

Panel: Los tribunales de justicia como actores estratégicos del sistema político

Ponencia: La posición de los tribunales de Justicia frente a los reclamos de igualdad en materia educativa

Liliana Ronconi*

1.- Introducción.

La educación es un derecho humano fundamental, imprescindible e inalienable de la persona para el ejercicio de todos los demás derechos puesto que tiene por objeto brindar aquellas herramientas necesarias para desarrollar y fortalecer la formación integral de las personas así como promover la capacidad de cada uno de definir su proyecto de vida.

Éste derecho se encuentra consagrado en la Constitución Nacional (en adelante, CN) así como en diversos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que gozan en Argentina de jerarquía constitucional. Además, se encuentra reconocido normativamente por diversas leyes nacionales y normas del ámbito local. Sin embargo, y pese a este amplio reconocimiento del derecho a la educación, existen personas o grupos que debieran tener acceso a este derecho y no lo tienen, o si lo tienen no disfrutan del derecho en condiciones de igualdad. Todo esto por diversas causas.

En este sentido, presente trabajo tiene como propósito abordar diferentes sentencias judiciales provenientes de distintas jurisdicciones locales relativas al derecho a la educación a fin de realizar un análisis crítico del concepto de igualdad aplicado por los tribunales para la resolución de estos casos. Así, intentaremos establecer cuál es el modelo dominante de igualdad que aplican los tribunales de justicia para paliar (o no) los problemas de desigualdad educativa y de esta manera, mostrar el rol que puede jugar el Poder Judicial en el desarrollo e implementación de políticas públicas. El trabajo se organiza, entonces de la siguiente manera: en primer lugar haremos una breve reseña sobre las distintas concepciones de la igualdad. Luego realizaremos un el análisis de jurisprudencia de las diversas jurisdicciones locales, aplicando las herramientas teóricas previamente desarrolladas. Por último, realizaremos algunas conclusiones sobre el rol que ha ocupado el Poder Judicial a la hora de dar respuestas a los problemas de igualdad en materia educativa.

2.- Las diversas interpretaciones del Derecho a la Igualdad

* Abogada y Profesora en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, UBA. Becaria de Doctorado de la Universidad de Buenos Aires. Auxiliar Docente de Derecho Constitucional, UBA. Investigadora adscripta al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. lmronconi@gmail.com

El derecho a la igualdad no ha sido interpretado históricamente de la misma manera. Es posible identificar cierta ampliación en la interpretación originaria de este derecho producto de los cambios ocurridos en las concepciones político-filosóficas en torno al Estado, la sociedad y el individuo. Identificamos aquí, en forma muy breve,¹ distintas formas de “entender” el derecho a la igualdad: (a) como igualdad de trato ante la ley, que a su vez subdividimos en (a.1.) igualdad formal o interpretación estrecha y (a.2.) igualdad como no discriminación arbitraria, (b) la igualdad como no sometimiento,

a) Igualdad de trato ante la ley

a.1) Igualdad *formal* o interpretación *estrecha*

Esta es la versión más limitada del principio de igualdad ya que consiste en la noción de igualdad ante la ley. Esta concepción afirma que todos los que pertenecen a una misma categoría, establecida por el legislador, sean tratados de la misma forma. No nos dice nada sobre la legitimidad de esa categorización, ni sobre *cómo* deben ser tratados *qué* individuos *con qué* propiedades.² De ella deriva la interpretación –restringida– que surge del artículo 16 de la Constitución Nacional cuando afirma que “todos sus habitantes son iguales ante la ley”, lo que se corresponde con el modelo del Estado liberal que comprende que la neutralidad del Estado y la no intervención pública frente a los particulares es un valor en sí mismo.

a.2.) La igualdad como *no discriminación arbitraria* o principio *jurídico material*

El segundo estándar que debe ser tomado en cuenta para perfeccionar el principio de “igualdad de trato en las mismas circunstancias” es que esas “circunstancias” deben ser “razonables”, como lo serían, por ejemplo, aquellas que guarden una relación de “funcionalidad” o “instrumentalidad” entre el fin buscado por la norma y el criterio elegido para el trato diferente. De esta manera podríamos entender que no se viola el mandato de igualdad si: *a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes se los trata de igual forma*. Esto es lo que se ha dado a llamar en doctrina “igualdad jurídico material” o “principio de no discriminación”.

Esta visión de la igualdad, a diferencia de la formal o estricta, que tiene como objetivo evitar una aplicación “incorrecta” de la ley, lucha contra los prejuicios y la discriminación de las personas basada en criterios ajenos a los estrictamente funcionales, como pueden ser aquellos identificados como “categorías sospechosas”.³ Sin embargo, no da cuenta de las desigualdades fácticas que hacen de la idea de igualdad como no discriminación un concepto vacío e injusto. Por eso, es necesario ampliar la mirada, preguntarnos por la situación de hecho en la que se encuentran ciertos grupos.

¹ Para mayor amplitud v. Ronconi, Liliana/Vita Leticia “El principio de igualdad en la enseñanza del Derecho Constitucional”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 10, número 19, 2012.

² Alexy, Robert *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 2005, 351.

³ Sobre categorías sospechosas ver Gullco, Hernán “El uso de las Categorías Sospechosas en el derecho argentino” y Saba, Roberto “(Des) Igualdad Estructural” en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (comps.), *El Derecho a la igualdad*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.

Esto nos lleva al siguiente punto.

b) La igualdad “fáctica”: *igualdad como no sometimiento*

Esta visión de la igualdad parte de considerar la situación fáctica de quien es víctima de la desigualdad, pero no únicamente la desigualdad proveniente de una “situación de hecho” sino aquella que es consecuencia de una situación de exclusión social o de “sometimiento”⁴ de estos grupos por otros que los han desplazado. Existen grupos afectados por una desigualdad estructural, material y simbólica, por ejemplo lo constituyen las mujeres, las personas pertenecientes a pueblos originarios, etc.

La igualdad como no dominación pone de manifiesto que de la situación de dominación estructural no se puede salir en forma individual, sino que se requieren *medidas de acción positiva reparatoras o transformadoras* para lograr igualdad real de condiciones para el ejercicio de los derechos. No alcanza con cuestionar determinada norma u acto para lograr la igualdad, sino que en ciertos casos es necesario ir más allá y adoptar medidas que permitan avanzar en la erradicación de las situaciones de discriminación que padecen los grupos subordinados. Esto quiere decir que implementan tratos diferentes entre las personas sobre la base de criterios que, normalmente, consideraríamos irrazonables pero que se encuentran autorizados constitucionalmente porque persiguen el efecto de dismantelar una situación de exclusión y segregación que se contradice con una idea de igualdad como no sometimiento.⁵ Estas acciones pueden ser redistributivas o de reconocimiento.⁶

3.- Análisis jurisprudencial

En este punto realizaremos un análisis de las sentencias de los tribunales de diversas jurisdicciones locales en relación al derecho que tienen las personas de recibir educación en condiciones de igualdad tanto en el acceso como en el goce del derecho.⁷ Para un mejor análisis dividiremos los fallos conforme se trabaje en ellos distintos supuestos de discriminación: por género, por condición socio-económica, por discapacidad y por la creencia religiosa.

⁴ Saba, Roberto, op. Cit.

⁵ Saba, Roberto, op. Cit.

⁶ Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Morata, 2006. Ver también Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta : Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

⁷ Nos enfocaremos en este trabajo en analizar el derecho a la educación en lo que respecta a su aspecto de “recibir educación”, sin olvidarnos que el derecho a la igualdad debe aplicarse en los otros aspectos del derecho a la educación (derecho a enseñar, a elegir la educación de los hijos, etc.). Sin embargo este análisis excede el límite de este trabajo. Al respecto ver Ronconi L. “El principio de igualdad educativa en la jurisprudencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Abril 2013, ISSN 1852-2971, con referato. Disponible en http://revista.dcs.jursoc.unlp.edu.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=164&Itemid=204

3. A. Discriminación por género

En el caso “**Fundación Mujeres en Igualdad c. GCBA**”⁸, se promovió una acción de amparo para que se ordene al Instituto de Educación Física N° 1 Doctor Romero Brest, dependiente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires el cese de la práctica manifiestamente discriminatoria contra las mujeres por la que se asignaba un mayor número de vacantes en el turno vespertino a los hombres que a las mujeres. El tribunal resuelve que el GCBA debe garantizar el pleno respeto de la igualdad ante la ley. En este sentido, los jueces Conde y Casás señalan que “la razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad. El legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los sujetos, a condición de que el criterio empleado para la diferenciación sea razonable; las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias, las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias y hostiles”. Aquí podemos notar como se utiliza como criterio para determinar la procedencia o no de un trato diferente a la razonabilidad de la distinción (igualdad como no discriminación). Toda vez que lo que se requiere es que se justifique de un modo razonable la distinción efectuada y ninguno de los argumentos esgrimidos por la demandada resultaron convincentes y razonables o atendibles para justificar el trato diferencial entre hombres y mujeres, consideran que esa distinción no es razonable.

Sin embargo agrega el tribunal que no sólo absteniéndose de realizar discriminaciones injustificadas entre los habitantes de la ciudad, sino también a través de políticas activas tendientes a garantizar una efectiva igualdad de oportunidades. Es decir, que reconoce la necesidad de que el Estado promueva acciones positivas a los fines de garantizar la igualdad real de oportunidades, de las mujeres en este caso. Así se reconoce que *existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico*, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma. Con esto, lo que se quiere decir es que si en la realidad se observan desigualdades, esto habilitaría al Estado a tratar de un modo distinto a quienes se encuentren en desiguales condiciones a los fines de garantizar los derechos, es decir, que hay que tener en cuenta las circunstancias especiales de cada grupo a los fines de garantizar la igualdad real de oportunidades. No basta entonces con aplicar la norma en manera uniforme para todos, ya que existen de hecho situaciones diversas y el Estado está obligado a atenderlas. Así, se considera a la igualdad como no sometimiento, ello por cuanto el tribunal deja en claro la necesidad de remover los obstáculos de cualquier orden que afecten el real acceso de las mujeres al turno vespertino.

De esta manera, tenemos que si bien este caso se hubiera podido resolver directamente invocando la igualdad como no discriminación toda vez que se formulaban distinciones a partir del

⁸ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sala I, “Fundación Mujeres en Igualdad c. GCBA”, sentencia del 12/12/2000.

sexo pero sin razonabilidad alguna, al referirse el Tribunal a que *de hecho* existen diferencias entre las personas lo que permitirían un trato desigual, supone la existencia de un grupo que resulta vulnerado y, por tanto, se impone la realización de acciones positivas para el cese de esta desigualdad de trato, de manera tal que implica un reconocimiento de la igualdad como no sometimiento, es decir que se avanzó en la fundamentación respecto a la igualdad.

No obstante este avance, la crítica que podría hacerse a esta resolución es que no se cuenta con una solución concreta es decir, que resuelve que el GCBA debe abstenerse de incurrir en prácticas discriminatorias y debe desarrollar políticas activas para garantizar la igualdad pero no establece, concretamente, cuáles habrán de ser esas políticas activas, es decir que, no se resuelve, en los hechos, el problema del acceso por parte de las mujeres en el turno vespertino. En este punto podría haber establecido un cupo para mujeres para garantizar el acceso toda vez que al ser un grupo que, sistemáticamente, se ve excluido de ese tipo de actividades, probablemente, se autoexcluyan con lo cual, el tener el acceso disponible no significa que se presenten e inscriban. Por ello, creemos que una mejor solución al caso concreto hubiera sido disponer una medida específica a los fines de colocar las condiciones necesarias para que las mujeres se inscriban en el turno cuestionado.

3. B. Discriminación por condiciones socioeconómicas

3.B.1) El siguiente caso reviste singular importancia toda vez que es la primera sentencia en contra de la discriminación por condición socioeconómica en la esfera educativa, ello por cuanto ciertas medidas afectan en mayor proporción a los barrios más pobres de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, esto es, los ubicados en la zona sur generando un acceso desigual a la educación de calidad. El caso es conocido como el de las “aulas container”⁹ donde se pidió que se declare ilegal y arbitraria la práctica que venía realizando el GCBA consistente en utilizar contenedores metálicos como aulas en las escuelas públicas ubicadas en zonas cercanas a las villas de emergencia y cuya población pertenecía, primordialmente, a habitantes de dichas villas. El tribunal resuelve que la práctica que venía desarrollando el GCBA viola el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la educación de los afectados. Los argumentos utilizados para concluir de esa forma se fundaron, básicamente, en que existe una situación de discriminación ya que se dictan clases en aulas modulares en determinadas zonas aledañas a las villas de emergencia y destinadas a esa población tratando así de un modo desigual a sus habitantes. Es decir, que se refiere a la igualdad como no discriminación arbitraria.

Además, se reconoce la necesidad de que el GCBA promueva medidas de acción positiva, dejando en claro que el Poder Judicial no puede disponerlas ya que corresponde a la Administración

establecerlas y con ello vuelve a dejarnos sin solución concreta al caso, limitándose, simplemente, a ordenar que el GCBA cese en ese comportamiento discriminatorio. En esta situación, puede verse que no se garantiza la igualdad real de oportunidades prevista tanto la CN como en la local a este grupo desaventajado respecto del cual el Estado debería tener mayor presencia. Si bien el Juez no se refiere a la idea de grupo desaventajado y, por ende, a la idea de igualdad como no sometimiento, sostiene la necesidad de promover acciones positivas en cabeza del Estado lo que demuestra un avance en cuanto al modelo de igualdad.

En este caso, el Juez podría haber fundamentado su resolución con el concepto de igualdad como no sometimiento al reconocer la existencia de grupo desaventajado en las personas que habitan en las villas de emergencia que deben asistir a clases en aulas modulares y resolver con alguna solución concreta y no simplemente ordenando al cese de la conducta por parte del Estado ya que esto deja en manos de la Administración la solución al problema planteado.

3.B.2) En el ámbito de la CABA se dictó el fallo “**Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)**”¹⁰, a raíz de que la ACIJ interpusiera una acción de amparo a fin de que se ordene al GCBA a cumplir con su obligación constitucional indelegable de asegurar y financiar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas de la Ciudad, el cual se ve afectado por la falta de vacantes en los jardines de infantes. Esto viola el derecho a la igualdad de los niños que no logran acceder a ese nivel educativo,¹¹ más aún cuando este grupo no está conformado por todos los niños de determinada franja etaria sino solo por aquellos que habitan en los barrios más pobres de las ciudad. En este caso se reclama por la ausencia de políticas que permitan hacer efectivo el derecho al acceso a la educación en un establecimiento de nivel inicial. El tribunal sostuvo que existen casos en donde por las condiciones del contexto social en el que viven los niños, que se encuentra signado por la desigualdad, es necesario que el Estado prevenga las desigualdades de origen social y defina políticas orientadas a una efectiva universalización de la educación inicial para que esté disponible para todos los niños, por medio de alternativas que se ajusten a cada zona, localidad y comunidad, contemplando las realidades urbanas y rurales. Con esto quiere decir que es necesario tener en consideración las diferencias que *de hecho* existen a los fines de poner en práctica una política educativa determinada puesto que deben considerarse las necesidades diferenciales relevantes omitiendo el trato igualitario en virtud de un criterio de igualdad real de oportunidades y no se podría proceder de igual modo en todas las zonas.¹²

10 Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo”, sentencia del 19 de marzo de 2008.

11 Se ha dicho que la educación es la base del desarrollo personal del ser humano, y por ello el Estado debe garantizar y estructurar un sistema educativo permanente. Además, la educación inicial constituye una etapa crucial e irreplicable en la historia personal, donde se estructuran las bases fundamentales del desarrollo cognitivo, emocional y ético de cada ser humano. Aquí se definen las condiciones con las cuales un niño ingresa a su tránsito escolar y su incidencia con respecto al logro de futuros aprendizajes.

12 Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, “La discriminación educativa en la Ciudad de Buenos Aires”, de

Sin embargo, la sentencia no estableció de modo concreto qué es lo que debe hacer la Administración toda vez que no se impuso específicamente ninguna medida, sino que se limitó a exigir la presentación de informes donde la demandada dé cuenta de las obras de infraestructura que se encuentra realizando o que realizará dejando librado a la Administración el modo en que asegurará las vacantes para el ciclo lectivo siguiente. Si bien es cierto que el juez pudo haber resuelto de un modo mucho más concreto a los fines de reconocer la vulnerabilidad de este grupo, disponiendo las acciones positivas pertinentes, esto es: creación de nuevos establecimientos, adaptación de otros ya existentes, posibilidad de acuerdos con empleadores privados a fin de que se instalen este tipo de establecimientos, entre otras, lo cierto es que no lo hizo.

Vemos como en estos dos casos se vulnera la igualdad real de oportunidades en el acceso al derecho a la educación pues la acción u omisión produce una exclusión por causas socioeconómicas. Lo destacable en estos casos es que esta carencia afecta en forma principal a los niños que pertenecen a grupos familiares en situación de pobreza, cuyos padres carecen de recursos para procurarles otras alternativas de escolarización ya que no poseen otros medios para enviar a sus niños a otros tipos de establecimientos pagos. El Estado viola el derecho a la educación y a la autonomía personal de todos los niños que no consiguen vacantes o que deben asistir a clase en las llamadas “aulas containers” y, especialmente, el principio de igualdad de trato y no discriminación en el acceso a las instituciones.

3.B.3) Otro caso que resulta paradigmático para analizar es el fallo sobre la gratuidad en las escuelas públicas de Tucumán.¹³ En este caso un grupo de madres y padres presentaron una demanda conjuntamente con la ADC¹⁴ para que se garantice la gratuidad educativa y, en consecuencia, se ordene al Estado Provincial finalizar con la práctica que obliga, a las madres y padres o responsables de los alumnos y alumnas de establecimientos educativos públicos, al pago anual del seguro escolar, que vulnera el derecho a la gratuidad de la educación de todos los niños y niñas. La acción busca también que se declare la inconstitucionalidad de la norma que instituye el Seguro Escolar que impone a los padres y madres de los alumnos y alumnas a pagar las primas de los seguros. Los demandantes sostuvieron que el Estado argentino garantiza los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal (art. 75 inciso 19 de la CN), sin embargo la obligación impuesta a los padres o responsables de los alumnos de las escuelas públicas de la Provincia de Tucumán de afrontar el pago del seguro, es claramente una medida contraria a estos principios. Además, la medida adoptada por el Gobierno de la Provincia de Tucumán afecta gravemente el principio de igualdad, ya que coloca en una situación de clara desventaja a quienes se

abril de 2009.

¹³ Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala 1º Sentencia del 25 de noviembre del 2011. La actora presentó un recurso de casación que se denegó por extemporáneo.

¹⁴ Sin embargo, la Cámara no hace lugar a la presentación de la ADC y le niega legitimación ya que considera que el expediente no ha tramitado como un amparo colectivo sino como un amparo general. Considerando III, in fine.

encuentran en una posición económica desfavorable limitando el acceso o permanencia de ciertos estudiantes en el sistema educativo. Por su parte, la provincia demandada argumenta que el 30/05/1963 la Provincia dictó el Decreto- Ley N° 16/1 por el cual instituyó el seguro escolar contra accidentes para todos los alumnos que concurran a las escuelas dependientes, directa o indirectamente, del Ministerio de Educación de la Provincia y por Resolución N° 6.662 del 03/12/2009, el IPSST ha establecido el valor de la prima en \$15 (pesos quince) por alumno, y el plazo máximo estipulado para su pago por parte de los padres o representantes del niño es el 31/07/2010. Sin embargo, y a fin de permitir que todos los alumnos puedan asistir a clase el artículo 19 del referido decreto, establece la eximición de pago para los casos de alumnos que no puedan afrontar el pago del seguro escolar, mediante la acreditación de carta de pobreza.

La Cámara resuelve la cuestión en estos términos ¿es violatorio del principio de gratuidad de la enseñanza el Decreto que establece el pago del seguro escolar? De esta manera, rechaza el pedido de los padres pues considera que la medida cuestionada no es contraria al principio de gratuidad.

Los argumentos giran en torno a:

-al principio de solidaridad, base de la seguridad social (art. 14 bis CN): se toma al seguro escolar no como una tarifa para recibir cierto bien sino como un seguro social para hacer frente a las contingencias que puedan pasar

-no se viola el acceso a la educación ya que se prevee el no pago en caso de impedimentos económicos (mediante la acreditación de dicha situación mediante una “carta de pobreza”¹⁵)

-al principio de insignificancia del monto anual que representa el seguro mencionado (15 pesos por año escolar, 1,25 mensual).

De esta manera, concluye que “el Estado ha implementado un mecanismo basado en pautas que lucen razonables a los fines de asegurar el alcance del mencionado beneficio social a toda la comunidad de personas que transita por el sistema educativo de gestión pública, teniendo en cuenta las posibles situaciones de necesidad a los fines de garantizar el acceso igualitario de todos los ciudadanos al sistema”.

Sin embargo, en el caso, el Tribunal no hace mención alguna al principio de igualdad como herramienta que permitiría dar otra respuesta a la situación planteada. Claramente existe violación del derecho a la igualdad cuando son los padres quienes tienen que acreditar la situación de pobreza y más aún cuando se mide la insignificancia desde la posición de aquel que cuenta con los 15 pesos anuales para el pago del seguro y no desde la medida de aquel a quién no le alcanza lo que gana para comer todos los días.

¹⁵ Deberíamos preguntarnos qué condiciones se requieren para lograr la “carta de pobreza” y el grado de estigmatización que la misma implica.

3. C. Discriminación por discapacidad

El siguiente caso es “**A., K. E. y otros c/ GCBA y otros procesos incidentales**”¹⁶ se inicia la presente acción a fin de que el GCBA arbitre los medios necesarios para posibilitar la concurrencia de un menor discapacitado a la Escuela N° 8 del Distrito Escolar n° 8, en el turno tarde, con la asistencia permanente del personal de apoyo especializado que cumpla con los requisitos que requiera el menor. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción interpuesta teniendo en cuenta que el niño pertenecía a un grupo socialmente más vulnerable que requería mayor protección por parte del Estado para así garantizarle la igualdad real de oportunidades y el acceso al establecimiento educativo respectivo. En la Cámara se resuelve conforme lo dispuesto por el juez de grado entendiendo que es necesario garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato sin discriminación alguna sobre todo cuando se trata de niños y mujeres, ello toda vez que forman un grupo desaventajado que es necesario que sea reconocida su existencia para actuar en consecuencia. A su vez, entiende que a partir de lo dispuesto por el art. 75 inc. 23 debe el Estado promover medidas de acción positiva tendientes a conectar la igualdad consagrada jurídicamente con la igualdad real y, por lo tanto, considera que “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma. En casos como el presente, la mayor discriminación estaría dada en tratar situaciones que son diferentes como si fueran idénticas”. Es decir, que se reconoce que existe un grupo vulnerable que necesita mayor protección y por ende, la necesidad de promover medidas de acción positiva para garantizar la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación. Toma la igualdad como no sometimiento al entender que el niño pertenece a un grupo de personas que se halla en una situación fáctica de desigualdad y dado que se refiere a una persona con discapacidad, esta diferencia es ineludible debiendo legislar medidas de discriminación inversa cuando la integración lo requiera.

Si bien la medida parece ser adecuada (y no dejamos de celebrarla), cuando consideramos que la situación afecta a un grupo de personas vemos como la misma se torna insuficiente. Sabemos que las escuelas no están preparadas para recibir a personas discapacitadas tanto en el acceso como en el personal (por ejemplo, no hay maestras especializadas que puedan colaborar para asistir a las personas pertenecientes a estos grupos). Así vemos que la erradicación del problema va más allá del caso puntual e implica tomar en consideración la situación de todo el grupo y disponer soluciones estructurales en este sentido y no que solo se refieran al caso particular.

¹⁶ “A., K. E. y otros c/GCBA y otros procesos incidentales”, sentencia del 20 de abril de 2005.

3. D. Discriminación por motivo de las creencias religiosas

Tomamos para trabajar en este punto el caso **sobre la educación religiosa en las escuelas públicas de la Provincia de Salta**¹⁷. Fue iniciado por algunos padres/madres de alumnos/as de distintas escuelas públicas de la provincia y por una ONG (la Asociación por los Derechos Civiles, en adelante, ADC) mediante un amparo colectivo, por el cual se solicita, que se declare la inconstitucionalidad del art. 28 inc. ñ de la Ley Provincial de Educación N° 7546 así como la inconstitucionalidad e ilegalidad de las actividades de los funcionarios escolares de la Provincia que imponen la enseñanza obligatoria de la religión católica en las escuelas públicas provinciales¹⁸, vulnerando los derechos constitucionales de libertad de culto, religión y creencias, derecho a la igualdad, a la educación libre de discriminación, a la intimidad y principio de reserva, libertad de conciencia y respeto a las minorías étnicas y religiosas. La Cámara hace lugar parcialmente al reclamo solicitado, resolviendo que “la demandada (Est. Provincial) debe de inmediato adoptar las medidas necesarias para que cesen las conductas que se desarrollan en las instituciones públicas de educación primaria que imponen prácticas de la religión católica, y también que se establezcan las medidas necesarias para adecuar el dictado de la materia Educación Religiosa a los parámetros consignados en el considerando VI, en particular la Observación General n° 22 del Comité de Derechos Humanos y la Observación General n° 13 num. 28 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales referidos al dictado imparcial, objetivo y respetuoso de la libertad de conciencia y de expresión, y que no obligue a revelar las creencias religiosas de los alumnos y sus familias”. La Cámara para así resolver toma en cuenta el concepto de “categorías sospechosas”, indicando que en el caso el Estado no pudo dar razones de peso a fin de mantener las prácticas que imponen la religión católica en las escuelas públicas. Sostuvo que “en el caso se ha probado la producción de conductas en los colegios públicos (...) como también la omisión estatal de atender los casos de alumnos no católicos o no creyentes asignándoles actividades curriculares en los momentos en que se dictan clases de religión, resultan todas ellas actos contrarios al derecho a la igualdad que asiste a los niños fundados en motivos que impiden justificar la diferencia, tal como es la religión que profesan o la íntima decisión de no sostener ningún culto”

Sin embargo, a poco andar, notamos que de esta manera, la resolución adoptada mantiene la vigencia de la normativa cuestionada, por la cual se establece la posibilidad de enseñar religión en

¹⁷ Sentencia dictada el 23 de febrero de 2012 por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta

¹⁸ Las mismas consisten en la obligación de rezar una oración diaria o que los niños ante el dictado de la clase de religión, manifestando expresamente que no quieren permanecer en esa clase, deban salir de clase y retirarse a la biblioteca donde no se le da ningún tipo de actividad curricular correspondiente al plan de estudio o, en el peor de los casos y sobre todo cuando se trata de alumnos pequeños, permanecer en el aula y participar de la clase. De esta manera, la sola obligación de “informar” cuál es la religión que se profesa se torna discriminatoria cuando se trata de establecimientos públicos. Distinto sería el caso de aquellos establecimientos que tienen entre sus objetivos la promoción de una determinada creencia (establecimientos privados que están permitidos por el art. 14 de la CN).

las escuelas públicas.

A primera vista pareciera que la medida adoptada por la Cámara implicaría un avance (un paso) en el reconocimiento de la igualdad, ya que parecería que erradicando la práctica que impuso la religión católica en las escuelas públicas el problema quedaría zanjado. Es necesario tener en cuenta que “la cultura escolar, los conocimientos y las competencias transmitidas no son sólo los soportes de la selección. Tienen un valor “en sí”. Son un bien fundamental”.¹⁹ Por lo tanto, un paso importante era sin duda la eliminación de las prácticas que imponían a los alumnos, o bien, realizar actividades vinculadas con la religión católica o no recibir educación alguna al momento en que otros alumnos estaban en su clase de religión.²⁰

Sin embargo, vista con más detalle, esta medida resulta insuficiente o peor aun implica aceptar que en las escuelas públicas de la Provincia de Salta se siga enseñando a los alumnos en una determinada religión. Como veremos a continuación el mantenimiento de la Ley que permite (¿obliga?) la enseñanza de religión en las escuelas públicas implica necesariamente la enseñanza de cierto tipo de religión lo cual no se condice con una práctica igualitaria. En este sentido, “existen leyes que, aunque no señalen exclusivamente a algún sector de la sociedad (para privarlo de ciertas prerrogativas u otorgarle privilegios especiales), en la práctica sirvan para beneficiar o perjudicar arbitrariamente a algunos grupos”.²¹ En el caso que analizamos la legislación provincial vigente permite que existan grupos “oprimidos”. Por un lado, tenemos aquellos que no profesan religión alguna (ateos) y por otro aquellos que profesan una religión distinta a la religión católica. Veamos esto con más detalle.

La medida adoptada por la Cámara por la cual se ordena al Estado y a sus agentes erradicar las prácticas por las cuales se impone la religión católica en las escuelas públicas de la provincia pero sin declarar la inconstitucionalidad de la norma que sirve como fundamento a estas prácticas puede ser catalogada como una acción afirmativa, ya que tendería a buscar cambios en los resultados, esto es en lo que sucede dentro de las aulas de las escuelas públicas. Resulta claro como el mantenimiento de la norma que permite la enseñanza religiosa en las escuelas públicas es contrario a los derechos de aquellos grupos que no profesan religión alguna (ateos). Al permitirse que se enseñe religión, cualquiera sea ella, se les niega el derecho a los ateos a no recibir enseñanza sobre

¹⁹ Dubet Francois La escuela de las oportunidades ¿qué es una escuela justa? (trad. Polo M.) Editorial Gedisa, Barcelona, 2006, pp. 55/56.

²⁰ “Si el Estado en sus instituciones educativas imparte una determinada instrucción religiosa, vulnera el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a menos que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores” Góngora Mera, Manuel *El Derecho a la Educación. En la Constitución, la jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*, Defensoría Del Pueblo Bogotá, D. C., 2003, p. 249.

²¹ Gargarella Roberto (Comp.) *Derecho y grupos desaventajados*, Editorial Gedisa, Barcelona 1999, p. 17.

ninguna clase de religión. La norma implica la total invisibilización de este grupo,²² convirtiéndolo así en un grupo dominado simbólicamente por otros: los grupos religiosos.

Por otro lado, las religiones subordinadas²³ (en este caso, todas aquellas fuera de la religión católica) se encuentran en una situación similar. La norma que permite la religión en las escuelas públicas opera “como si”²⁴ se estuvieran reconociendo los mismos derechos a todos los grupos religiosos. Sin embargo, al otorgarse la posibilidad de que se enseñe religión en las escuelas públicas quien va a resultar privilegiada es la religión dominante. Quien ocupa ese lugar en nuestro país es la religión católica. De esta manera, en los hechos la desigualdad continúa ya que los grupos religiosos no católicos padecen una discriminación estructural que impide que su voz sea escuchada pese a que el derecho existe. La invisibilización de las otras religiones por años hace que estas no encuentren paridad en la participación, “incluso en ausencia de cualquier exclusión formal”.²⁵ La norma pareciera olvidar que la desigualdad entre las religiones existe y que la religión católica es la dominante y el resto las subordinadas,²⁶ permitiendo de este modo ventajas para ciertos grupos. De esta manera, aquellas religiones subordinadas nunca podrán ocupar el mismo espacio ya que los grupos simbólicamente dominados “carecen por lo general de un acceso igual a los medios materiales que permiten la igual participación”.²⁷ Vemos entonces como la medida adoptada deja intactas las estructuras que generan la desigualdad. Esta ley se convierte en el soporte de una cultura escolar que es necesario erradicar pues es discriminatoria.²⁸ Se trata, sin embargo, de una discriminación encubierta, ya que la ley aparece como neutral pero resulta implementada o administrada en modo que desfavorece a ciertos grupos y favorece a otros.²⁹ En este sentido, corresponde afirmar que siempre va a tener preponderancia la religión católica (por ser la religión dominante), por esto es necesario primero correrla de su lugar de dominación, dar entrada a otras religiones. De esta manera, la solución suficiente que debería haber adoptado la Cámara es la

²² En este sentido, Alegre sostiene que “Los ateos no deben temer hoy a la cárcel o la hoguera, sino actitudes arraigadas destinadas a silenciarlos o ridiculizarlos” (MS, 2012).

²³ “Minoritarias”, tomando en cuenta la clasificación que realiza la misma Cámara.

²⁴ Fraser Nancy, *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”* (trad. Holguín M.- Jaramillo I.), Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, Bogotá, 1997, p. 109.

²⁵ Fraser Nancy, *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”* (trad. Holguín M.- Jaramillo I.), Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, Bogotá, 1997, p. 110.

²⁶ Esta incluso, es la posición que adopta el mismo tribunal al momento de resolver el caso.

²⁷ Fraser Nancy, *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”* (trad. Holguín M.- Jaramillo I.), Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, Bogotá, 1997, p. 111. Aquí es donde la dominación simbólica y la dominación socio-económica se entrecruzan. Incluso, deberíamos preguntarnos respecto de si estos grupos subordinados han tenido “voz” al momento de la sanción de la norma que se cuestiona. Sin duda estos han carecido de todo poder político en el debate.

²⁸ Entendemos por cultura escolar “*el conjunto de normas que definen saberes a enseñar, conductas a inculcar y como la serie correlativa de prácticas, construidas en el seno de las instituciones educativas a lo largo del tiempo, que permiten la transmisión de las disciplinas y la incorporación de los comportamientos en la formación de los sujetos, en el marco de los procesos de socialización*”. Julia citado por Gregorio Razzini, M. (2010) “El estudio de las disciplinas escolares como campo de investigación en el marco de la cultura escolar”. Clase 3. En Diploma Superior Curriculum y prácticas escolares en contextos, Buenos Aires, FLACSO Virtual, Argentina.

²⁹ Drew Days III, “Acción afirmativa” en *Derecho y grupos desaventajados* Roberto Gargarella (Comp.) Editorial Gedisa, Barcelona 1999, p. 53.

declaración de inconstitucionalidad de la norma cuestionada. Esta, sin duda puede ser catalogada como una acción transformativa pues tendería a transformar la estructura por la cual sigue existiendo un grupo que domina simbólicamente a otro (por lo menos en lo que respecta a la cuestión religiosa en las escuelas). Cabría preguntarse si el Estado debería realizar algo más para complementar y dar un paso más para la transformación.

Conclusión

Como vimos, a partir del análisis crítico de las sentencias elegidas, los tribunales no resuelven los casos aplicando la igualdad como argumento central, sin embargo, de cierto modo, va apareciendo la necesidad de contemplar la igualdad como no sometimiento y el reconocimiento de la existencia de un grupo desaventajado y tomar como relevante la desigualdad que de hecho existe para promover las acciones positivas que resulten necesarias a los fines de garantizar el efectivo acceso y goce del derecho a la educación. No basta con el mero reconocimiento de este derecho en la normativa, es necesario que se concrete en la realidad.

Asimismo, es necesario que el Poder Judicial tenga en cuenta y aplique un concepto más amplio del derecho a la igualdad a la hora de resolver los problemas relativos al derecho a la educación. El Poder Judicial deberá asumir un papel activo en cuanto al impacto de sus decisiones en el marco de las políticas públicas. Ante la rutinización de determinadas situaciones (por ejemplo, cuando se torna necesaria la intervención judicial para que se preste un servicio determinado, tal es el caso de la provisión del transporte gratuito para quienes deben concurrir a escuelas lejanas a sus domicilios), deberá exigirles a quienes resulten ser responsables de formular políticas públicas que propongan un modo concreto de resolver los reclamos garantizando la igualdad real de oportunidades y dando por finalizado una situación de desigualdad que afecta a ciertos grupos.