter único y rompiendo con los procesos uniformes y centralizados de los sistemas educativos modernos.

Por otro lado, con un fuerte compromiso social y político, el movimiento denominado “Educación Popular” originado desde el modelo de concientización de Pablo FREIRE en Brasil, se comparten los paradigmas contra los principios tradicionales de la escuela, pero se distingue del anterior respecto del aislacionismo institucional, ya que propone romper con las fronteras entre la escuela y la sociedad, propiciando procesos educativos fuera del ámbito institucional, ejemplo: las campañas de alfabetización.¹²⁰

Tanto en el Informe del CIPPEC, como, en el realizado por la Lic. Marina CASANOVAS¹²¹, coinciden en que dentro de las fuentes de inspiración de la pedagogía de las escuelas experimentales, las influencias de la experiencia educativa de las

¹¹⁹ Paola LLINÁS y Axel RIVAS, “Las Escuelas Experimentales de Tierra del Fuego: sentidos y condiciones de una propuesta educativa alternativa”, CIPPEC, 2003. p.6

¹²⁰ Ibidem, “Las Escuelas ...”.

¹²¹ Marina, CASANOVAS, Informe: “Fundamentos teóricos, prácticos y legales de la solicitud de la inclusión de la Modalidad en Innovaciones Educativas en la futura Ley Provincial de Educación de Tierra del Fuego”, 2009, p.5.

hermanas Olga y Leticia COSETTINI en Rosario y la organización del trabajo áulico en la Escuela Rural Unitaria de Luis IGLESIAS, fueron los de mayor influencia en este proyecto, y esto es importante destacar dado que nos encontramos frente a un modelo diferente dentro del sistema educativo provincial. Este argumento se encuentra contenido dentro del Plan de Estudios denominado “Escuela Experimental para propiciar el desarrollo de la creatividad en todas las áreas de trabajo”, aprobado en el año 1993 por la autoridad ministerial.¹²²

... “En este caso, creemos que se da un claro ejemplo de combinación de ambos modelos, ya que se trataba de una experiencia de educación alternativa inserta en una escuela pública, con principios que respondían a la tradición de la Escuela Nueva y, al mismo tiempo, con un fuerte componente social, que la remitían a la educación popular.

El caso de las escuelas experimentales de Tierra del Fuego, debe ser analizado a la luz de estos antecedentes, aquí brevemente expuestos, además de su raíz más directa en el Instituto Speroni y su propia historia en Argentina. Sin embargo, ya adelantándonos a algunas de las conclusiones de nuestro estudio, seguramente las escuelas experimentales se hallen mucho más ligadas a la primera perspectiva aquí reseñada, la correspondiente a la Escuela Nueva, que a la segunda, centrada en la educación popular. Como veremos, su carácter más “aislacionista” también tiene un correlato social, ya que al igual que muchas experiencias de la Escuela Nueva atienden a sectores más acomodados de la población, mientras la educación popular tiene un foco mayor en los sectores más desfavorecidos y marginados de la estructura social”.¹²³

5.2. Aspectos normativos:

Es importante resaltar que, al momento en que se conforma el tejido que albergó esta nueva experiencia educativa, era reciente la transferencia de los servicios educativos desde el poder nacional a las autoridades locales provinciales (1992) y dentro de esta trama, la llegada de la experimentalidad a la joven Provincia, tuvo como eje principal la contención de la Constitución Provincial,¹²⁴ que establece en el Artículo 14, a saber: “Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos”... Inc. 5. “A aprender y enseñar, a la libertad intelectual, a investigar, a la creación artística y a participar de los beneficios de la cultura”.

Así las cosas, la Ley Federal de Educación 24.195 establecía en el Art. 5, Inc. p) “El estímulo, promoción y apoyo a las innovaciones educativas y a los regímenes alternativos de educación”¹²⁵, en consonancia con ello, la Ley provincial de Educación 159 vigente en la Provincia partir del año 1994, establece en el Cap. I. “De la Política

¹²² Resolución Ministerio de Educación y Cultura N° 281 (27/05/1993).

¹²³ Cf. CIPPEC, “Las Escuelas...”, 2003, p. 7

¹²⁴ Constitución Provincial, 1991.

¹²⁵ Ley Federal de Educación, 24.195, 1993.

Educativa”, Art. 5º...“ El Estado provincial fijará los lineamientos de la política educativa, respetando los siguientes principios y criterios: ...Inc. j) “estimular y apoyar las innovaciones educativas y los regímenes alternativos de educación”.

En esta estructura, no se puede omitir mencionar las resoluciones ministeriales que tejieron también en esta urdimbre, tanto las de creación de las escuelas, como aquellas que rigieron su funcionamiento, a saber, la Resolución Ministerial, Letra: M.E.yC. N° 281/93, mediante la cual se aprueba el Plan de Estudios a partir de 1993 y con carácter experimental el Plan de Estudios “Escuela Experimental para propiciar el desarrollo de la creatividad en todas las áreas de trabajo”, que forma parte como Anexo I. estableciendo las condiciones específicas de trabajo.

Por último, cabe destacar que el Municipio sólo cuenta con escuelas con modalidad experimental y para comprender cómo las escuelas municipales fueron asimiladas al sistema educativo provincial, es dable mencionar lo que dispone el Art. 173 Inc. 8º de la Constitución Provincial; ...“la provincia reconoce a los municipios y a las comunas... la facultad de ejercer funciones político administrativas... de las siguientes materias: a) ...educación”.¹²⁶

En este sentido, la Carta Magna provincial estableció en sus Cláusulas transitorias la vigencia de la Ley 236, denominada “Ley Orgánica de Municipalidades” hasta la entrada en vigencia de la Carta Orgánica Municipal (2002). A partir de allí, la educación es considerada como “un instrumento fundamental para la promoción integral y la socialización de la persona” (Art. 70).¹²⁷

Vale la pena mencionar que en la Segunda de las disposiciones Complementarias y Transitorias de la Carta Orgánica Municipal (C.O.M.), se dispuso fecha límite para establecer las autoridades competentes que contendrían las escuelas municipales y la situación escalafonaria de los docentes, situación que fuera saneada mediante Ordenanza Municipal 2572 sancionada en el año 2003 (Etapa de Gestación – Cap. IV.), concluyendo un largo período de discusión respecto de la viabilidad de las escuelas municipales.

Es notable como desde el Departamento Legislativo Municipal, se trató de contener los claros actos de exclusión emitidos por parte del Ejecutivo municipal contra las escolitas creadas en esa jurisdicción, habiendo resistido el embate del Decreto

¹²⁶ Constitución Provincial de Tierra del Fuego A.I.A.S., 1991.

¹²⁷ Carta Orgánica Municipal, 2002.

Municipal 1356/2008, mediante el cual se restringió la matrícula de alumnos asignados a cada una de ellas.¹²⁸

Así las cosas, mediante Ordenanza Municipal 3570/2009 se procedió a la unificación del “plexo normativo” que involucraban a las Escuelas Experimentales. No obstante, el Departamento Ejecutivo del Municipal vetó tres artículos -Decreto Municipal 898/2009, circunstancia que provocó la degradación del espacio creado para niños con capacidades especiales de la modalidad, el Departamento Anexo “Las Bandurrias”, cercenando de este modo sus derechos adquiridos.

En el año 2015, Cuando ya resulta indiscutible el derecho de raigambre constitucional que establece el acceso a la educación de la modalidad experimental, la Provincia excluye la modalidad innovativa/experimental en la Ley provincial de Educación 1018, así se produce un desajuste con la Ley 26.206, art. 73 Inc. c) y e) y art. 85, a pesar de contar, por entonces, con nueve (9) establecimientos convalidados en la jurisdicción.

Pese a ello, en el ámbito municipal se expande la propuesta, con la sumando dos (2) establecimientos, el Instituto Superior “Terra Nova” y el Jardín Maternal “Los Zorzales”. Asimismo, se avanza en relación al ingreso de los maestros al sistema público municipal, que fuera ordenado mediante Ordenanza Municipal 5208, incorporando el Anexo I. a la Ordenanza Municipal 3570, ya mencionada y conocida como “plexo normativo”, estableciendo el procedimiento para cubrir los cargos de planta permanente de los docentes que se desempeñen en el ámbito de las escuelas experimentales. Asimismo, por Decreto Municipal N° 1135/2017 se determinaron las “Misiones y Funciones” para los directivos de las Escuelas municipales.

Como colofón de lo mencionado, en el ámbito provincial con la sanción de la Ley de Educación Experimental 1253 en el año 2018, se produce la adecuación normativa de esta modalidad innovativa, celebrada por toda la comunidad educativa que conforma las escuelas experimentales.

5.3. Modelo de las escuelas experimentales.

El Ministerio de Educación y Cultura de la Provincia, aprueba mediante Resolución M.E.YC. N° 281/93 el denominado “Plan de Estudios propiciando el desarrollo de la creatividad en todas las áreas de trabajo” - Anexo I. Entre los temas destacables, se identifica como “Escuela Experimental para propiciar el desarrollo de la creatividad en todas las áreas de trabajo”, dirigida al nivel pre primario y primario con una duración de

¹²⁸ Decreto Municipal 1356/2008, establecía la restricción de la matrícula de alumnos a la suma de ciento cuarenta por establecimiento.

diez (10) años, con fundamentación filosófica, pedagógica y psicológica, justificación y objetivos de la propuesta educativa.

En el Punto 6.3.1. del Plan de estudios, se establecen dentro de la organización pedagógica, las condiciones específicas de trabajo y la estructura de la propuesta, a saber: I. Las escuelas son chicas. Los grupos de trabajo no superan los quince (15) alumnos. La Escuela no tiene personal administrativo ni de maestranza, la tarea está a cargo de los mismos maestros. La dedicación de los maestros es de tiempo completo, lo que comprende talleres abiertos a la comunidad; II. El ingreso de los docentes es responsabilidad del Director y su equipo de trabajo, quienes evalúan al postulante en función de las exigencias del proyecto; III. La evaluación en esta propuesta pedagógica tiene un sentido mucho más amplio que la simple acreditación para la promoción. Los alumnos y maestros no son calificados con ningún tipo de nota, ni numérica, ni conceptual.

Asimismo, en esta resolución ministerial se determina que la Subsecretaría de Educación de la Provincia es la encargada del seguimiento, evaluación de la experiencia y aprobación de los ajustes curriculares convenientes, omitiéndose, en dicha oportunidad, establecer el área del cual dependerían las escuelas.

Cabe destacar que mediante esta resolución ministerial, se dio el primer paso a la incorporación de la experiencia innovativa al sistema educativo provincial, procediendo a justificar su asimilación y existencia contando, por entonces, con tres (3) escuelas municipales experimentales.

En el Punto 4. del Informe de la Lic. CASANOVAS, se desprende que hubo dificultades en el desenvolvimiento vinculado a las cuestiones administrativas y el modo de comunicación de las escuelas con las áreas del Ministerio de Educación, a pesar de contar con un proyecto pedagógico aprobado en el mismo momento de su arribo en 1993. Tales roces fueron motivados ya sea, porque el ingreso a la docencia en el ámbito de las escuelas no se realiza por acto público y los maestros no se inscriben en el listado de Junta de Clasificación y Disciplina para obtener un cargo, sino que son seleccionados a partir de las aptitudes del aspirante con el aval de la Asamblea Docente de la Escuela. O bien, porque en la declaración jurada de la jornada laboral, los horarios no coinciden con la real cantidad de horas de trabajo, dado que se trabaja el equivalente a la “jornada extendida” del ámbito ministerial. Igualmente, otro motivo, es la no emisión de Boletines de Calificaciones de alumnos, ni la confección de Cuadernos de Actuación Docente.

Estas diferencias, de acuerdo a la opinión de la autora, advierten que se trata de un *proyecto pedagógico diferente* por ello, para poder llevar adelante esta modalidad, se tienen que establecer normativas explícitas que convaliden esta manera de educar.¹²⁹

5.4. Cierre de la trama: conclusiones:

I. Efectos no deseados del federalismo en la educación:

Entre los factores que impidieron la cristalización del federalismo según las prescripciones que manda la Constitución Nacional en el art. 75° Inc. 19), se mencionan las distintas etapas de la descentralización de la educación en nuestro país que culmina en los años 90, sumadas a la coparticipación nacional a las provincias y su asimetría, se interpretan;

“...El federalismo suma una capa de complejidad al proceso de toma de decisiones políticas que afecta a la educación, dada la multiplicación de escenarios de gobierno y la conformación de una doble soberanía, compartida y difusa, entre la Nación y las provincias.

Para el enfoque del derecho a la educación, el federalismo argentino agrega un problema clave: la fragmentación del sistema educativo, dividido en 24 jurisdicciones con condiciones sociales, políticas y económicas muy diferentes y desiguales. Muchas de las decisiones orgánicas necesarias para cumplir con los distintos derechos educativos se ven derivadas en disputas irresueltas entre el poder político nacional y provincial”¹³⁰

En este sentido, el modelo unitizante, de centralización del poder, se encuentra vinculado al régimen tributario de coparticipación federal de impuestos.

... “Definiciones como quién recauda qué impuestos y de qué forma, quién y cómo utiliza esos recursos y de qué manera se distribuyen entre los distintos niveles de gobierno, son ejemplos centrales de las políticas fiscales. Su capacidad de condicionar el derecho a la educación es también muy alta e indirecta ya que, por ejemplo, afecta las condiciones de igualdad o desigualdad de los recursos que tienen los Estados provinciales.”¹³¹

A partir de este análisis, se concluye que el sistema educativo ha sido pensado en función de un proyecto que garantiza la igualdad, gratuidad y equidad para todos, objetivo que no fue logrado.

... “La organización federal de nuestro país determina que los recursos de cada gobierno provincial no dependen únicamente de los impuestos locales, sino que existen otras fuentes de financiamiento. La más importante de ellas es la Coparticipación Federal, un sistema por el cual el gobierno nacional, a cargo de la recaudación de más del 80% de los ingresos impositivos del Estado argentino, distribuye los recursos entre las provincias.

Si bien uno de los propósitos de la coparticipación es equilibrar las desigualdades regionales, los fondos actualmente se distribuyen en razón de pactos políticos históricos antes que según criterios objetivos y equitativos”.

¹²⁹ Cf. Marina, CASANOVAS, Informe “Sobre el Trabajo Docente en las Escuelas Experimentales de Tierra del Fuego”, Abril/2008.

¹³⁰ Axel RIVAS, “El desafío ...”, p.134.

¹³¹ Idem, p. 142.

... “En definitiva, la coparticipación es uno de los grandes determinantes estructurales de las desigualdades educativas entre las provincias. La Constitución de 1994 estableció que debía definirse una nueva Ley de Coparticipación que desde entonces nunca fue tratada.”¹³²

El federalismo de la educación no se identificó con la descentralización del poder, la idea de la federalización de la educación, tiene que ser analizada desde los resultados, los cuales dependen del contexto histórico en el que se desarrollaron los acontecimientos y no en las intenciones de los poderes públicos.

II. Nuevo paradigma del derecho a la educación.

En la actualidad, la educación es reconocida por el derecho constitucional como un derecho social, con la inclusión a partir de 1994 de los Tratados Internacionales en la Constitución Nacional, las Constituciones provinciales y las leyes de educación. Asimismo, es unánime la doctrina de la Corte Suprema, cuando sostiene que las cláusulas que se dirigen a la prosperidad de la Nación atribuyen al Estado la instrumentación del bienestar general (Ver GELLI, Cap. I, Ap. 1.3.).

En este sentido, y en coincidencia con el camino de construcción de un cambio de paradigma, en el derecho nacional se cristalizó el derecho a la educación como un derecho humano, y parte de los derechos sociales, estableciendo el rol del Estado en las políticas de promoción de la igualdad para la inclusión, el reconocimiento y la integración en todos los niveles y modalidades, con asignación de recursos para garantizar tales objetivos. (Ver art. 80 de la Ley 26.206).

En concordancia con lo expuesto, la Ley de Educación 1018 reconoce la misma naturaleza al conocimiento y la educación como derechos humanos fundamentales, constituyendo derechos sociales y culturales, comprometiéndose el Estado provincial a diseñar y desarrollar políticas de promoción de la igualdad educativa, destinadas a modificar situaciones de desigualdad, exclusión y estigmatización. (arts. 3; 4 y 129).

III. Aportes

Fundamentalmente del trabajo de la Lic. Marina CASANOVAS ¹³³ se concluye que la experiencia pedagógica innovadora perduró en el tiempo, por varias características, a saber: a) crecimiento en la demanda; b) la receptividad positiva de la propuesta; c) los resultados de la Evaluación de Calidad Educativa; d) el aval de normas específicas; y por último, y e) Informe citado del CIPPEC, fue el elemento externo que convalidó tales circunstancias.

¹³² Idem, p. 147.

¹³³ Cf. CASANOVAS, “Fundamentos teóricos, prácticos y legales...”, p. 1/8.

Entre los elementos necesarios para sostener la propuesta innovativa se encuentra: a) grupo de maestros comprometidos y creativos que enriquecieron su propuesta a la realidad de sus alumnos; b) la demanda de los padres al Estado municipal la implementación de una propuesta pedagógica distinta; c) la articulación entre los docentes de mayor experiencia con los funcionarios del Ministerio de Educación y por último; d) el contexto político favorable para la apertura de las escuelas.

Las escuelitas se erigen como un ejemplo del principio constitucional de “igualdad real de oportunidades”, ya que los alumnos no sólo acceden a una educación pública, gratuita y de calidad en los todos los niveles: inicial, primario, secundario y en el nivel terciario, con la incorporación de la Carrera de Magisterio en el año 2017, sino que ha quedado demostrado que este modelo se replica de la mano de los propios egresados, constituyendo un verdadero remedio contra la desigualdad dentro del sistema educativo (Ver GROSMAN, Cap. III. Ap. 3.2.2.).

Bibliografía:

ABALOS, María Gabriela, "El poder constituyente provincial en el federalismo argentino. Principales notas en el derecho público provincial vigente." *Rivista di Diritto Publico italiano, comunitario e comparato*, 2007.

ABALOS, María Gabriela, "Avances de la autonomía municipal en treinta años de democracia", *Revista de Derecho Constitucional* N° 3, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador, 21 de Noviembre de 2013, IJ-LXIX-879.

ABRAMOVICH Víctor y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 3° ed., Trotta, Madrid, 2014.

BAZAN, Víctor, "El federalismo Argentino: Situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas", *Estudios Constitucionales*, N° 1 (2013).

BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996.

CARRANZA, Gonzalo G., "Las obligaciones constitucionales y la nueva cláusula del progreso en la Argentina. Aportes en relación con el sistema educativo", *Revista 31-C, La Ley*, Buenos Aires, 2016. <http://www.AR/DOC/604/2016>.

CASANOVAS, Marina, Informe: "Sobre el Trabajo Docente en las Escuelas Experimentales de Tierra del Fuego", Abril/2008.

CASANOVAS, Marina, Informe: "Fundamentos teóricos, prácticos y legales de la solicitud de la inclusión de la Modalidad en Innovaciones Educativas en la futura Ley Provincial de Educación de Tierra del Fuego", 2009.

COMADIRA, Julio Rodolfo, Héctor Jorge ESCOLA, Julio Pablo COMADIRA, *Curso de Derecho Administrativo*, 1ª Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

FRIAS, Pedro, "Federalismo como Sistema"; Antonio María HERNANDEZ, Guillermo E. BARRERA BUTELER, *Derecho Público Provincial*, 2a ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

GARGARELLA, *El Derecho a la Igualdad*, 2ª ed.- Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

GELLI, María Angelica, "Constitución de la Nación Argentina - Comentada y Concordada", La Ley, Buenos Aires, 2008.

GROSMAN, Lucas Sebastián, "La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina", Coord. Marcelo ALEGRE y Roberto GARGARELLA, *El Derecho a la Igualdad*, 2ª ed.- Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

HERNANDEZ, Antonio, Guillermo E. BARRERA BUTELER, *Derecho Público Provincial*, 2a ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

LEVI, Lucio, *Diccionario de Política*, "Anotaciones del Federalismo", Siglo XXI, México, 1998.

LÓPEZ BOFILL Héctor, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Num 98, Octubre-Diciembre 1997.

LLINÁS Paola y RIVAS Axel, “Las Escuelas Experimentales de Tierra del Fuego: sentidos y condiciones de una propuesta educativa alternativa”, CIPPEC, 2003.

MARANIELLO, Patricio A., “Igualdad en la Educación” , Coord. María del Carmen GARCIA, Patricio A. MARIANELLO, Daniel Alberto SABSAY, *Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2002.

MORENO BAYARDO, María Guadalupe, “Investigación e innovación educativa”, La Tarea N°7, 1995. Revista de Educación y Cultura de la Sección 47 del SNTE. Recuperado 5 de noviembre de 2013, a partir de <http://www.latarea.com.mx/articu7/bayardo7.htm>

ORNELAS, Carlos, “Las bases del federalismo y la descentralización en educación”; Revista de Investigación Educativa, 3 (1) (2003), en <http://redie.uabc.mx/vol5no1/contenido-ornelas.ht>.

RODRIGO, Lucrecia, “La descentralización educativa en los años 90”, Universidad Complutense de Madrid, Revista Complutense de Educación, Vol. 17 Núm. 1 (2006)- ISSN 1130-2496.

SANCHEZ, Alberto M. “Federalismo y Educación” , RAP 396, XXXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO.

SAFORCADA, Fernanda, Alejandro, VASSILIADES. “Las leyes de educación en los comienzos del siglo XXI: del neoliberalismo al postconsenso de Washington en América del Sur” ; Educação & Sociedade revista@cedes.unicamp.br Centro de Estudos Educação e Sociedade Brasil, ISSN: 0101-7330.

