

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



UN SALTO POR DAR: EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LOS NIÑOS CON
DISCAPACIDAD EN LOS COLEGIOS PRIVADOS

Tesis para optar por el Título Profesional de Abogado que presenta el bachiller:

RENATO ANTONIO CONSTANTINO CAYCHO

Asesora:

DRA. ELIZABETH SALMÓN

Lima, 2015

A Renata, por creer



*Nuestro derecho a la educación es tan indiscutible...
Que no hay la más mínima esperanza que algún alma caritativa nos lo quite*

Felipe (personaje de Mafalda) – Quino (Joaquín Salvador Lavado)
Declaración de los Derechos del Niño ilustrada por Quino



*Una voz que no es
nuestra
también puede
llamarnos.*

Luis Hernández

Índice

ÍNDICE	IV
ABREVIATURAS Y SIGLAS	VII
RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I: LAS OBLIGACIONES DE DERECHOS HUMANOS DE LOS PRIVADOS	9
1.1 Algunas consecuencias de la privatización de los servicios en América Latina	10
1.1.1 El escenario de la globalización	10
1.1.1.1 El escenario de desregulación del Consenso de Washington	11
1.1.2 Posibilidades de regulación en contextos desregulados	14
1.1.2.1 ¿Es conveniente volver a regular?	14
1.2 La participación de los privados en el ejercicio de los derechos humanos	18
1.2.1 Premisa: Todos los derechos humanos son equivalentes e interdependientes	19
1.2.1.1 La (falsa) teoría de las generaciones	19
1.2.1.2 La (falsa) teoría de la gratuidad de los DCP y la onerosidad de los DESC	21
1.2.2 Las obligaciones jurídicas de los privados en materia de derechos humanos	23
1.2.3 Los deberes del Estado con respecto a los privados en materia de derechos humanos	27
1.2.4 La influencia de los derechos humanos en la configuración del Derecho Privado	32
1.2.5 El rol de los privados en los servicios públicos	36
CAPÍTULO II: LA EDUCACIÓN INCLUSIVA	39
2.1 La evolución del concepto de educación inclusiva	41
2.1.1 Los viejos conceptos	41
2.1.2 La evolución normativa del derecho a la educación de personas con discapacidad	46
2.1.2.1 La evolución del derecho a la educación de personas con discapacidad en el sistema universal antes de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad	46
2.1.2.2 La evolución del derecho a la educación de personas con discapacidad en el sistema interamericano	60

2.1.2.3	El debate normativo durante la negociación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la consagración de la educación inclusiva en el ámbito internacional	64
2.1.2.4	Las interpretaciones del Comité sobre la educación inclusiva	89
2.2	La importancia de la educación inclusiva desde una perspectiva de derechos humanos	106
2.2.1	La importancia de la educación para las personas con discapacidad	108
2.2.1.1	Discapacidad, derechos humanos y teoría de capacidades	109
2.2.2	La importancia para la sociedad	114
2.2.2.1	Las finalidades de la educación inclusiva	115
2.2.2.2	La necesidad de la educación inclusiva	117
2.2.2.3	Hacia un nuevo concepto de educación	119
CAPÍTULO III: LAS OBLIGACIONES DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS PRIVADAS EN MATERIA DE EDUCACIÓN INCLUSIVA		120
3.1	Las dimensiones de la educación inclusiva	121
3.1.1	No discriminación	122
3.1.2	Disponibilidad	123
3.1.3	Accesibilidad física	123
3.1.4	Accesibilidad económica	125
3.1.5	Adaptabilidad	126
3.1.6	Aceptabilidad	127
3.2	La privatización de la educación en el Perú	127
3.2.1	La historia de la privatización de la educación en el Perú	128
3.2.2	El problema del lucro en la educación	129
3.2.3	La privatización y los problemas con la educación inclusiva	132
3.3	La educación de las personas con discapacidad en el Perú	133
3.3.1	Los viejos modelos en el Perú	134
3.3.2	La apuesta por la educación inclusiva	135
3.3.3	Balances, perspectivas y retos	140
3.4	Los problemas de la educación inclusiva en el ámbito privado	144
3.4.1	El acceso a la educación: la matrícula del niño con discapacidad	144
3.4.2	La permanencia de estudiante inclusivo: los ajustes razonables para el niño con discapacidad	148
3.4.2.1	Adaptaciones a la metodología y la currícula	148
3.4.2.2	Los ajustes razonables	149
3.4.2.2.1	La distinción teórica y práctica entre ajustes razonables y accesibilidad	153

3.4.2.2.2	La carga indebida	156
3.4.2.3	Superada la carga indebida, ¿quién asume los ajustes razonables?	159
3.4.2.3.1	Lo que debe haber	160
3.4.2.3.2	Propuesta	160
3.4.2.3.3	Planteamientos de solución	163
3.4.2.3.4	Propuesta de prevención	164
3.5	Colofón	170
	CONCLUSIONES	172
	BIBLIOGRAFÍA	179
	Libros y Artículos	179
	Jurisprudencia	193
	Jurisprudencia interna	193
	Jurisprudencia internacional	195
	Normativa y otros instrumentos jurídicos	196
	Normas jurídicas internas	196
	Normas jurídicas internacionales	197
	Instrumentos de ámbito universal	197
	Instrumentos de ámbito regional	198
	Documentos de los trabajos preparatorios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	199
	AGRADECIMIENTOS	201

Abreviaturas y siglas

CDPD: Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

DGP: Derechos Civiles y Políticos

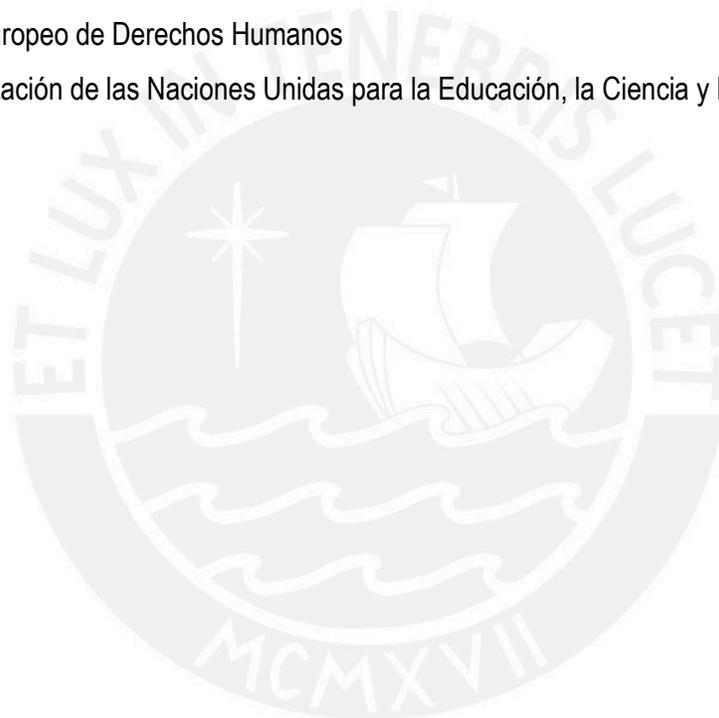
DESC: Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Comité DESC: Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura



Resumen

La presente investigación tiene como objetivo el demostrar la igual obligación de los colegios privados de brindar educación inclusiva a niños con discapacidad. Esto deberá proveerse incluso si genera costos.

La tesis está dividida en tres capítulos. En el primer capítulo, se ve cuál ha sido el impacto de las políticas neoliberales en América Latina con respecto los servicios públicos. De la misma forma, se discuten los efectos de las políticas posteriores al Consenso de Washington y cómo se hace necesario una nueva participación del Estado para impedir que la privatización afecte la satisfacción de derechos humanos. Luego de ello, se aborda la razón jurídica de esta determinación: las obligaciones de derechos humanos de los privados. Para justificar esto se plantea cómo el efecto horizontal de derechos humanos afecta a los privados y al mismo tiempo, genera la obligación de proteger por parte del Estado e incluso modifica la tradicional idea de contrato.

En el segundo capítulo, se construye la idea de la educación inclusiva. Para lograr ello, se explica cómo surge este concepto educativo y cómo impacta en la vida de las personas con discapacidad. Se muestra cómo la educación siempre fue entendida como un derecho inalienable que no permitía la discriminación ni la segregación. A pesar de tal aparente universalidad, en el caso de las personas con discapacidad se permitieron prácticas que los excluían de la educación regular y los segregaban del resto de niños. Posteriormente, se aborda cómo esta visión cambia y se establece la educación inclusiva como una obligación estatal ineludible (aunque sometida a la progresividad). Este progreso se puede evidenciar en las discusiones que llevaron a la adopción de la CDPD. Adicionalmente, se estudia cómo la implantación de la educación inclusiva como obligación puede generar tensiones con el derecho a la libertad de educación que también se analizarán. El capítulo finaliza explicando cómo el discurso de la educación inclusiva encuentra un soporte filosófico en la teoría de las capacidades de Nussbaum. Esto permite señalar que existe justicia detrás de esta forma de educación y la necesidad de que exista una “solidaridad obligatoria” con respecto a los privados que ofrecen servicios educativos.

Finalmente, en el tercer capítulo se aborda cuáles son las obligaciones de las instituciones educativas privadas con respecto a la educación inclusiva. En este sentido, se analiza qué medidas debería tomar un colegio privado para cumplir con los estándares de inclusión que se requieren a partir de la entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. A partir de estos estándares se analizará la normativa peruana a través de leyes, reglamentos y directivas que han dirigido la educación de las personas con discapacidad en nuestro país. El análisis buscará confrontar la realidad actual y plantear la necesidad de reformas sobre la educación inclusiva y también sobre el papel de los privados en la prestación del servicio educativo. Por ello, la tesis finaliza con una pequeña propuesta de regulación que busca mejorar los estándares de inclusión existentes.

Introducción¹

Es triste acercarse a las cifras de exclusión educativa en nuestro país. La realidad nos muestra que la educación, a pesar de su importancia (y del aparente interés que le muestran los gobernantes), sigue siendo esquiva para diferentes segmentos de la población. En tal sentido, suelen verse más afectados los colectivos que enfrentan una vulnerabilidad especial: niñas de entorno rural, niños de pueblos indígenas y niños con discapacidad. Respecto a estos últimos, las cifras son apabullantes. De acuerdo con la Encuesta Nacional Especializada en Discapacidad realizada en el 2012 por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, existen 129 796 niños con discapacidad entre 0 y 15 años. No obstante, las cifras del Ministerio de Educación del año 2010 revelan que solamente se brindó apoyo para la inclusión educativa a 4523 estudiantes. Esto quiere decir que menos del 10% de los niños con discapacidad cuenta con la posibilidad de estudiar de manera igualitaria con otros niños de su edad.

Estas desigualdades en la satisfacción del derecho a la educación pueden llegar a marcar la vida de la persona con discapacidad. Como ha señalado el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC), la educación no solo es un derecho en sí mismo, sino un derecho condicionante para el ejercicio de otros derechos.² Es posible mencionar como ejemplo el no poder acceder a educación de calidad limita terriblemente la posibilidad de acceder al mercado laboral. También impide una participación política adecuada y el acceso a la información. Adicionalmente, afecta las posibilidades de un adecuado disfrute de los derechos culturales. Tales impedimentos terminan estigmatizando y excluyendo al niño con discapacidad (y al futuro adulto).

No obstante, es necesario señalar que la educación inclusiva parece generar costos adicionales con respecto a la tradicional educación segregada. Así, por ejemplo, podemos nombrar terapeutas del lenguaje; profesores especializados; capacitación para profesores, compañeros y padres de familia;

¹ El autor de esta tesis está comprometido con la lucha contra toda forma de discriminación, incluida la discriminación de género. En ese sentido, y con el fin de evitar el uso reiterado de ciertas expresiones para diferenciar los géneros, se ha optado por utilizar el genérico masculino y representar mediante este tanto a hombres como a mujeres.

² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)* E/C.12/1999/10. 1999 pág. 1

adecuaciones curriculares y un largo etcétera. Dada la precarización de la calidad de la prestación estatal, muchas personas han optado por acudir a los privados para satisfacer el derecho a la educación. Esto genera distinciones interesantes en la sociedad:

- Quienes no tienen dinero, tendrán que acudir a los servicios que brinda el Estado. En tal sentido, están “condenados” a las mejoras y retrocesos que puedan existir en el sistema de educación estatal.
- Quienes tienen mucho dinero, podrán optar por servicios privados de calidad. No obstante, en tanto las instituciones privadas no reconocen la obligación de implementar educación inclusiva (amparándose en el argumento de la libertad de empresa, y olvidando el argumento de igualdad y no discriminación) las personas con dinero suelen realizar pagos adicionales para cubrir los costos de la inclusión educativa de sus hijos.
- Finalmente, hay un sector de la población que puede pagar servicios privados pero no de alta calidad. Usualmente, para cubrir esa demanda han aparecido actores privados cuya prioridad no es la calidad. Así, por ejemplo, es importante recordar que es posible encontrar colegios privados funcionando en edificios construidos como viviendas sin las adaptaciones necesarias para ser una institución educativa y sin estándares mínimos de calidad. En estos casos, las instituciones privadas también se niegan a proveer de educación inclusiva y los padres no pueden cubrir los costos adicionales de la inclusión.

En tal contexto, la presente tesis busca conocer la realidad de los grupos señalados en los puntos segundo y tercero, es decir, conocer la realidad de la educación inclusiva de los niños con discapacidad en colegios privados en el Perú. La duda teórica y la real situación injusta generaron la pregunta que busca responder este documento: si los colegios privados deben realizar educación inclusiva o no, soportando las cargas adicionales. Tal cuestionamiento se contestará a partir de la discusión sobre la naturaleza de las obligaciones en derechos humanos de los privados. Siguiendo ese orden de ideas, este texto presenta como hipótesis el que los colegios privados deben ofrecer educación inclusiva asumiendo los costos que ello conlleva. Se demuestra con esta tesis, por tanto, que las obligaciones de las instituciones educativas privadas de educación básica regular en materia de educación inclusiva son iguales a las de las instituciones educativas públicas de educación básica regular.

La hipótesis se demuestra a partir de un análisis que tiene como punto de partida la noción de interdependencia de los derechos humanos y su efecto horizontal. A la luz del mandato de no discriminación. Si bien se ha tenido en cuenta la posibilidad de afectación de los derechos de libertad económica (clásico contraargumento al momento de pretender extender obligaciones en materia de derechos humanos a los privados), como se sostendrá a lo largo del texto, el ejercicio de ponderación favorece a la inclusión de las personas con discapacidad en nuestra sociedad. Si bien no se puede obviar el hecho de que la discapacidad genera costos en la sociedad, estos se dan, principalmente, porque hemos estructurado la sociedad de una manera jerárquica con respecto a las personas con discapacidad. En tal sentido, es necesario derribar barreras (de diversa índole) y eso cuesta (en términos que exceden a los meramente monetarios). En muchas ocasiones, los costos son asumidos por la propia persona con discapacidad porque la sociedad no busca adaptarse. En otras ocasiones, el costo es asumido por el Estado. Pero surge la duda de si una entidad privada debería adaptarse también a la persona con discapacidad.

En tal sentido, este trabajo busca conocer si existen diferencias en las obligaciones de educación inclusiva de acuerdo al carácter público o privado de la institución educativa. Como respuesta, esta tesis plantea que no existen diferencias en los derechos que asisten a los niños que van colegios públicos y a colegios privados y que, por tanto, ambas clases de instituciones tienen las mismas obligaciones con respecto a la educación inclusiva. Si bien esto genera costos que podían no estar previstos originalmente por el inversor, la obligación de no discriminación deberá ser aplicada hasta el límite de la carga indebida. De esta manera, el punto de partida de esta tesis es la corroboración de la equidad, igualdad e interdependencia entre todos los derechos humanos. Es así que este texto defiende la vigencia de los derechos civiles y políticos de la misma forma en que se plantea la reivindicación de los derechos económicos, sociales y culturales. Tal planteamiento se confronta con una interesante contradicción que se ha evidenciado en muchos textos y sentencias de doctrina constitucional y de derechos humanos: en la práctica, dicha igualdad no ha sido alcanzada porque los derechos económicos, sociales y culturales, aún hoy, no son vistos como derechos de manera plena.

Como es posible corroborar en la realidad, uno de los espacios en los cuales dicha igualdad e interdependencia no ha sido alcanzada aún es en el ámbito privado. Se acepta de manera irrefutable que los derechos humanos tienen un efecto horizontal que los hace obligatorios en las relaciones entre privados y no solamente en las relaciones que se manifiestan entre los privados y el Estado. Tal obligatoriedad se ha hecho completamente evidente en muchos aspectos relacionados a la discriminación de consumidores o de trabajadores. Es así que se ha llegado a aceptar que la religión no puede ser motivo para que un niño no pueda asistir a un colegio privado³ o que una mujer no pueda participar en la vida política de una asociación civil⁴, solo por mencionar algunos ejemplos recientes de nuestro medio.

No obstante, como es posible notar en nuestro país, cuando el privado se encarga de ciertos derechos humanos que constituyen servicios públicos, la pregunta que surge es si acaso la carga de hacer cumplir los derechos debe quedar en manos del privado incluso a costa de sus posibilidades de lucrar con las prestaciones que ofrece. Tal cuestionamiento y el alcance de una posible afectación al lucro será uno de los temas que esta tesis planea analizar.

Por otro lado, con respecto a los planteamientos teóricos que fundamentan esta tesis, es innegable la importancia del nuevo modelo de discapacidad imperante en el mundo: el modelo social de la discapacidad. Este modelo entiende que la discapacidad no se configura por una deficiencia de la persona sino que se presenta cuando dicha deficiencia interactúa con las barreras de diversa índole que la sociedad establece. El modelo social surge como una superación de los modelos de prescindencia (en el que se eliminaba o excluía a la persona con discapacidad) y médico (en el que se buscaba la integración de la persona a través de su “normalización” o curación).⁵ En este sentido,

³ Art. 8 de Ley de Libertad Religiosa – Ley 29635, publicada el 21 de diciembre de 2010

Artículo 8.- Exoneración del curso de religión

Las instituciones educativas, en todos sus niveles y modalidades, respetan el derecho de los alumnos a exonerarse de los cursos de religión por motivos de conciencia o en razón de sus convicciones religiosas sin verse afectado su promedio académico.

En los casos de los menores de edad, la exoneración procede siempre y cuando así lo expresen los padres o quien tenga la tutela de los mismos.

⁴ Decreto Supremo “Precisan que los estatutos de todas las formas de organización jurídica sin fines de lucro deberán adecuarse a las normas de la Constitución Política del Perú y de la Ley relativas a la igualdad jurídica del varón y la mujer” emitido a través del DS-004-2008-MIMDES publicado el 4 de abril del 2008.

⁵ Sobre modelos de entendimiento de la discapacidad, ver PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*, 2008, Cinca: Madrid

esta propuesta teórica plantea que es la sociedad la que debe adecuarse a las personas con discapacidad. Para ello, las diferentes instituciones de la sociedad deben eliminar las barreras arquitectónicas, actitudinales, sociales y normativas. Solamente esto llevará a cumplir el mandato de no discriminación de manera cabal y real con respecto a las personas con discapacidad.

Tal modelo teórico encontró consagración jurídica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD). Este instrumento normativo logró poner en agenda una nueva forma de comprender la discapacidad y los derechos de las personas con discapacidad. A partir de este nuevo entendimiento, las personas con discapacidad tienen derecho a ser tratados de manera igualitaria en el acceso a todos los derechos. Por tanto, no es posible argumentar que la discapacidad es una razón para excluirlos del disfrute de algún derecho. En estos casos, la pregunta sobre la discriminación se vuelve particularmente compleja puesto que el cumplimiento de la no discriminación – tradicionalmente entendido como un deber de abstención – puede involucrar una acción. Esto impacta en el desenvolvimiento del Estado pero también en cómo los privados deben entender sus deberes con respecto a la obligación de no discriminar.

Otro concepto particularmente importante en el texto es el de educación. No es ella únicamente una mera herramienta de especialización laboral. La educación es un proceso de formación integral que busca generar ciudadanos responsables. Esta evocación a la ciudadanía está basada en la necesidad de que los centros educativos formen a niños que puedan interactuar sin prejuicios en la sociedad. Tal obligación es especialmente relevante en el caso de personas con discapacidad, quienes también tienen derecho a participar activamente y no ser excluidos, maltratados o escondidos.

Para llegar a tal conclusión, se ha utilizado un método de investigación que combina diversos aspectos. En primer lugar, se han planteado situaciones problemáticas en un contexto particular (Perú, como país de América Latina que ha pasado por un proceso de desregulación de la economía). Para lograr ello, se han utilizado fuentes provenientes de las ciencias sociales o de juristas que buscan vincular el Derecho con los movimientos sociales. Posteriormente, a través de un trabajo de síntesis, se plantean los estándares jurídicos referentes a los temas que se van tratando a lo largo de los capítulos. Este trabajo está basado principalmente en diversos

pronunciamientos internacionales. Entre estos, es posible destacar los tratados generales de derechos humanos, los tratados y pronunciamientos de la UNESCO; los trabajos preparatorios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y también lo señalado por tribunales internacionales con respecto a la responsabilidad de los Estados por los actos de privados. Finalmente, se confrontan tales estándares a la realidad de la educación privada peruana para señalar la necesidad de una nueva regulación en dicha área. Siguiendo este orden de ideas, la tesis aplica una diversidad de herramientas de análisis jurídico para la consecución de los objetivos como son el análisis jurídico de la normativa y la jurisprudencia y su confrontación con la realidad a través de la síntesis y la deducción.

De esta forma, la tesis está dividida en tres capítulos. En el primer capítulo, se ve cuál ha sido el impacto de las políticas neoliberales en América Latina con respecto los servicios públicos. De la misma forma, se discuten los efectos de las políticas posteriores al Consenso de Washington y cómo se hace necesario una nueva participación del Estado para impedir que la privatización afecte la satisfacción de derechos humanos. Luego de ello, se aborda la razón jurídica de esta determinación: las obligaciones de derechos humanos de los privados. Para justificar esto se plantea cómo el efecto horizontal de derechos humanos afecta a los privados. Esto se basa en la teoría del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su cristalización en documentos internacionales como sentencias de tribunales de derechos humanos y pronunciamientos de órganos de Naciones Unidas. Adicionalmente, en este capítulo, se analiza este efecto en el ámbito universal e interamericano.

En el segundo capítulo, se construye la idea de la educación inclusiva. Para lograr ello, se explica cómo surge este concepto educativo y cómo impacta en la vida de las personas con discapacidad. Al respecto, se muestra cómo la educación siempre fue entendida como un derecho inalienable que no permitía la discriminación ni la segregación. A pesar de tal aparente universalidad, en el caso de las personas con discapacidad se permitieron prácticas que los excluían de la educación regular y los segregaban del resto de niños. Para demostrar ello se ha analizado la normativa internacional referente al derecho a la educación y a las personas con discapacidad. Posteriormente, se aborda cómo esta visión cambia y se establece la educación inclusiva como una obligación estatal ineludible (aunque sometida a la progresividad). Este progreso se puede evidenciar en las discusiones que llevaron a la adopción de la CDPD. Es por ello que se analizan los trabajos preparatorios de dicho

instrumento internacional. Adicionalmente, se estudia cómo la implantación de la educación inclusiva como obligación puede generar tensiones con el derecho a la libertad de educación que también se analizarán. Además, el capítulo sostiene cómo el discurso de la educación inclusiva encuentra un soporte filosófico en la teoría de las capacidades de Nussbaum. Este aspecto es particularmente importante porque permite señalar que existe justicia detrás de esta forma de educación y la necesidad de que exista una “solidaridad obligatoria” con respecto a los privados que ofrecen servicios educativos.

Finalmente, en el tercer capítulo se aborda cuáles son las obligaciones de las instituciones educativas privadas con respecto a la educación inclusiva. En este sentido, se analiza qué medidas debería tomar un colegio privado para cumplir con los estándares de inclusión que se requieren a partir de la entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. De tal manera, se utilizan las dimensiones señaladas por el Comité DESC para el cumplimiento del derecho a la educación (disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad) de manera aplicada directamente a la educación inclusiva. A partir de estos estándares se analizará la normativa peruana a través de leyes, reglamentos y directivas que han dirigido la educación de las personas con discapacidad en nuestro país. El análisis buscará confrontar la realidad actual y plantear la necesidad de reformas sobre la educación inclusiva y también sobre el papel de los privados en la prestación del servicio educativo. Por ello, la tesis finaliza con una pequeña propuesta de regulación que busca mejorar los estándares de inclusión existentes.

Antes de terminar esta introducción, solo queda mencionar que esta tesis busca ser un aporte práctico a una realidad que va apareciendo cada día más. Condenar a los niños con discapacidad a la exclusión porque las instituciones privadas no les permiten estudiar en centros educativos regulares por falta de dinero es una abominación terrible. Se hace necesaria una apuesta real por la inclusión plena de las personas con discapacidad. Negarlo por consideraciones de lucro es una inmoralidad y una violación de los derechos humanos. Cambiar esa mentalidad es el salto que hace falta dar. Solo de esta manera podremos ser una sociedad donde realmente todos seamos, parafraseando a Rosa Luxemburgo, jurídicamente iguales, humanamente diversos y totalmente libres.

Capítulo I: Las obligaciones de derechos humanos de los privados

El presente capítulo busca identificar las obligaciones en materia de derechos humanos de los privados, en particular de las empresas, es decir las organizaciones privadas con fines de lucro. Tal interés no es meramente académico (en un sentido despectivo del término asociado al alejamiento de la realidad) sino bastante práctico, en tanto, cada vez más, podemos observar la participación de los privados en la efectiva realización de los derechos humanos en nuestra vida diaria. En dicho sentido, este capítulo se propone identificar el problema de la intervención de los privados en distintos ámbitos involucrados con la satisfacción de derechos humanos y plantear cómo la lógica de los derechos humanos se ha ido expandiendo hasta alcanzar a los privados. Tal conceptualización puede verse desde la óptica constitucional o desde del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). En la presente investigación, se opta por la segunda vía, no por desprecio a la vía constitucional sino por la convicción de la necesidad de entender este problema como un problema común a la región latinoamericana (y en algunos casos como un problema global) y que se puede abordar desde una dinámica de derechos humanos. En este sentido, uno de los retos es poder reconocer tendencias similares entre estos países. Como resulta evidente, en ocasiones, lo señalado en el ámbito constitucional constituirá un insumo valioso en tanto, parafraseando a Diego García-Sayán, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁶ existe una viva interacción entre el DIDH y el Derecho Constitucional.

La participación de los privados a la que se hace referencia no es ajena. Hoy, Lima ha iniciado un fuerte proceso de regulación del transporte público (que está en manos de privados con poca regulación), se ha promulgado una nueva Ley Universitaria para evitar la mala calidad de varias instituciones de educación superior que no merecían el nombre de universidades,⁷ y las pensiones que pagan las administradoras de fondos de pensiones (AFP) se discuten públicamente. Se podría decir, incluso, que la tendencia es global: la participación de los privados con fines de lucro en la

⁶ GARCÍA-SAYÁN, Diego. "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos". En: AA.VV, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2005, p. 329.

⁷ Ley 30220 – Ley Universitaria, publicada el 9 de julio de 2014.

educación se discute en Chile⁸, el sistema de seguridad social se modifica constantemente en Colombia,⁹ se garantiza el carácter público de los sistemas de distribución de agua en Italia,¹⁰ y se podrían seguir dando ejemplos.¹¹ No obstante, lo importante es reconocer que existe un proceso por el cual la ciudadanía en el mundo exige una mayor democracia. Ello pasa, inexorablemente, por convertir las estructuras que han privatizado (en el sentido de privar al resto de participación)¹² los derechos en espacios públicos.

1.1 Algunas consecuencias de la privatización de los servicios en América Latina

Como ya se advirtió, la presente sección discute el “sentido común” económico que señala que la privatización de los servicios públicos permitió una mayor satisfacción de derechos en los países de la región latinoamericana. Es posible corroborar esto en diferentes aspectos. De manera general es posible decir que la satisfacción de ciertos derechos se ha vuelto más complicada desde la incursión del neoliberalismo. A manera de ejemplo, podemos señalar cómo en el Perú las reformas neoliberales en el sector salud no pudieron subvertir las diferencias clásicas de género y raza que se presentaban de manera previa.¹³ Con esto, este texto busca señalar que las supuestas bondades del modelo neoliberal ha permitido la superación de solamente algunos problemas mientras otros persisten. Como resulta evidente, a pesar de los discursos de *self-made-men*, los más afectados por esto son los grupos tradicionalmente más excluidos.

1.1.1 El escenario de la globalización

La globalización es un fenómeno complejo y multidimensional que evoca a una multiplicidad de cambios que se presentan en la actualidad. Tales cambios tienen que ver, por ejemplo, con la forma de transmitir la información y cómo esto influye en la toma de decisiones de diversa índole. Tal

⁸ VIELMAS, Sebastián. «“Esta semana es Clave”: El rol de la Federación de Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica de Chile (FEUC) en la convocatoria a movilización y paro nacional del 12 de mayo de 2011.» Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013.

⁹ CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. *La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Editorial Temis: Bogotá. 2010

¹⁰ MATTEI, Ugo. *Bienes comunes. Un manifiesto*. Trotta: Madrid. 2013, pp. 87 - 88

¹¹ Al respecto, ver DE SOUSA SANTOS, Boaventura (coord.). *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*. Fondo de Cultura Económica: México DF. 2004.

¹² MATTEI, Ugo. *Bienes comunes. Un manifiesto*. Trotta: Madrid. 2013, p. 59

¹³ EWIG, Christina. *Neoliberalismo de la segunda ola. Género, raza y reforma del sector salud en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos: Lima. 2012.

nueva configuración impacta cómo toman decisiones económicas y políticas. Una única decisión puede tener un impacto muy fuerte en el resto del planeta. Tal es la configuración de la globalización. Dentro de dicho marco, es posible encontrar diversos procesos económicos, sociales y políticos que se van presentando. Será especialmente relevante para esta investigación la globalización económica en América Latina que se tradujo en un proceso de desregulación desde finales de la década de los 80.

1.1.1.1 El escenario de desregulación del Consenso de Washington

Desde finales de los 80, la región latinoamericana cambió el modelo económico que se había forjado en las décadas anteriores. Durante los años 30, América Latina pasó a tener, mayoritariamente, un modelo económico de industrialización por sustitución de importaciones a través del cual se buscaba el fortalecimiento de la industria interna. No obstante, tal modelo no pudo soportarse en los años 80 por un desequilibrio de los aparatos estatales que debían encargarse de soportar la industria y los servicios. De la misma forma, el contexto internacional, liderado por los gobiernos de Thatcher y Reagan e impulsado por los diferentes órganos de Bretton Woods,¹⁴ empujaba a los países a adoptar políticas neoliberales. Esto tuvo consecuencias en diferentes países de América Latina. Es posible encontrar ejemplos de la aplicación de políticas neoliberales en distintos ámbitos. Así, por ejemplo se puede nombrar la Ley Orgánica Constitucional de Educación impulsada por Pinochet en Chile,¹⁵ la receta de la desregulación (o mala regulación) en Perú,¹⁶ las políticas de Sánchez de Losada en Bolivia¹⁷ y otros más.

Todos estos hechos forman parte de un mismo fenómeno: la globalización. Si bien, como ya se señaló, la globalización es un fenómeno multidimensional; no deja de ser real que su cara más

¹⁴ MATTEI, Ugo y Laura NADER. *Saqueo. Cuando el Estado de Derecho es ilegal*. Palestra Editores: Lima. 2013, p. 62 Para ver cómo influyeron el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional en el caso del derecho a la salud, ver EWIG, Christina. *Neoliberalismo de la segunda ola. Género, raza y reforma del sector salud en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos: Lima. 2012, pp 92 – 124.

¹⁵ CHILE. Ley Orgánica Constitucional de Educación. (N° 18.962) Publicada el 10 de marzo de 1990

¹⁶ TÁVARA, José I. "La regulación del poder de mercado y la transición a la democracia" en CRABTREE, John. *Construir instituciones: democracia, desarrollo y desigualdad en el Perú desde 1980*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico e Instituto de Estudios Peruanos: Lima. 2006.

¹⁷ MATTEI, Ugo. *Bienes comunes. Un manifiesto*. Trotta: Madrid. 2013, p. 87.

conocida es la de la globalización económica, a la que no se puede dejar de calificar de neoliberal. Tal proceso se basa en la liberalización y desregulación del sistema económico.¹⁸

Las acciones que se llevan a cabo para plasmar el paradigma neoliberal son, en esencia, dos: la privatización y la liberalización de mercados. Ambos contenidos son distintos, aunque pueden superponerse. La primera involucra “el traspaso de activos, manejo, funciones o responsabilidades que antes pertenecían o eran llevadas a cabo por el Estado a actores privados”.¹⁹ La liberalización, por su parte, hace referencia a un proceso por el cual se abren mercados cerrados a la competencia.²⁰ Para ejemplificar esta diferencia se puede mencionar el caso de la telefonía fija en el Perú: primero hubo un proceso de privatización por el cual todos los activos de la Empresa Peruana de Telefonía pasaba a manos de un privado (Telefónica)²¹, y un segundo momento se abrió la competencia a otras compañías.²²

Concepto	Definición
Liberalización	Apertura de mercados
Privatización	Traspaso de activos, manejos, funciones o responsabilidades del Estado hacia un privado.

Elaboración propia

Estas políticas no se dieron de manera aislada sino que fueron parte de un esfuerzo conjunto de diferentes actores del sistema internacional. Ya se ha mencionado la influencia de los gobiernos de los países desarrollados. Pero, adicionalmente, al hablar del contexto internacional, es necesario evaluar la actuación de los organismos financieros en esa época. Así, por ejemplo se debe señalar que los programas de ajuste estructural (PAE) promovidos por el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI) “agravaron – cuando fue posible – el estado de los derechos

¹⁸ GÓMEZ ISA, Felipe “Globalisation, Privatisation and Human Rights” en DE FEYTER, Koen y Felipe GÓMEZ ISA (eds.) *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*. Antwerp: Intersentia, 2005, p. 12.

¹⁹ COOMANS, Foons y Antenor HALLO DE WOLF “Privatisation of Education and the Right to Education” en DE FEYTER, Koen y Felipe GÓMEZ ISA (eds.) *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*. Antwerp: Intersentia, 2005, p. 241

²⁰ COOMANS, Foons y Antenor HALLO DE WOLF “Privatisation of Education and the Right to Education” en DE FEYTER, Koen y Felipe GÓMEZ ISA (eds.) *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*. Antwerp: Intersentia, 2005, p. 241

²¹

²²

económicos sociales y culturales”²³ en los países en los que actuaron. Y es que la implantación de una orientación neoliberal nunca se preguntó por las consecuencias que tendría tal proceso en los derechos humanos ni mucho menos si la estructura estatal estaría en la posibilidad de monitorear y supervisar dichos procesos.²⁴

Tal proceso de neoliberalización tuvo diversas connotaciones de ámbito político, económico y jurídico. Al respecto, es posible señalar que en casi todos los países latinoamericanos se implementaron programas de ajuste estructural²⁵ que consistían básicamente en la reducción de aranceles e impuestos de consumo, la reducción dramática del gasto social, la privatización de las empresas públicas y de los servicios públicos. Adicionalmente, se construyeron marcos jurídicos que permitían asegurar el retorno de las inversiones y la imposibilidad de que tales reformas fuesen cuestionadas por la vía política o jurídica.²⁶ Finalmente, se logró cooptar a las élites tecnocráticas para que la toma de decisiones no perjudique a las empresas extranjeras que ingresaban a los mercados locales. Esto fue posible gracias a la “puerta giratoria” del Estado²⁷ o a redes epistémicas.²⁸ El primer mecanismo consiste en una situación por la que los funcionarios públicos encargados de las decisiones económicas del Estado “van y vienen” del Estado y a las empresas privadas a las que deberían regular. En este sentido, por ejemplo, un gerente de banco es contratado por la entidad reguladora por un periodo de tiempo y luego vuelve a la empresa privada. Si bien esto no es malo en sí mismo, sí puede llegar a generar conflictos de interés. La segunda forma es más sofisticada y tiene que ver con lograr que todos los funcionarios públicos provengan de

²³ GÓMEZ ISA, Felipe “Globalisation, Privatisation and Human Rights” en DE FEYTER, Koen y Felipe GÓMEZ ISA (eds.) *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*. Antwerp: Intersentia, 2005, p. 14.

²⁴ GÓMEZ ISA, Felipe “Globalisation, Privatisation and Human Rights” en DE FEYTER, Koen y Felipe GÓMEZ ISA (eds.) *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*. Antwerp: Intersentia, 2005.

²⁵ MATTEI, Ugo y Laura NADER. *Saqueo. Cuando el Estado de Derecho es ilegal*. Palestra Editores: Lima. 2013, pp. 91 – 93.

²⁶ Ejemplo claro de esto es el segundo párrafo del artículo 62 de nuestra Constitución. *La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

²⁷ TÁVARA, José I. “La regulación del poder de mercado y la transición a la democracia” en CRABTREE, John. *Construir instituciones: democracia, desarrollo y desigualdad en el Perú desde 1980*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico e Instituto de Estudios Peruanos: Lima. 2006, p. 220

²⁸ EWIG, Christina. *Neoliberalismo de la segunda ola. Género, raza y reforma del sector salud en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos: Lima. 2012, pp 99 – 109.

ciertas universidades o *think tanks* de cierta orientación ideológica. Así, por ejemplo, es memorable la influencia de los economistas graduados de la Universidad de Chicago en la política económica de Chile durante la dictadura de Pinochet.²⁹

1.1.2 Posibilidades de regulación en contextos desregulados

El contexto de desregulación en América Latina fue fuerte aunque irregular. Dependiendo del país y de su tejido social, la aventura neoliberal tuvo más o menos fuerza. Presidentes como Fujimori, Noboa, Menem, Sánchez de Lozada o Collor de Melo implantaron políticas neoliberales en sus respectivos países como recetas para enfrentar la pobreza. Es indudable que en muchos casos, la privatización de industrias fue beneficiosa. Con respecto a los servicios, es posible afirmar que se dio una indudable expansión de los servicios.³⁰ No obstante, es posible apreciar en América Latina (y en otros países del Sur o Tercer Mundo)³¹ una necesidad por una vuelta a la acción estatal.

1.1.2.1 ¿Es conveniente volver a regular?

Dada la configuración posterior al Consenso de Washington, es necesario justificar la necesidad de regulación. Ante la pregunta que encabeza esta sección se suele responder de manera negativa. Si bien el presente texto considera que la regulación es una necesidad, se reconoce que se pueden plantear dos contraargumentos: el jurídico y el económico – pragmático.

Con respecto al ámbito jurídico, hay que resaltar que desde el Derecho Internacional, en principio, no hay ninguna preferencia por un sistema económico particular. En ese sentido, la Observación General 3 del Comité Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que:

“el compromiso de “adoptar medidas...por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. Así

²⁹ KLEIN, Naomi. *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*. Paidós: Buenos Aires, 2008.

³⁰ TÁVARA, José I. “La regulación del poder de mercado y la transición a la democracia” en CRABTREE, John. *Construir instituciones: democracia, desarrollo y desigualdad en el Perú desde 1980*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico e Instituto de Estudios Peruanos: Lima, 2006,

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa (coord.) *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*. Fondo de Cultura Económica: México DF, 2005.

*pues, en lo que respecta a sistemas políticos y económicos el Pacto es neutral y **no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el laissez-faire, o en ningún otro tipo de planteamiento específico***³² (resaltado propio).

Por tanto, no importaría el modelo económico en tanto se cumplan los derechos. Es decir, sería posible decir que no es necesario que el Estado intervenga en la prestación de servicios para asegurarlos. Tal visión, no obstante, tendrá que ser confrontada con los diferentes avances que se ven al día de hoy.

Por tanto, ¿es necesaria la presencia estatal si los derechos se pueden satisfacer desde la actividad de los privados? Si bien la premisa del *laissez faire* era una posibilidad dentro de lo establecido por el Comité DESC, es posible señalar que, con posterioridad, el mismo órgano ha señalado la importancia que tiene la labor del Estado, incluso cuando las prestaciones las realiza un privado. Y es que el análisis es sencillo: la presencia estatal es necesaria para garantizar³³ que los privados realicen sus acciones en el marco de los derechos humanos. Y es que no es posible pensar en una economía desregulada que pueda asegurar todos los atributos de los derechos humanos en tanto el ánimo de lucro puede verse confrontado con las aspiraciones de totalidad e igualdad de los derechos humanos. La opinión presentada por el Comité DESC en 1990 no se sostiene de la misma forma el día de hoy. Esto se debe a que la participación de los privados reclama una mayor respuesta de los diferentes agentes estatales por lo que no se puede concebir la vigencia de los derechos humanos sin pensar en la labor de protección del Estado.

Por otra parte, en lo referente al otro contrargumento, el económico - pragmático, cabe resaltar que la pregunta que encabeza esta sección parece ser la defensa del pensamiento común que prima en los periódicos, en tantos análisis de torre de marfil que nunca faltan.³⁴ Esta corriente de pensamiento establece que la intervención del Estado es nefasta: interrumpe y fastidia. Tal pensamiento no se detiene a pensar en qué ofrece el Estado sino que asume que todo lo solucionará el mercado.

³² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General 3 (1990) La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Artículo 11[2] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*.

³³ Más adelante se desarrollará mejor el concepto de "garantía" como labor del Estado.

³⁴ Al respecto, ver DIARIO EL COMERCIO. (Editorial) *¿Quién acredita al acreditador?* Edición del 31 de mayo de 2013. Disponible en http://elcomercio.pe/politica/opinion/quien-acredita-al-acreditador_1-noticia-1583353

Jamás se cuestiona que pasará con el estudiante de un colegio que quiebra o con el paciente de una clínica privada que decide dejar de brindar servicios. Esos son los problemas reales que necesitan ser resueltos a través de la acción del Estado. Solamente asegurando que los derechos son prestados de manera real sin discriminación y con calidad, podemos señalar que se está apostando por la efectividad de los derechos. No obstante, en muchos países de América Latina, la participación de los privados ha pauperizado ciertos servicios.³⁵

Es clarísimo que no se puede satisfacer los derechos de todos, pero asegurar la disponibilidad³⁶ es lo mínimo. En muchos casos, la acción de los privados se centra en zonas socioeconómicas privilegiadas postergando a otros sectores de la población. Los efectos discriminatorios de estas políticas impiden la satisfacción plena de los derechos de las personas y no se condicen con las tareas que debe emprender un Estado para que los derechos estén vigentes para todos.

Una vez que se entiende la necesidad de volver a regular, la sociedad comienza a buscar soluciones que pueden ser de diversa índole. De acuerdo a lo que se pasará a exponer existen dos clases de respuestas: la de índole política y la índole jurídica. Aquella que surge desde la población a través de los mecanismos institucionales es la que podemos conocer como la vía política. Diversos movimientos sociales han acusado a la globalización de perpetuar y profundizar las diferencias.³⁷ Estos movimientos han reclamado una nueva globalización “contrahegemónica”³⁸. Señalan que la globalización ha generado “la privatización exacerbada de las relaciones sociales y del propio estado”³⁹

³⁵ Un ejemplo tangible de ello podría ser el transporte público en el Perú. Al respecto, ver BIELICH SALAZAR, Claudia. *La guerra del centavo. Una mirada actual al transporte público en Lima Metropolitana*. Lima.:CIES, IEP, 2009. (Doc. de trabajo, 155. Serie Economía, 49)

³⁶ Como se analizará más adelante, la disponibilidad es la dimensión que busca asegurar que exista una infraestructura suficiente como para que todos puedan disfrutar del derecho.

³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa y Leonardo AVRITZER “Introducción: Para ampliar el canon democrático” en *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*. SANTOS, Boaventura de Sousa (coord.) Fondo de Cultura Económica: México DF, 2005.

³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y Programa Democracia y Transformación Global: Lima. 2010, p. 59.

³⁹ SADER, Emir. “Hacia otras democracias” en SANTOS, Boaventura de Sousa (coord.) Fondo de Cultura Económica: México DF, 2005.

Luego de la implementación de las políticas neoliberales, muchos países se encontraron en crisis políticas y económicas, siendo la más paradigmática la de Argentina.⁴⁰ No obstante, en el caso de esta investigación, expondremos lo que se logró en los casos de Bolivia y Ecuador. En ambos países, el hastío se trasladó al ámbito político y se plasmó en nuevos textos constitucionales. Estas nuevas constituciones reconocieron más derechos y buscaron comulgar el Derecho Internacional con el Derecho interno, entendiendo que era necesaria una mayor protección de los derechos humanos⁴¹ y realizaron una refundación del Estado.⁴² En el ámbito económico, estas constituciones (y quienes las impulsaron) apostaron por modelos que pudiesen superar el neoliberalismo desde entradas basadas en los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Sin embargo, es importante señalar que este “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, como práctica política, ha caído en los mismos vicios de sus predecesores, en especial en lo referente a la concentración de poderes.⁴³

Por otra parte, hay países donde el hastío no necesariamente llegó a consecuencias políticas. No obstante, es posible identificar un país en el cual el activismo judicial logró sobreponerse a las políticas neoliberales. Un ejemplo de ello es el caso colombiano, que resulta particularmente estimulante en muchos sentidos. Desde una perspectiva de justicia transicional, la Corte Constitucional logró evitar que las diversas coaliciones políticas pudiesen consagrar normas de impunidad.⁴⁴ Asimismo, diversos grupos en situación de vulnerabilidad han logrado visibilizar sus demandas a través de él.⁴⁵ En el caso que nos atrae (el de las privatizaciones), es claro que el activismo judicial de la Corte Constitucional de Colombia ha permitido moderar los efectos neoliberales. Es así que podemos encontrar pronunciamientos en los cuales, la Corte Constitucional obliga a no discriminar en la contratación de servicios bancarios⁴⁶ y también pronunciamientos en los

⁴⁰ MATTEI, Ugo y Laura NADER. *Saqueo. Cuando el Estado de Derecho es ilegal*. Palestra Editores: Lima. 2013, pp. 69 – 80.

⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y Programa Democracia y Transformación Global: Lima

⁴² CORREA, Rafael. *Ecuador: De Banana Republic a la No República*. Debate: Bogotá. 2009.

⁴³ COUSO, Javier. “Las democracias radicales y el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’” en SELA 2013. *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*. Librería: Buenos Aires. 2014.

⁴⁴ BERNARDI, Bruno Boti. The inter-american human rights system and the justice and peace law in Colombia: domestic politics and the influence of international norms. *Contexto int.* [online]. 2013, vol.35, n.1, pp. 141 – 144.

⁴⁵ UPRIMNY, Rodrigo y Mauricio GARCÍA-VILLEGAS. “Corte constitucional y emancipación social en Colombia” en SANTOS, Boaventura de Sousa (coord.) Fondo de Cultura Económica: México DF, 2005.

⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 763 de 2005.

cuales señala que no se puede excluir a las personas con discapacidad de los servicios de seguridad social que están en manos de privados.⁴⁷

Tipos de salidas	Acciones	Estados
Políticas	Cambio constitucional	Ecuador y Bolivia
	Políticas populistas	Argentina
Jurídicas	Favorecimiento de la Corte Constitucional a demandas de grupos desfavorecidos	Colombia

Elaboración propia

Los ejemplos en América Latina nos muestran un panorama de posibilidades para lograr una mayor efectividad de los derechos humanos. En ese sentido, en el siguiente acápite se buscará analizar la razonabilidad de las decisiones que llevaron a moderar las opciones neoliberales en esta parte del continente.

1.2 La participación de los privados en el ejercicio de los derechos humanos

En la actualidad, no se puede negar la importancia que ocupan los privados en el desenvolvimiento de la sociedad. Como señala Carrillo Salcedo, es imposible pasar por alto “que las políticas sociales y económicas de muchos Estados están influidas y condicionadas por la presión de empresas transnacionales y las instituciones financieras internacionales en ámbitos que afectan profundamente a los derechos humanos, en particular a los de carácter económico y social”⁴⁸. En tal sentido, es necesario preguntarnos si es posible regular su actuación cuando se afectan derechos humanos y si tal posible regulación podría darse con respecto a todos los derechos. La presente sección se dedicará a analizar tal posibilidad. Para ello, en principio, determinará la igualdad de todos los derechos humanos y luego confrontará esto con los deberes de los privados con respecto a ellos. En tal sentido, se verá cómo puede ser necesario tomar acciones positivas para lograr la plena vigencia de los derechos humanos.

⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 1118 de 2002.

⁴⁸ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Dignidad frente a la barbarie (La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después)*. Madrid: Editorial Trotta. 1999. P. 124

1.2.1 Premisa: Todos los derechos humanos son equivalentes e interdependientes

Desde la perspectiva que maneja esta investigación, los DESC y los DCP son equivalentes e interdependientes. Es decir, no se puede pensar que la satisfacción solamente de un grupo de derechos pueda posibilitar una vida humana acorde a estándares de dignidad.

A pesar de lo señalado, durante mucho tiempo se ha pensado que los derechos humanos incluían únicamente a los derechos civiles y políticos y solo se podía pensar en los DESC como aspiraciones políticas que convenía cumplir pero que de ninguna manera podían obligar de manera compulsiva al Estado.

Otros también afirmaban que era imposible hacer justiciables los DESC por la implicancia económica que esto podía tener. En este sentido, dada la tradicional división de poderes, no se podía permitir que el Poder Judicial tuviese la facultad de ordenar gastos al Poder Ejecutivo. En el ámbito internacional, tampoco se consideró prudente que se pudiese obligar a los Estados a generar ciertos gastos para el cumplimiento de los tratados de derechos humanos. A pesar de todo lo señalado, la presente investigación considera que tales argumentos no se pueden sostener jurídicamente.

1.2.1.1 La (falsa) teoría de las generaciones

La primera de las teorías que afirma la diferencia entre los DCP y los DESC es la que afirma que, dada su aparición en el tiempo, no es posible equiparar ambos derechos. En el ámbito internacional, tal afirmación se sustentó teóricamente en lo señalado por una teoría que hablaba de las olas de derechos humanos y por una práctica de los Estados que evitaba la a toda vista la judicialización efectiva de los derechos sociales. Como ejemplo de ello podemos ver la falta de mecanismos de sanción en Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁴⁹ y en el mismo Protocolo de San Salvador.⁵⁰ Es por ello que la teoría y la jurisprudencia optaron por negar los

⁴⁹ El Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el cual el Comité DESC puede conocer casos individuales fue adoptado recién en 2008 y ha entrado en vigor solo el 5 de mayo de 2013.

⁵⁰ Solamente dos disposiciones del Protocolo de San Salvador son justiciables ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

derechos sociales. Una opción intermedia que se planteó fue el ampliar el rango de los derechos civiles para que puedan incluir a los DESC y “ser leídos en clave social”.⁵¹

No obstante ello, la tendencia actual apunta a reivindicar la equivalencia e interdependencia de los derechos civiles y políticos y de los DESC. Al respecto, cabe señalar que, inicialmente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (y también en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre) se pueden encontrar todos los derechos en un único documento. Tal interdependencia se puede ubicar incluso en la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre de la Francia Revolucionaria y en las constituciones progresistas de México y Weimar de inicios del siglo XX.⁵² También se aprecia en el documento final de la Conferencia de Teherán de 1968.⁵³ Desde los años 90 existe la tendencia de reivindicar activamente tal interdependencia. Es posible apreciar ello en el documento final de la Conferencia de Viena.⁵⁴ De manera más prístina, es posible apreciar dicha interdependencia en un documento vinculante como lo es la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que establece que se debe evitar “la discriminación es de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.”⁵⁵ Haciendo una analogía con lo sucedido con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es posible señalar que defender la interdependencia permite: abandonar la idea de generaciones, afirmar la indivisibilidad de los derechos, transitar de la idea de sujeto abstracto a sujeto concreto y acentuar la necesidad de garantizar ciertas condiciones

⁵¹ SALMÓN, Elizabeth. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*. Cooperación Alemana al Desarrollo – GTZ: Lima. 2010, p. 18.

⁵² SALMÓN, Elizabeth. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*. Cooperación Alemana al Desarrollo – GTZ: Lima. 2010, p. 20.

⁵³ La Proclamación de Teherán señalaba en su artículo 13:

Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social;

⁵⁴ Declaración y Programa de Acción de Viena. A/CONF.157/23. En el documento se afirmaba la interdependencia de derechos en el párrafo 5 que decía:

“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

⁵⁵ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Art.2

para que se dé un efectivo proceso democrático y no solo una democracia reducida a procedimientos.⁵⁶

1.2.1.2 La (falsa) teoría de la gratuidad de los DCP y la onerosidad de los DESC

Otra excusa utilizada para negar la equivalencia de los DCP y los DESC está referida a la supuesta gratuidad de los DCP y la onerosidad de los DESC. Este argumento se base en señalar que los DCP son gratuitos en tanto son deberes de abstención mientras que los DESC son onerosos por ser deberes de prestación. Tal concepción es errónea puesto que no entiende en toda su dimensión los costos que generan los derechos.

Por ejemplo, el derecho de propiedad no solamente genera la obligación estatal de abstenerse de realizar interferencias arbitrarias. También requiere “la creación de registros de propiedad de diverso tipo (automotora, inmobiliaria, etc.) hasta la financiación de juzgados, funcionarios y fuerzas de seguridad que puedan garantizar los contratos en los que la propiedad está en juego”⁵⁷ De la misma forma, es posible decir que los derechos sociales no solamente incluyen obligaciones prestacional sino también de otra índole. Así, el derecho a la salud, no se agota en un reparto de medicinas sino que también incluye la regulación de su fabricación y la prohibición de venta de productos en mal estado.⁵⁸

Por tanto, argumentar que los DESC no deben cumplirse simplemente porque son costosos es un argumento inválido. Los DESC y los DCP cuestan y ambos se necesitan mutuamente para tener un ambiente realmente respetuoso de los derechos humanos.

Tal interdependencia no solamente conlleva el que podamos hablar de exigibilidad de derechos económicos sociales y culturales sino que también establece que los derechos civiles y políticos se pueden plantear en clave de progresividad. Antes de extendernos en tal punto, es importante comprender bien la intención de la progresividad.

⁵⁶ RODOTÁ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Trotta: Madrid. 2014, p. 41.

⁵⁷ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Trotta: Madrid 2007, p. 60.

⁵⁸ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Trotta: Madrid 2007, p. 61.

De acuerdo con la Observación General 3 del Comité DESC, la progresividad es la “obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible”⁵⁹ con respecto a la satisfacción de un derecho. Tal consideración fue tomada porque se entendía que se requería de “un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”.⁶⁰ Esto no omite la obligación de tomar medidas al respecto pues, como señala Courtis, “el Pacto requiere la mejora continua de las condiciones de existencia, es decir, la progresividad, en el sentido de *progreso*, o ampliación de la cobertura y protección de los derechos sociales.”⁶¹

Si bien, como se puede apreciar, la progresividad fue pensada inicialmente para los derechos sociales en tanto se pensaba que el cumplimiento de los derechos civiles era inmediato pues únicamente implicaba la abstención del Estado. Tal pensamiento es posible de imaginar en el caso de detenciones arbitrarias, por ejemplo, o limitaciones a la libertad de prensa. En este sentido, no había un costo económico en la aplicación de estos derechos. No obstante, al día de hoy, se ha podido comprobar que el cumplimiento de los derechos civiles implica también acciones positivas.⁶² Si bien la tortura es una violación de la integridad en la que basta la inacción del Estado, hoy en día se exige que los Estados tengan protocolos de acción que permitan que las víctimas puedan acceder a justicia sin mayores problemas. También se puede pensar, en el caso de la libertad de expresión, el establecimiento de marcos jurídicos que permitan la participación de grupos minoritarios o en situación de vulnerabilidad.⁶³ Tales aspectos de los derechos no son directamente exigibles pues se configuran como obligaciones progresivas. De la misma forma, hay obligaciones

⁵⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General 3 (1990) La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Artículo 11[2] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, pár. 9.

⁶⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General 3 (1990) La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Artículo 11[2] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, pár. 9.

⁶¹ COURTIS, Christian. “La prohibición de regresividad en material de derechos sociales: apuntes introductorios” en COURTIS, Christian. *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Del Puerto: Buenos Aires. 2006, p. 9.

⁶² HOLMES, Stephen y Cass R. SUNSTEIN. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo XXI Editores: Buenos Aires. 2012.

⁶³ Al respecto, ver RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente*. 2010.

inmediatas en el caso de DESC como la no discriminación que no pueden esperar a un desarrollo progresivo.⁶⁴

En un caso que es particularmente relevante para esta investigación, cabe resaltar que la Observación General 2 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad⁶⁵ establece que la accesibilidad es una obligación progresiva a pesar de estar relacionada a la satisfacción de derechos tradicionalmente vinculados a lo civil y político. Adicionalmente, se establece que tal obligación se configura para instituciones privadas y públicas.

1.2.2 Las obligaciones jurídicas de los privados en materia de derechos humanos

En el ámbito internacional es posible encontrar obligaciones para los individuos y los actores privados⁶⁶. Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos se resalta que “tanto los individuos como las instituciones” deben promover “el respeto a estos derechos y libertades”⁶⁷. Para el ámbito latinoamericano, cabe resaltar la importancia de la Declaración de los Deberes y Derechos del Hombre. Dicho instrumento, previo a la Declaración Universal, establece un número de deberes que los individuos deben cumplir. Para los fines de esta investigación, se hará énfasis en uno de ellos, aquel del artículo XXIX que señala: “Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad.” Por tanto, los entes privados encargados de proveer derechos, deberán tener en cuenta la importancia de su labor con respecto a la posibilidad de permitir el desarrollo integral de la persona.

⁶⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* E/C.12/GC/2009. 2 de julio del 2009, pág. 7

⁶⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility*. CRPD/C/GC/2, pág. 27.

Even though ensuring access to the physical environment, transportation, information and communication, and services open to the public is often a precondition for the effective enjoyment of different civil and political rights by persons with disabilities, States parties can ensure that access is achieved through gradual implementation when necessary as well as through the use of international cooperation. An analysis of the situation to identify the obstacles and barriers that need to be removed can be carried out in an efficient manner and within a short- to mid-term framework. Barriers should be removed in a continuous and systematic way, gradually yet steadily.

⁶⁶ KNOX, John H. “Horizontal Human Rights Law” en *The American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 1 (Jan., 2008),

⁶⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos. Preámbulo

Además de tales instrumentos, se puede mencionar el quinto párrafo del Preámbulo común al Pacto Internacional de DCP y al Pacto Internacional de DESC.⁶⁸ Adicionalmente, es posible traer a colación también a la Carta Africana de Derechos Humano y de los Pueblos que consagra obligaciones del individuo en el artículo 29⁶⁹. El Derecho Internacional ha ido estableciendo más y más obligaciones para los individuos⁷⁰. Incluso, podemos encontrar que el Consejo de Derechos Humanos discutió la elaboración de una Declaración de las Responsabilidades Sociales Humanas⁷¹. En particular habría que traer a colación el artículo 12⁷² que señala la obligación de respetar los derechos de los demás. En esa misma línea, la UNESCO celebró una conferencia en 1998 con el fin de plantear la necesidad de recordar los deberes humanos.⁷³

En razón de lo señalado, se puede apreciar que existe una intención de cubrir a los privados con obligaciones de derechos humanos. No obstante, no hay forma de hacer efectiva dicha obligación desde el Derecho Internacional de manera directa y eso ha causado que ni la doctrina ni la

⁶⁸ PIDCP y PIDESC.

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto,

⁶⁹ Artículo 29 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.-

The individual shall also have the duty: 1. to preserve the harmonious development of the family and to work for the cohesion and respect of the family; to respect his parents at all times, to maintain them in case of need; 2. To serve his national community by placing his physical and intellectual abilities at its service; 3. Not to compromise the security of the State whose national or resident he is; 4. To preserve and strengthen social and national solidarity, particularly when the latter is threatened; 5. To preserve and strengthen the national independence and the territorial integrity of his country and to contribute to its defence in accordance with the law; 6. To work to the best of his abilities and competence, and to pay taxes imposed by law in the interest of the society; 7. to preserve and strengthen positive African cultural values in his relations with other members of the society, in the spirit of tolerance, dialogue and consultation and, in general, to contribute to the promotion of the moral well being of society; 8. To contribute to the best of his abilities, at all times and at all levels, to the promotion and achievement of African unity.

⁷⁰ Con referencia al Derecho Internacional general, véase, CASCADO TRINDADE, Antonio. *International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law*. Recueil des cours: collected courses of The Hague Academy of International Law 2005. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006. Hague Academy of International Law. Con respecto al Derecho Internacional humanitario, véase: SASSÓLI, Marco. *Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law* en *International Humanitarian Legal Studies* 1 (2010) 5–51

⁷¹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Final report of the Special Rapporteur, Miguel Alfonso Martínez, on the Study requested by the Commission in its resolution 2000/63, and submitted pursuant to Economic and Social Council decision 2002/277*. E/CN.4/2003/105. 17 de marzo de 2003.

⁷² Artículo 12.- Every person has the duty to exercise his or her recognized rights and freedoms, with due consideration and respect for the rights and freedoms of others, for the security of his or her society and the morality prevailing in it. Every person who lives in a heterogeneous society has the duty to exercise his or her rights and freedoms while bearing especially in mind the common interest of that society as a whole

⁷³ Declaración de Responsabilidades y Deberes Humanos adoptada por un Grupo de Alto Nivel presidido por Richard J. Goldstone bajo los auspicios de la Ciudad de Valencia y la UNESCO promovida y organizada por ADC Nouveau Millénaire con la fundación Valencia Tercer Milenio. Disponible en: http://www.cic.gva.es/images/stories/declaracion_de_valencia.pdf

jurisprudencia hagan énfasis en el contenido de estas obligaciones. Tampoco existe capacidad práctica o política para implementar dichas medidas en tanto sería imposible que el Derecho Internacional pudiese replicar el complejo andamiaje de la institucionalidad interna⁷⁴. Ello hace necesario que sean los Estados los que tomen medidas para asegurar que los privados cumplan con estas obligaciones. Tales medidas pueden ser omisiones o acciones.⁷⁵

La irrupción de los privados en el ámbito de los derechos humanos no debe llevar a pensar que la lógica economicista debe trasladarse a tal espacio. Por el contrario, la lógica de los derechos humanos es la que debe penetrar en el ámbito de la autonomía privada y limitarla para evitar que aquellos no se puedan satisfacer de manera efectiva. Al respecto, ya hemos repasado cómo esto se ha logrado. En esta sección nos encargaremos de evaluar la lógica de estas limitaciones y la irrupción del principio de solidaridad como compensación efectiva

Las libertades económicas son parte de nuestro sistema social y tienen consagración a nivel constitucional⁷⁶ e internacional.⁷⁷ No se puede negar la importancia de estos derechos para la sociedad. No obstante, se debe apostar por la conjugación plena de todos los derechos. Esto quiere decir que, en tanto no hay una prelación entre derechos (dada la ya mencionada interdependencia), es necesario que todos los derechos puedan desplegar efectos sin que unos afecten a los otros. La libertad de empresa permite buscar el lucro de manera legítima. No obstante, en algunos casos esto podría impedir el desarrollo de algunos derechos como ya se ha mencionado anteriormente. En

⁷⁴ KNOX, John H. "Horizontal Human Rights Law" en *The American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 1 (Jan., 2008), p. 19

⁷⁵ Al respecto, ver DE ASIS, Rafael. *Deberes y Obligaciones en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid. 1991, p. 367.

⁷⁶ PERÚ. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Art. 62

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

⁷⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 21.

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

estos casos, se tiene que acudir a las obligaciones de los privados en su mandato de permitir los derechos del resto de personas.

Nuestro Tribunal Constitucional, al referirse a estas obligaciones, las ha enmarcado en el principio de solidaridad, al cual se ha referido de la siguiente manera

Es indubitable que en cualquier forma de vida comunitaria se hace necesario que esta se instaure y organice en relación con un fin compartido y cuyos logros, de alguna manera, alcancen a todos los que la conforman.

De ahí que al percibirse los denominados derechos sociales como fines esenciales de toda comunidad política, se deduzca que toda persona o grupo intermedio tenga que regir sus relaciones coexistentiales bajo el principio de solidaridad.

La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo, sino consustancial.

El principio de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes, a saber:

- a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. Ello tiene que ver con la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.*
- b) El deber del núcleo dirigenal de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales.⁷⁸*

Este principio tiene una aplicación práctica que se traduce en un deber de solidaridad por el cual los particulares también participamos de la tutela de derechos.⁷⁹ Esto debe enmarcarse en la idea de

⁷⁸ PERÚ. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el expediente 2016-2004-AA/TC. Caso *José Luis Correa Condori*, pár. 15.

⁷⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 3.540-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello. 1 de setiembre de 2005.

que existen deberes fundamentales que limitan la acción de los particulares⁸⁰ y que se constituyen como un “empeño solidario de todos en la transformación de las estructuras sociales”.⁸¹

1.2.3 Los deberes del Estado con respecto a los privados en materia de derechos humanos

Establecer que los actores privados tienen obligaciones en materia de derechos humanos no ha sido sencillo. Tradicionalmente se ha entendido que los derechos humanos eran situaciones jurídicas que protegían al individuo frente al accionar del Estado, limitando su poder⁸². No obstante, el ingreso de los particulares a más esferas de acción ha generado que también se vea la necesidad de controlar su accionar. A esto se le ha denominado “efecto horizontal de los derechos humanos” o doctrina del *Dritwirkung*, por su nombre en alemán. Según ella, como ha precisado la Corte IDH, “los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.”⁸³

La primera vez que esto se consagra internacionalmente es en la sentencia del TEDH *X e Y v. Países Bajos*. En ella, al analizar las acciones del Estado con respecto a una menor violada en una institución de salud mental, se determinó que existe un deber estatal de tomar medidas para “asegurar el derecho a la vida privada incluso en la esfera de las relaciones entre individuos”⁸⁴. Por tanto, los derechos humanos tienen plena vigencia en las relaciones entre privados y el Estado no podrá abstenerse de actuar por el simple hecho de que la violación se produzca en una relación que parecería ser, inicialmente, de Derecho privado.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 226 – 231.

⁸¹ VIEIRA DE ANDRADE, J.C. *Os Direitos Fundamentais na Constitucao da República Portuguesa de 1976*. Coimbra; Almedina, 1987, p. 155. citado por SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 227

⁸² HABERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. UNAM y PUCP: Lima. 2003, p. 120

⁸³ CORTE IDH. OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, pár. 140.

⁸⁴ TEDH. *X and Y v. The Netherlands*. 8978/80. 26 de marzo de 1985, pár. 23. Cita literal: “23. The Court recalls that although the object of Article 8 (art. 8) is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life (see the *Airey* judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, p. 17, para. 32). These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves.”

A partir de dicha sentencia, el Derecho Internacional comienza a juzgar a los Estados por sus faltas al momento de asegurar este efecto horizontal de los derechos humanos. El Estado, por tanto, tiene obligaciones de efecto vertical que deberá hacer cumplir a través de su propio aparato. Pero también tendrá obligaciones *erga omnes* por lo que deberá movilizar su estructura para fiscalizar adecuadamente el cumplimiento de los derechos en las relaciones entre Estado e individuos y las que se dan entre estos últimos.

Es así que,

[]la obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos.⁸⁵

Estos argumentos responden directamente a la posibilidad de *laissez faire* con respecto a los derechos humanos. En tanto existe una obligación de garantía, se hace necesaria la actuación del Estado para asegurar la vigencia de los derechos humanos. Por tanto, dado que los derechos humanos generan obligaciones *erga omnes*, que se extienden a las relaciones entre privados⁸⁶, el incumplimiento por parte de estos genera responsabilidad internacional del Estado si es que se debe a su falta de debida diligencia para prevenir tal violación⁸⁷, siendo responsable incluso por su negligencia ante la actuación de terceros⁸⁸. A continuación, se explicarán mejor estos deberes estatales.

No obstante, cabe señalar que la doctrina jurídica no ha sido unánime en la clasificación de dichos deberes. Desde la observación general del Comité DESC sobre el derecho a la alimentación, se ha

⁸⁵ CORTE IDH. OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, pár. 147

⁸⁶ MELISH, Tara. "The Interamerican Court of Human Rights. Beyond Progressivity". Óp. cit., p.22.

⁸⁷ Corte IDH. *Caso Perozo y otros v. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 120; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 párr. 140 – 141; *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 172; Comité DESC. *Principios de Limburgo en la implementación del Pacto Internacional de DESC*. E/CN.4/7987/17, 2-6 de junio de 1986, párr. 72; *Directrices de Maastricht en la violación de DESC*. Óp. cit., párr. 15.d; y TEDH. *Caso Fadeyeva v. Rusia*. Sentencia del 09 de junio de 2005, párr. 89.

⁸⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 Óp. cit., párr. 152. Véase: EIDE, Asbjorn. "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights". En: IDE, Asbjorn, KRAUSE, Catarina, y ROSAS, Allan *Economic, Social and Cultural Rights*. Óp. cit. p.27.

establecido que todo los DESC tienen tres facetas: el respeto, la protección y el cumplimiento. Los Lineamientos de Maastricht asumen la misma división y establecen una definición para cada una de estas obligaciones. Así, la obligación de respetar se refiere a que el Estado no interfiera con el disfrute de los derechos económicos sociales y culturales. Por otro lado, la obligación de proteger implica que no se cometan violaciones por parte de terceros. Finalmente, la obligación de cumplir o aplicar implica que el Estado tome las medidas apropiadas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales o de otra naturaleza para la plena realización de dichos derechos⁸⁹.

En el caso de esta investigación, la obligación de protección será la que es exigible al Estado puesto que se deben tomar las medidas necesarias para evitar que la acción de los privados evite que algún derecho pueda verse satisfecho. Esto va a requerir diversas acciones por parte del Estado. En la siguiente sección las analizaremos bajo el lente del sistema de protección de los derechos humanos al que pertenece el Perú.

El Sistema Interamericano de protección de derechos humanos ha determinado una forma de atribución especial de responsabilidad internacional. Así, ha renunciado a las categorías tradicionales⁹⁰ y ha optado por una *lex specialis* establecida en sus artículos 1.1 y 2⁹¹. En dichos artículos se establecen las obligaciones de respetar, garantizar y tomar medidas de Derecho interno. La obligación de respeto apunta a limitar el poder público y evitar que interfiera con el ejercicio de los derechos y libertades.⁹² Esta obligación es, en esencia, una de abstención.

El deber de garantía “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y

⁸⁹ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptadas entre el 22 y 26 de enero de 1997 por un grupo de expertos. Directriz 6.

⁹⁰ Estas pueden ser encontradas en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, *Resolución 56/83 Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. A/RES/56/83, 28 de enero de 2002.

⁹¹ CORTE IDH. Caso Masacre de Mapiripán v. Colombia, 15 de septiembre de 2005, párrafo 107.

⁹² CORTE IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 165

procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.⁹³ Este deber, vale la pena reiterar, involucra una serie de deberes específicos que son: prevenir, investigar, sancionar y reparar. Por tanto, esta obligación requiere de acciones específicas.

1. **Obligación de prevenir las violaciones a los derechos humanos:** “Abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito, que puede acarrear sanciones, así como la obligación de indemnizar a las víctimas.”⁹⁴ Esta obligación es particularmente importante en los casos en que hablamos de las obligaciones de privados.
2. **Obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos:** Si se producen violaciones a los derechos humanos, el Estado debe buscar que dichas violaciones no queden impunes, sino que se investiguen los hechos y se juzguen a los responsables. Solo así las víctimas pueden recuperar sus derechos. Este es un deber de medios, no de resultados. Así, puede que la investigación no sea exitosa, porque no se encuentra a los responsables. No obstante, las investigaciones deben ser realizadas con seriedad y deben buscar obtener el mejor resultado posible, aunque no siempre se logre.⁹⁵ Si acaso, el Estado tolerase dichas acciones, estaría incumpliendo este deber⁹⁶.
3. **Obligación de sancionar las violaciones a los derechos humanos:** Una vez que la investigación logra identificar adecuadamente a los culpables, estos deben ser sancionados, respetando los lineamientos del debido proceso en sede jurisdiccional

⁹³ CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 166; *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párrafo 142.

⁹⁴ CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, par. 175.

⁹⁵ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, par. 177.

⁹⁶ *Mutatis mutandi* CORTE IDH. OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, pár. 147

y administrativa. Nuevamente, las faltas al sancionar serían una muestra de tolerancia o aquiescencia con respecto a la violación

4. **Obligación de reparar:** Además, el Estado tiene el deber de reparar a las víctimas por la violación sufrida. Así, se asegura la plena vigencia de los derechos en la sociedad puesto que no se permite que la violación afecte el pleno derecho de la personas.

Finalmente, cabe resaltar que otra de las obligaciones presentadas por el sistema interamericano es la de adoptar disposiciones de Derecho interno. Esta obligación tiene dos vertientes. En primer lugar, obliga al Estado a “la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención”.⁹⁷ En segundo lugar, impone al Estado “la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.⁹⁸

Visto esto, es posible decir lo siguiente. Las obligaciones de respeto en el sistema universal interamericano son similares. La obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno incluiría al deber de cumplimiento de los DESC a través de la creación de prácticas que permitan la realización de los derechos.

Finalmente, la obligación de proteger es análoga a la obligación de garantía. Así, dado que los Estados pueden ser responsables por su falta de prevención⁹⁹ y también pueden ser responsables por su negligencia ante la actuación de terceros¹⁰⁰, debemos concluir que esto también sería posible para los casos de derechos económicos, sociales y culturales. Por tanto, tenemos ante nosotros dos

⁹⁷ Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, Párrafo 165

⁹⁸ Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, Párrafo 165

⁹⁹ Corte IDH. *Caso Perozo y otros v. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 120; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 párr. 140 – 141; *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 172; Comité DESC. *Principios de Limburgo en la implementación del Pacto Internacional de DESC*. E/CN.4/7987/17, 2-6 de junio de 1986, párr. 72; *Directrices de Maastricht en la violación de DESC*. Óp. cit., párr. 15.d; y TEDH. *Caso Fadeyeva v. Rusia*. Sentencia del 09 de junio de 2005, párr. 89.

¹⁰⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 Óp. cit., párr. 152. Véase: EIDE, Asbjorn. “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”. En: EIDE, Asbjorn, KRAUSE, Catarina, y ROSAS, Allan *Economic, Social and Cultural Rights*, p.27.

efectos. En primer lugar, existe un efecto irradiador de los derechos humanos que obliga a los particulares a respetarlos. Al mismo tiempo, existe un deber estatal de garantía o protección con respecto a los derechos que se violan en una relación entre privados. En estos casos, no importará la naturaleza del derecho, es decir, si es que es económico, social y cultural o civil y político en virtud del principio de interdependencia de los derechos humanos. Visto lo anterior, los derechos económicos, sociales y culturales son plenamente justiciables tanto en las violaciones ocasionadas por el Estado como en las realizadas por terceros.

Sistema interamericano	Sistema universal
Respetar	Respetar
Garantizar	Proteger
Adoptar medidas de Derecho interno	Cumplir

Elaboración propia

1.2.4 La influencia de los derechos humanos en la configuración del Derecho Privado

Es posible apreciar que si el Estado quiere cumplir con sus obligaciones en materia de derechos debe también lograr que los privados cumplan con sus deberes. No obstante, como es posible prever, ello no es sencillo. Por ejemplo, uno de los problemas que aparece cuando se hace referencia a los derechos humanos en el ámbito privado es delimitar si es que el Derecho Público puede actuar o si nos referimos a controversias que deben versar únicamente en el ámbito privado. Y es que la fuente de las obligaciones en la mayor parte de los casos es un contrato privado libremente aceptado y en el cual habría que respetar la libertad de contratación. Tal es uno de los problemas principales al momento de determinar el efecto horizontal de los derechos humanos: ¿cuál es la esfera a cargo del Derecho Privado y cuál a cargo del Derecho Público?

Este problema se agudiza por el cambio de lógica que se impregna a través de la orientación neoliberal. Así, por ejemplo, cuando recibimos una atención de salud en un hospital público, somos conscientes que ello es una manifestación del derecho a la salud y que inherentemente esperamos que tal atención cumpla con estándares mínimos de disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y

aceptabilidad.¹⁰¹ No obstante, en el ámbito privado, para recibir una atención en salud requerimos plantear nuestra necesidad en un contrato, es decir, en un intercambio por el cual entregamos dinero a cambio de la realización de un servicio. Y en ese ámbito aceptamos que los estándares de la atención que recibimos están directamente vinculados a la posibilidad que tengamos de pagar por ella. En este sentido, la privatización de los derechos los retira de la esfera estatal (prestación) y los traslada a la esfera privada (contrato).

Tal dicotomía es real y tangible en una serie de derechos sociales que han pasado a manos de privados como pueden ser la seguridad social, la salud, el agua y el derecho que nos ocupa: la educación. En el ámbito privado, como se sabe, prima la autonomía de la voluntad por lo que las relaciones serán determinadas por las partes sin que pueda haber mayor intervención estatal.

Desde una lógica mercantilista, dicho argumento es razonable. En tanto las personas son las que mejor conocen qué es lo que les conviene, buscarán satisfacer sus derechos en el mercado de acuerdo a sus posibilidades. En ese contexto, realizarán contratos con entidades que brinden los servicios que están buscando. De esta forma, el contrato se vuelve la piedra angular no solamente de los intercambios comerciales sino también de la prestación de derechos. No obstante, ello, como puede adivinarse, es peligroso puesto que los supuestos del contrato no siempre se cumplen en los casos de la prestación de derechos. Así, se puede poner como ejemplo la igualdad. Si bien el contrato presume la igualdad formal, esta no suele presentarse en los casos de salud en los que una persona natural contrata con una empresa (que suele ser grande).

Al respecto, siguiendo a Calderón Villegas, es posible apreciar que el Derecho Público y el Derecho Privado se han construido para la regulación de situaciones de diversa índole.¹⁰² De tal manera, siguiendo a Bobbio, afirmará que el criterio determinante para evaluar esto será conocer si estamos ante una situación de igualdad entre las partes o de desigualdad entre las partes.¹⁰³ En tal sentido, a

¹⁰¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/2000/4 (2000), pár. 12.

¹⁰² CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. *La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Editorial Temis: Bogotá. 2010, pp. 9 – 23.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Fondo de Cultura Económica: México DF, p. 13 citado por CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. *La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Editorial Temis: Bogotá. 2010, p. 9

lo que se apunta es que el Derecho Privado resolverá las contiendas entre iguales mientras que el Derecho Público pasará actuar cuando existan desigualdades y estas se transformen en injusticias o insatisfacción de derechos. El Derecho Privado parte de varios supuestos que no siempre se cumplen en todos los casos. Al respecto, es particularmente importante la situación de desigualdad en que se encuentran los contratantes. Las regulaciones civiles se plantean en la lógica de la igualdad formal, es decir, que ambas partes son iguales. Como es evidente, dicha presunción es falsa puesto que, en estos casos, la empresa que presta los servicios tiene un mayor poder. Esto, adicionalmente, conlleva a que la relación ya no sea de coordinación sino de subordinación. Si la manifestación de la coordinación es la negociación del contrato, en estos casos nos vemos confrontados con la aplicación de contratos no negociados¹⁰⁴: una nueva forma de subordinación. El autor colombiano, adicionalmente, señala otros criterios de distinción entre Derecho Privado y Derecho Público que podemos resumir en la siguiente tabla.

Derecho Privado	Derecho Público
Individuo – grupos menores	Comunidad – sociedad global
Utilidad particular	Utilidad común
Relaciones de igualdad	Relaciones de desigualdad
Relaciones de coordinación	Relaciones de subordinación
Sociedad económica	Sociedad política
Comprador – vendedor	Súbdito – funcionario
Contrato – ley subsidiariamente obligatoria – ley derogable por los particulares	Ley principalmente obligatoria – ley inderogable
Justicia conmutativa	Justicia distributiva

Fuente y elaboración: CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. *La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Editorial Temis: Bogotá. 2010, p. 11.

¹⁰⁴ Conocidos como contratos por adhesión en la legislación peruana dada su referencia en el artículo 1390 del Código Civil.

El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar integralmente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

Estos elementos son importantes para la determinación de la acción del Estado en estas nuevas formas de contratación. Así como la desigualdad fue la raíz del surgimiento del derecho laboral,¹⁰⁵ en estos casos también se exige acción estatal para nivelar las condiciones de desigualdad. Entonces, así como no se permite que el empleador ofrezca un salario menor al establecido legalmente, tampoco podrá el privado ofrecer servicios que no cumplan con los estándares de derechos humanos.

De esta forma es posible apreciar cómo la “desigualdad contractual constitucionalmente relevante, la justicia redistributiva y la satisfacción de intereses colectivos se declaran ahora como parte de la autonomía de la voluntad, lo que implica, entonces, una disminución de los espacios de libre intercambio de los particulares”.¹⁰⁶ Entonces, si bien no se puede desconocer que nos encontramos frente a un contrato y que la autonomía de la voluntad y la libertad contractual son elementos esenciales de tal relación, no se puede creer que el Estado deba abstenerse de toda regulación. Por el contrario, su presencia se vuelve fundamental y trastoca la lógica anterior. Por tanto, si bien en un momento se consideró que la autonomía privada era un poder omnímodo, “con el surgimiento de los postulados sociales del Estado de Derecho, se relativizó su alcance en favor de la salvaguarda y protección del bien común, el principio de solidaridad y los derechos de los terceros (*concepción moderna*).”¹⁰⁷

La Corte Constitucional de Colombia resume estas ideas de la siguiente manera:

la concepción moderna de la autonomía de la voluntad privada, supone la existencia de un poder dispositivo de regulación, pero sometido a la intervención normativa del Estado, de suerte que, lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado.

Así, en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia; (ii) En el logro o consecución no sólo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de

¹⁰⁵ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima. 2012, p. 5.

¹⁰⁶ CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. *La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Editorial Temis: Bogotá. 2010, p. 65

¹⁰⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 468-2003, pár. 15.

los derechos; (iv) En el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y; (v) A la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe.¹⁰⁸

En este sentido, las diferencias entre la concepción vieja de la autonomía privada y la moderna se verá reflejada en el siguiente cuadro:

Elemento	Concepción antigua	Concepción moderna
Libertad para contratar	Plena libertad	<i>Plena libertad, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia</i>
Interés privado	La actividad negocial se dirige exclusivamente a la regulación de los intereses particulares, es decir, a la consecución de un estado de felicidad individual	<i>Se apunta a la consecución no sólo del interés particular sino también del interés público o bienestar común</i>
Límites a la autonomía privada	Solamente el orden público y las buenas costumbres	<i>Se pueden proponer diferentes límites con el propósito de evitar el abuso de los derechos</i>
Rol del juez	El juez debe limitarse a verificar la voluntad de los contratantes, sin que el juez pudiese proceder a determinar otro tipo de efectos jurídicos.	<i>El juez debe velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes</i>
Buena fe		<i>A la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe</i>

Fuente: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 468-2003
Elaboración propia

1.2.5 El rol de los privados en los servicios públicos

Queda claro que, en los casos de desigualdad, la actuación del Estado se hace necesaria a pesar de que nos encontremos frente a un contrato. Aunque podría presumirse que la presencia de dicho instrumento convierte la acción del Estado en subsidiaria, la realidad nos muestra que su accionar es necesario en los casos que nos conciernen: aquellos que conllevan la satisfacción de derechos humanos. Estos se encuentren íntimamente vinculados a la prestación de servicios públicos.

¹⁰⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 468-2003, pár. 15.

Es difícil conceptualizar qué podemos entender cómo servicio público. Desde el Derecho Internacional no existe una definición clara al respecto (a pesar de su uso constante en algunos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo).¹⁰⁹ Nuestra Constitución tampoco no asume una definición al respecto. No obstante lo señalado, el Tribunal Constitucional ha asumido que un servicio público es aquel que cuenta con las siguientes cuatro características:

- a) *Su naturaleza esencial para la comunidad.*
- b) *La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.*
- c) *Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standar mínimo de calidad.*
- d) *La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.*¹¹⁰

Al respecto, cabe resaltar que “lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas.”¹¹¹ Por tanto, para saber si el servicio analizado es un servicio público, no es necesario que el Estado sea el encargado de la aplicación sino la verificación de las características antes mencionadas. Esto se puede verificar a través de la prestación de ciertos servicios básicos en algunos países como el agua que puede estar privatizada pero no pierde su condición de servicio público.

Adicionalmente, es importante tener en cuenta que, en muchas ocasiones, el cumplimiento adecuado de un servicio público es la garantía de cumplimiento de un derecho. Al respecto, cabe resaltar que cuando se habla de bienes públicos, como son los derechos, los servicios que se ofrezcan sobre ellos son de naturaleza pública y deben ser protegidos por el Estado sin importar que

¹⁰⁹ Convenio 151 Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978. Art. 6

1. Deberán concederse a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas.

2. La concesión de tales facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración o servicio interesado.

3. La naturaleza y el alcance de estas facilidades se determinarán de acuerdo con los métodos mencionados en el artículo 7 del presente Convenio o por cualquier otro medio apropiado.

¹¹⁰ PERÚ. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del 15 de febrero de 2005 recaída en el expediente 00034-2004-PI/TC. Caso *Luis Nicanor Maraví Arias, en representación de cinco mil ciudadanos (demandante) c. Congreso de la República (demandado)*, pág. 40

¹¹¹ PERÚ. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del 15 de febrero de 2005 recaída en el expediente 00034-2004-PI/TC. Caso *Luis Nicanor Maraví Arias, en representación de cinco mil ciudadanos (demandante) c. Congreso de la República (demandado)*, pág. 41

exista una tercerización en su prestación¹¹². La delegación de un servicio público a la iniciativa privada conlleva inmediatamente la obligación estatal de “fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible”¹¹³. Y es que la privatización “no le resta capacidad de intervención, pues la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población.”¹¹⁴ Por tanto, cuando se presente un servicio público, como en nuestro caso de estudio, es necesaria la intervención estatal para asegurar el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales.



¹¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N° 49 pár. 96

¹¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N° 49 pár. 96

¹¹⁴ PERÚ. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del 15 de febrero de 2005 recaída en el expediente 00034-2004-PI/TC. *Caso Luis Nicanor Maraví Arias, en representación de cinco mil ciudadanos (demandante) c. Congreso de la República (demandado)*, pár.42

Capítulo II: La educación inclusiva

La educación es uno de los derechos humanos con mayor consagración normativa en el ámbito internacional.¹¹⁵ Ello se debe a su particular relevancia: no solamente se constituye como un derecho sino que posibilita el ejercicio de otros derechos.¹¹⁶ En tal sentido, es posible corroborar diferentes situaciones en las cuales el acceso a una educación de calidad posibilita el ejercicio de otros derechos, como el derecho al trabajo, o permite un mejor ejercicio de la libertad de expresión o los derechos civiles y políticos. Asimismo, se ha identificado que la educación es el “principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades”.¹¹⁷ Finalmente, es un elemento esencial para la conformación de una sociedad democrática¹¹⁸ y para el establecimiento de una sociedad solidaria.¹¹⁹

No obstante, tal como sucede con el ejercicio de otros derechos, los colectivos humanos tradicionalmente más excluidos también han sido apartados de la educación. Cabe resaltar que, en el caso de la educación, asistimos a un derecho que es esencialmente ejercitado por niños lo cual acrecienta la condición de vulnerabilidad. No obstante, es posible identificar que son las niñas de ámbitos rurales, los niños pertenecientes a pueblos indígenas, los niños migrantes y refugiados y los niños y niñas con discapacidad quienes se ven más apartados del derecho a la educación.

La situación de estos niños no es casual sino que parte de un sinnúmero de discriminaciones sistémicas¹²⁰ que se conjugan en el sistema educativo para su exclusión. Así, los sistemas

¹¹⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26; Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, artículo 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, artículo 13; Carta Social Europea, artículo 17.2; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 28, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5.e; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, artículo 10; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 17.

¹¹⁶ TOMASEVSKI, Katarina. *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable*. Lund: Right to Education Primers, 2001, p. 10

¹¹⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)* E/C.12/1999/10. 1999 p. 1

¹¹⁸ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Wisconsin v Yoder* (1972) 406 US 205, 221: ‘Some degree of education is necessary to prepare citizens to participate effectively and intelligently in our open political system if we are to preserve freedom and independence’

¹¹⁹ TEDESCO, Juan Carlos. *Educación y Justicia Social en América Latina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica y Universidad Nacional de San Martín. 2009, p. 221

¹²⁰ El Comité DESC ha señalado que la discriminación sistémica existe cuando “la discriminación contra algunos grupos

educativos suelen estar alejados geográficamente de donde viven estos niños.¹²¹ En otras ocasiones, la educación no es gratuita o el acceso a ella es muy costoso. También es posible pensar en ocasiones en las que el sistema no se adapta a los niños y por ello, incluso cuando se garantiza el acceso, no se puede obtener una educación de calidad.

La educación inclusiva es un concepto educativo que busca combatir tales exclusiones y maltratos. Consagra la idea de que la educación no puede ser planteada de manera segregada sino que tiene que incluir a grupos tradicionalmente excluidos del sistema educativo. Tales exclusiones eran el inicio de una serie de discriminaciones de las que, durante mucho tiempo, han sido víctimas minorías religiosas, minorías lingüísticas, pueblos indígenas y personas con discapacidad. En el presente trabajo, adoptaremos la definición empleada por el Relator de Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, quien señala que la:

“educación inclusiva se basa en el principio de que siempre que sea posible todos los niños deben estudiar juntos, sin establecer ningún tipo de diferencias. La educación inclusiva reconoce que todo niño tiene características, intereses, capacidades, y necesidades de aprendizaje particulares y que los alumnos con necesidades educativas especiales deben tener acceso al sistema de educación general y encontrar acomodo en él mediante una pedagogía centrada en el niño. La educación inclusiva, al tener en cuenta la diversidad existente entre los alumnos, trata de luchar contra actitudes discriminatorias, crear comunidades donde sean bien acogidos, lograr una educación para todos, así como mejorar la calidad y la eficacia de la educación de los alumnos de la enseñanza corriente.”¹²²

Ello implica que “los sistemas educativos deberían dejar de considerar a las personas con discapacidad como problemas que hay que solucionar, y actuar de manera positiva ante la diversidad del alumnado, considerando las diferencias individuales como otras tantas oportunidades para enriquecer la enseñanza para todos.”¹²³ Por tanto, la educación inclusiva es un enfoque no solamente útil para niños con discapacidad sino para cualquier niño que no sea necesariamente

subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.” COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* E/C.12/GC/2009. 2 de julio del 2009, pár. 12.

¹²¹ MUÑOZ, Vernor, CLADE & CEJIL. Derecho a la Educación de las personas con discapacidad en América Latina y el Caribe. 2009, pp. 33 – 35.

¹²² MUÑOZ, VERNOR. *El derecho a la educación de las personas con discapacidades*. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz. A/HRC/4/29, pár. 9

¹²³ MUÑOZ, VERNOR. *El derecho a la educación de las personas con discapacidades*. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz. A/HRC/4/29, pár. 9

perteneciente a un grupo mayoritario. No obstante, el presente trabajo solamente abordará el derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad.

En este sentido, se pasará a analizar cómo el concepto se va presentando en el ámbito teórico y cómo adquiere reconocimiento jurídico. Posteriormente, se analizará la importancia de ese hecho para el desarrollo de la persona con discapacidad. De esta manera, se verá que dentro de la teoría de las capacidades, la educación toma un rol fundamental en el desarrollo de la persona y más aún en el caso de las personas con discapacidad. Posteriormente, se analizará cómo influye la educación inclusiva en la formación de las personas sin discapacidad y cómo ayuda a inculcar valores de solidaridad e inclusión en los futuros ciudadanos, con y sin discapacidad. Esto resulta particularmente importante si se entiende que solamente a través de una educación inclusiva es plantear una ciudadanía inclusiva.

2.1 La evolución del concepto de educación inclusiva

La educación inclusiva, en el caso de las personas con discapacidad, surge con la aparición teórica del modelo social, es decir, la conceptualización de que la discapacidad no surge únicamente de la persona sino que se da por la confluencia de la deficiencia y la existencia de diversas barreras sociales. Si bien tal definición tiene una consagración normativa recién desde la adopción de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, es posible localizar diversos estudios y legislaciones que ya habían previsto tal derecho. Previo a dicho desarrollo conceptual, tanto la exclusión como la segregación fueron los signos distintivos de la educación de personas con discapacidad durante mucho tiempo.

2.1.1 Los viejos conceptos

El modelo social reemplaza a las concepciones anteriores sobre la discapacidad: el modelo de prescindencia y el modelo médico. Cada uno de estos modelos tiene una relación con los distintos modelos educativos que han existido con respecto a las personas con discapacidad. El primero de ellos establecía la inutilidad total de la persona con discapacidad por lo cual lo mejor era eliminarlo o

apartarlo de la sociedad.¹²⁴ La idea de hospitales psiquiátricos en los cuales se confina a personas con discapacidad mental responde a esta concepción.

La idea de la prescindencia en la educación se puede plantear en dos momentos. En primer lugar, si este modelo podía llevar a la muerte de la persona con discapacidad (como en el caso de la antigua ciudad – Estado de Esparta en la que se arrojaba a los niños con discapacidad desde el monte Taigeto),¹²⁵ o a relegarlas a la mendicidad o a ser motivo de burla a través del rol de payasos, bufones de la corte o *freak shows*;¹²⁶ consecuentemente, la educación no se planteaba como algo de lo que fuesen merecedoras las personas con discapacidad. Tal planteamiento solamente fue confrontado por Juan Amos Comenius quien alrededor del siglo XVII señalaba que era posible y necesario educar a las personas con discapacidad. Así, escribía que “no se puede dejar de incluir en la educación humana a nadie, excepto a quien no sea humano.”¹²⁷ No obstante, la visión mayoritaria apuntaba a excluir, primero por la diferencia. Tiempo después, con el arribo de la Ilustración, se buscaría fundamentar la exclusión de las personas con discapacidad (en especial las que tenían discapacidad intelectual) en base a concepciones darwinianas.¹²⁸

Posteriormente, al llegar al consenso de que todos debían acceder a la educación, se planteó la necesidad de crear un espacio para atender a las personas con discapacidad de manera diferenciada. Tal iniciativa se enmarca en lo que se conoce como educación segregada. Esta forma de enseñar sugiere que la educación es de mayor calidad cuando se imparte a grupos homogéneos.¹²⁹ Tal idea, usualmente, buscaba impedir que un grupo minusvalorado socialmente pudiese interactuar con otro grupo jerárquicamente dominante. Así, por ejemplo, se buscaba evitar

¹²⁴ PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*, 2008, Cinca: Madrid, pp.38 -39. También ver: FOUCAULT, Michael. *El nacimiento de la clínica: una arqueología de la mirada médica*. Siglo XXI: Buenos Aires. 2008.

¹²⁵ PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*, 2008, Cinca: Madrid, p. 40

¹²⁶ RIESER, Richard. *Implementing Inclusive Education. A Commonwealth Guide to Implementing Article 24 of the UN Convention on the Rights of People with Disabilities*. Commonwealth Secretariat: Londres. 2008, p.13.

¹²⁷ Citado por ALONSO PARREÑO, María José e Inés DE ARÁOZ SÁNCHEZ-DOPICO. *El impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española*. 2011. Ediciones Cinca: Madrid p. 17

¹²⁸ TOVAR, Teresa. “Debate y modelo de educación inclusiva” en SALMÓN, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (eds). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. IDEHPUCP: Lima. [en prensa]

¹²⁹ ALONSO PARREÑO, María José e Inés DE ARÁOZ SÁNCHEZ-DOPICO. *El impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española*. 2011. Ediciones Cinca: Madrid p. 15

que afrodescendientes y caucásicos se juntasen en escuelas de Estados Unidos. Ello se justificaba en que cada grupo aprendería mejor por separado pero en realidad, perpetuaba visiones jerárquicas de la sociedad en la que ciertos grupos merecían una mejor educación. En este orden de ideas, la mejor y única forma de educar a las personas con discapacidad era apartándolas de la educación regular pues su participación en el aula solo generaría más problemas. No obstante, tal modelo no toma en cuenta que el estudiar “en una escuela especial supone, de entrada, distinto nivel de exigencia, distinto tipo de compañeros y distintas relaciones humanas que el educarse en una escuela ordinaria, regular o común, ya sea pública o privada”¹³⁰ y no toma en cuenta la necesidad de conocer la diversidad para una educación para todos. No obstante, por discutible que sea este modelo, sigue siendo mucho mejor que la exclusión total del sistema educativo al que aún están sometidos muchos niños y niñas con discapacidad.¹³¹

Años después, aparece el modelo médico, que establece que la discapacidad está en la persona por lo cual esta deberá esforzarse en superarla para poder actuar en la sociedad¹³². Su correlativo educacional es el modelo de integración. Dicho modelo señala que la persona con discapacidad puede participar en la educación regular solamente si se adapta al sistema educativo regular. Esto quiere decir que se busca corregir la deficiencia de la persona en lugar de intentar derribar las barreras que impiden su plena participación en la educación¹³³. Bajo la apreciación de este modelo, el niño que no consiga adaptarse, no podrá integrarse. En tal sentido, su única forma de ir a la escuela regular será “una vez que los especialistas le hayan ‘curado’ en un escuela segregada”¹³⁴.

No obstante, como ya se ha señalado, el modelo social establece que la discapacidad no existe simplemente por la persona, sino que surge de la interacción que se establece entre la deficiencia de

¹³⁰ CASANOVA, María Antonia. *Educación inclusiva: un modelo de futuro*. Wolters Kluwer España: Madrid.2011, p. 17.

¹³¹ De acuerdo con cifras del Ministerio de Educación, en el Perú existe una brecha de atención a estudiantes con discapacidad del 85%. PERÚ. MINISTERIO DE EDUCACIÓN. *Educación Básica Especial y Educación Inclusiva – Balance y Perspectivas*. 2013, p 45.

¹³² PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*, 2008, Cinca: Madrid, p. pp.80-81

¹³³ ALONSO PARREÑO, María José e Inés DE ARÁOZ SÁNCHEZ-DOPICO. *El impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española*. 2011. Ediciones Cinca: Madrid p. 20

¹³⁴ ALONSO PARREÑO, María José e Inés DE ARÁOZ SÁNCHEZ-DOPICO. *El impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española*. 2011. Ediciones Cinca: Madrid p. 20

la persona y las barreras que establece la sociedad¹³⁵. Dichas barreras pueden ser de orden arquitectónico, jurídico, social o actitudinal. Bajo este modelo, la discapacidad surge de las barreras que crea la sociedad y la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan disfrutar de sus derechos se consigue a través de la destrucción de esas barreras. Este planteamiento comenzó a darse durante los años 70 y 80 y buscaba la modificación de las barreras sociales en lugar de la adaptación de la persona.¹³⁶

En dicho contexto, y ante el fracaso de la educación integradora para lograr que los niños con discapacidad puedan educarse conjuntamente con niños sin discapacidad, surgen nuevas voces que abogan por una nueva forma de educación. Tal clamor tiene repercusión y, en 1978, el Parlamento británico presenta el Informe Warnock¹³⁷. Este documento revoluciona la forma de entender la educación de las personas con discapacidad. Se basa en la convicción de que las categorías estigmatizan a los niños por lo que es mejor no usarlas. En lugar de ello, utiliza el concepto de “necesidades educativas especiales”. Así, al hablarse de necesidades se acepta que es el entorno el que debe realizar modificaciones para que el estudiante pueda aprender. De acuerdo a Alonso y de Aráoz el cambio de paradigma se da por dos razones:

*En primer lugar, el concepto de necesidades educativas especiales tiene un carácter relativo y contextual. Las dificultades de aprendizaje de los alumnos no son inherentes a su desarrollo sino que en gran medida están determinadas por su entorno familiar y social, por las características de su escuela y por los métodos de enseñanza de los profesores. Si se cambian esas condiciones que actúan negativamente, las dificultades del alumno en sus aprendizajes pueden reducirse notablemente. En segundo lugar, el concepto de necesidades educativas especiales remite directamente a la provisión de recursos, a la adaptación del currículo y a los sistemas de acceso al mismo. Especialmente importante es la relación entre la determinación de las necesidades educativas especiales de los alumnos en cuestión y la provisión del profesorado de apoyo que debe colaborar en su educación.*¹³⁸

¹³⁵ PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*, 2008, Cinca: Madrid, p. 122

¹³⁶ ALONSO PARREÑO, María José e Inés DE ARÁOZ SÁNCHEZ-DOPICO. *El impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española*. 2011. Ediciones Cinca: Madrid p. 24

¹³⁷ WARNOCK COMMITTEE: *Special Educational Needs: the Warnock Report*, London, D.E.S., 1978. [Informe sobre necesidades educativas especiales], *Siglo Cero*, N.º 120, julio-agosto 1990. Warnock, M. (1978) «Special Education Needs. Report of the Committee of Enquiry into the Education of handicapped Children and young People». London, her Majesty's Stationery Office. «Meeting special education needs» London, her Majesty's Stationary Office. (1981).

¹³⁸ ALONSO PARREÑO, María José e Inés DE ARÁOZ SÁNCHEZ-DOPICO. *El impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española*. 2011. Ediciones Cinca: Madrid p. 26

En este sentido, ya no será el niño (con discapacidad o sin ella) quien sea culpable de no adaptarse sino que es todo el sistema el que debe cambiar. Así, se llegará a afirmar que no es que existan niños con dificultades para aprender sino, más precisamente, “adultos con dificultades para enseñar”.¹³⁹

De esta manera, el modelo social encuentra su correlativo educacional en el modelo de educación inclusiva. Como ya se ha señalado, dicho planteamiento establece que no son las personas con discapacidad las que deben adaptarse al sistema educacional sino que es este último el que debe responder, de manera flexible, a las diferencias y necesidades de los niños y niñas para asegurar su permanencia en el sistema educacional.¹⁴⁰ En palabras de Rieser, es posible afirmar que la “integración implica que el niño debe cambiar para participar en el sistema educativo existente. En la educación inclusiva se necesita un cambio para lograr la accesibilidad y se reta la actitud de los directores, funcionarios, estudiantes, padres y de la comunidad local”¹⁴¹

En este sentido, habría que entender que los cambios a realizar en el sistema educativo son radicales y alcanzan a toda la comunidad educativa y no solamente las instituciones educativas y sus agentes. Una educación inclusiva requiere un sistema educativo inclusivo en el que el Ministerio de Educación, como ente rector, establezca políticas que den efecto real al derecho a la educación de personas con discapacidad. Se requiere también directores audaces que apuesten por una comunidad educativa respetuosa de la diversidad. Se apuesta por padres que no oculten información sino que traten la discapacidad con naturalidad. Finalmente, se necesita profesores entrenados en la educación en diversidad y de compañeros que crezcan con “aprendizajes válidos y personalidades equilibradas, respetuosas del otro, enriquecidas por cuanto les rodea, capaces de disentir sin agredir ni subordinarse a las ideas de los otros”.¹⁴²

¹³⁹ ALONSO PARREÑO, María José e Inés DE ARÁOZ SÁNCHEZ-DOPICO. *El impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española*. 2011. Ediciones Cinca: Madrid p. 27

¹⁴⁰ ALONSO PARREÑO, María José e Inés DE ARÁOZ SÁNCHEZ-DOPICO. *El impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española*. 2011. Ediciones Cinca: Madrid p. 23

¹⁴¹ RIESER, Richard. *Implementing Inclusive Education. A Commonwealth Guide to Implementing Article 24 of the UN Convention on the Rights of People with Disabilities*. Commonwealth Secretariat: Londres. 2008, p. 22. Traducción propia de “Integration implies that the child has to change to be able to participate in the existing school system. In inclusive education a change is needed to address accessibility and challenge attitudes of managers, staff, pupils, parents and the local community.”

¹⁴² CASANOVA, María Antonia. *Educación inclusiva: un modelo de futuro*. Wolters Kluwer España: Madrid. 2011, p. 16

Finalmente, es necesario recalcar que la educación inclusiva acaba con la segregación. En dicho sentido, cabe resaltar que existe consenso con respecto a que “instituciones educativas separadas son inherentemente desiguales”¹⁴³ por lo que su aplicación a cualquier minoría (étnica, lingüística o por razón de discapacidad) es inaceptable e injusta. Es por ello que el sistema educativo deberá elaborar políticas inclusivas y diversos ajustes razonables para que estos niños no sean apartados del ejercicio de su legítimo derecho a la educación. Tal diferenciación podría moderarse en el caso de las discapacidades más severas. No obstante, la perspectiva de esta investigación considera que es necesaria la convivencia entre personas con discapacidad y personas sin discapacidad para poder lograr tener una sociedad inclusiva. Así, se deberá lograr que se compartan al menos algunos espacios educativos en los casos más complejos.

2.1.2 La evolución normativa del derecho a la educación de personas con discapacidad

La evolución de las diversas posturas referentes a la educación de las personas con discapacidad tiene un correlato normativo. En el ámbito internacional se han planteado diversas posturas con respecto a la educación de las personas con discapacidad de acuerdo a diversos momentos históricos hasta llegar a la consagración de la educación inclusiva en la vigente Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre del 2006. Analizaremos de manera separada los avances producidos en el ámbito interamericano puesto que sus premisas con respecto a la discapacidad se encuentran superadas por las propuestas nacidas en el ámbito de las Naciones Unidas.

2.1.2.1 La evolución del derecho a la educación de personas con discapacidad en el sistema universal antes de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

En el ámbito normativo, es claro el mandato de no discriminación¹⁴⁴ en diferentes esferas del Derecho. Con respecto al Derecho Internacional, es posible rastrear indicios referentes a la

¹⁴³ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Traducción propia. “Separate educational facilities are inherently unequal”

¹⁴⁴ Se verá mejor el tema más adelante.

obligatoriedad de educar sin diferencias en los casos referentes a las minorías alemanas que vivían en Polonia.¹⁴⁵ No obstante, tal igualdad no derivaba de los derechos de las personas sino de las obligaciones adquiridas por el Estado polaco en el marco de ciertos tratados con Alemania.¹⁴⁶

Posteriormente, ya en el ámbito de los derechos humanos, es posible encontrar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra el derecho a la educación en su artículo 26:

Artículo 26

1. *Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.*
2. *La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.*
3. *Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.*

Como se puede apreciar, el fraseo utilizado no deja margen a la interpretación. Toda persona tiene derecho a la educación. Por tanto, el derecho estaría incluyendo a las personas con discapacidad, salvo que se considere que los seres humanos con discapacidad no son personas. Si bien hoy en día esa interpretación sería desechada, es posible pensar que, cuando el artículo 1 señala que los seres humanos están dotados “de razón y conciencia”¹⁴⁷ está excluyendo de la calificación de personas a quienes no tengan razón y conciencia bajo el paradigma racional imperante. Así, se estaría avalando una discriminación implícita a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial.¹⁴⁸ No es intención de este trabajo el incidir más en este aspecto, pero se deja constancia de cómo ciertos elementos retóricos que apuntaban hacia la igualdad de todos los seres humanos podían estar excluyendo a un sector de la humanidad. En este sentido, se hará un pequeño excursus sobre estos términos en la actualidad para luego seguir con la argumentación de la investigación.

¹⁴⁵ Corte Permanente Internacional de Justicia. *Minority Schools in Albania*, PCIJ [1923], ser. A/B, N° 64, 19.

¹⁴⁶ Al respecto, ver SHELTON, Dinah. “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en *Anuario de Derechos Humanos* N°4, 2008, pp. 16 – 17.

¹⁴⁷ Art. 1 DUDH. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

¹⁴⁸ Al respecto, ver NEIL, Michael, “Reasonably Confused: Human Rights and Intellectual Disability” (2011). *APSA 2011 Annual Meeting Paper*.

La búsqueda de lo humano, o de lo que nos hace humanos, es un trabajo complicado. Desde los inicios de la humanidad se busca aquello que nos haga plenamente humanos, que nos separe de los animales. En este sentido, ha sido la razón el elemento que permitiría diferenciarnos de los animales y, a la vez, igualarnos a todos. La razón parece ser ese elemento que todo el género humano comparte sin mayor distinción. No obstante, esto nos puede llevar a la posibilidad de excluir a quienes podamos considerar que no tienen tal “razón”. Así, por ejemplo, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “no existe discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.”¹⁴⁹ Por tanto, una manera de entender el término razón en la Declaración Universal es como una forma de exclusión.

Otra forma de entenderlo es la forma en que lo hizo el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Allí se señala que “*Reconociendo* que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole”.¹⁵⁰ Tal interpretación buscaría armonizar las tendencias e incluir a las personas con discapacidad en todas las formulaciones previamente señaladas.

La primera interpretación es excluyente e incompatible con lo señalado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La segunda parece querer omitir una referencia explícita a la razón. En este sentido, lo mejor es adoptar una posición como la de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El valor del ser humano no está condicionado a nada. El valor del ser humano no se basa en su razón, su deseo o su emoción, se debe únicamente a su calidad de ser humano. Esta afirmación parece tautológica porque lo es. La humanidad debería ser una presunción *iuris tantum* (sin prueba en contrario) sobre la que se basa todo el sistema jurídico. Basarlo en alguna característica particular puede llevar a consecuencias no

¹⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, SOLICITADA POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, pág. 48.

¹⁵⁰ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Preámbulo, literal b).

previstas (como la expansión de derechos para animales con cierta inteligencia, como los delfines, o con capacidad de meta-representación, como varios simios) o incluso indeseables (como la negación de derechos para personas que no presenten ciertas características). En este sentido, lo más protector es, desde una perspectiva jurídica, plantear la humanidad como un dato fáctico basado en un porcentaje compartido de ADN y no en ciertas características que puedan terminar excluyendo. A fin de cuentas, la razón¹⁵¹ puede ser un elemento tan discriminatorio como antes lo era la lengua o el color de piel.

Para terminar con este excursus, cabe señalar que no se busca negar que existan ciertos elementos puedan ser constituyentes de la personalidad. Lo que se busca es señalar que la tesis que se debe adoptar es que todos los seres humanos son titulares de derecho sin distinción. Las características de la personalidad podrían servir para evaluar si es que otros seres también podrían ser titulares de derechos en otro momento (clones, androides o extraterrestres).¹⁵²

Siguiendo con la argumentación original, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1966, adoptaría dos tratados sobre derechos humanos para generar obligaciones con respecto a lo señalado en la Declaración Universal: uno sobre derechos civiles y políticos y otro sobre derechos económicos, sociales y culturales. Tal división no tuvo fundamentos jurídicos sino meramente políticos basados en la confrontación ideológica derivada de la Guerra Fría.¹⁵³ En este sentido, se decidió que el derecho a la educación sería reconocido como un derecho social y por tanto pasó a ser parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Tal instrumento establece en su artículo 13 lo siguiente:

Artículo 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para

¹⁵¹ Habría que entender esta razón como una “supuesta” razón o, como mucho, como una razón mayoritaria.

¹⁵² Al respecto, véase ALEXY, Robert. “Data y los derechos humanos. Mente positrónica y concepto dobletriádico de la persona” en ALEXY, Robert y Adolfo GARCÍA FIGUEROA. *Star Trek y los derechos humanos*. Tirant lo Blanch: México DF, 2012.

¹⁵³ BREGAGLIO LAZARTE, Renata Anahí. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de los tratados*. Tesis para obtener el grado de magister en Derechos Humanos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2010, pp. 18 – 20.

participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Tales fueron las primeras apariciones del derecho a la educación en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como es posible apreciar, el derecho es consagrado de manera igualitaria para todos. De ello se deduce que todos tienen derecho a acceder y gozar de educación de calidad, sin importar si tienen discapacidad o no. Como se desarrollará líneas más abajo, veremos que, a pesar de lo anteriormente señalado, fue necesario reafirmar el derecho a la educación de diversas minorías entre las que se encuentra el colectivo de personas con discapacidad.

En el lapso de tiempo entre la Declaración Universal y la adopción de los Pactos, también hubo otras acciones encaminadas a acabar con la discriminación en el derecho a la educación puesto que, a pesar de la consagración en la Declaración, el derecho seguía siendo esquivo a diferentes poblaciones. Consecuentemente, la UNESCO adoptó en 1960 la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, primer instrumento especializado

temáticamente en combatir los hechos de índole discriminatoria que sucedían en el ámbito educativo. Para ello, tal tratado establece una definición de discriminación que señala

A los efectos de la presente Convención, se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial:

- a. Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;*
- b. Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo;*
- c. A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o*
- d. Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana.*

El fraseo utilizado para la Convención es particularmente interesante. En primer lugar, adopta una definición particularmente avanzada del término discriminación pues señala que puede estar constituida tanto por hechos que tengan la finalidad o el efecto de alterar la igualdad de trato. En este sentido, aporta la idea de que, en muchos casos, ciertos hechos pueden generar discriminación de manera indirecta. De hecho, tal será el fraseo que será adoptado en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial en 1965.¹⁵⁴ Ello resulta de importancia porque diferentes instancias internacionales reconocerán que la definición de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial es la primera en plantear todos los elementos actuales de la configuración de la discriminación.¹⁵⁵

Para evitar que existan problemas interpretativos, el tratado señala de qué formas se estaría violando su contenido. Así, señala cuatro formas de exclusión que deben ser combatidos: la exclusión del sistema o de un ámbito del sistema, la limitación a ciertos niveles inferiores, la segregación y la imputación de situaciones incompatibles con la dignidad humana. Solo se permite la segregación por motivo de sexo, lengua y establecimiento de establecimientos privados siempre y

¹⁵⁴ **Artículo 1**

1. En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

¹⁵⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* E/C.12/GC/2009. 2 de julio del 2009, pie de página 6.

cuando se maneje con estándares de equitativos.¹⁵⁶ Líneas más adelante se analizará cómo la posibilidad de separar por lengua podría habilitar una segregación voluntaria por parte de los niños pertenecientes a la comunidad sorda.

Años más tarde, Naciones Unidas comenzaría a trabajar la temática de la discapacidad. Así, por ejemplo, en 1975, la Asamblea General adoptó la Declaración de los Derechos de los Impedidos. Tal instrumento se adscribía plenamente al modelo médico de la discapacidad pues planteaba que el ser 'impedido' "la consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales".¹⁵⁷ Con respecto a la educación, es posible ubicar una referencia pequeña en el artículo 6 que señala que:

6. El impedido tiene derecho a recibir atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia; a la readaptación médica y social; a la educación; la formación y a la readaptación profesionales; las ayudas, consejos, servicios de colocación y otros servicios que aseguren el aprovechamiento máximo de sus facultades y aptitudes y aceleren el proceso de su integración o reintegración social.

Como es posible apreciar, no existe una referencia explícita sobre cuál debe ser el modelo educativo que deben seguir las personas con discapacidad. No obstante, al plantear que se debe apoyar un proceso de "integración" es fácil inferir que la educación, bajo este instrumento, tendrá un carácter integrador que excluirá a quienes no puedan superar las barreras de la sociedad.

¹⁵⁶ ARTICULO 2

En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

- a. La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes;
- b. La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, si la participación en esos sistemas o la asistencia a esos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado, particularmente para la enseñanza del mismo grado;
- c. La creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado.

¹⁵⁷ Declaración de los Derechos de los Impedidos, art. 1.

Siguiendo el recuento histórico es posible ubicar la Convención sobre los derechos del niño como otro hito en el establecimiento de una educación inclusiva. Es así que tal instrumento normativo, adoptado en 1989, señala en su artículo 28 lo siguiente:

Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
- c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
- e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Nuevamente, todo niño podrá acceder a la educación. Para ello, los Estados deberán tomar diversas medidas: gratuidad en la educación básica, gratuidad y asistencia financiera en la enseñanza secundaria y accesibilidad basada en la capacidad en el caso de la educación superior. En el caso de esta Convención, habría que leer este artículo con el correspondiente a los derechos del niño con discapacidad.¹⁵⁸ En ese sentido, el artículo 23.3 de dicho tratado señala que es obligación de los Estados proveer de asistencia a los niños con discapacidad que “*estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación*”.¹⁵⁹ Así, podemos apreciar una primera

¹⁵⁸ Si bien el fraseo exacta es “niño impedido física o mentalmente”, se entiende que esa es la expresión para referirse a niño con discapacidad.

¹⁵⁹ **Artículo 23**

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

inclusión de la realidad de los niños con discapacidad y una disposición explícita que consagra su derecho a la educación. Este primer llamado será el inicio de una tendencia normativa que buscaría reforzar la necesidad de atender el derecho a la educación de las personas con discapacidad.

Un año después, en 1990, se celebró en Jomtien, Tailandia, la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos convocada por UNESCO. Tal reunión se celebró buscando acabar con las exclusiones que persistían en el ámbito educativo.¹⁶⁰ La “Declaración Mundial sobre Educación para Todos, Satisfacción de las Necesidades Básicas de Aprendizaje” que siguió a la Conferencia reconocía que había que “modificar las desigualdades en materia de educación y suprimir las discriminaciones en las posibilidades de aprendizaje de los grupos desasistidos”.¹⁶¹ Al nombrar a tales grupos no incluye al de niños con discapacidad. A ellos se les dedica un acápite separado en el que se establece que:

*Las necesidades básicas de aprendizaje de las personas impedidas precisan especial atención. Es necesario tomar medidas para garantizar a esas personas, en sus diversas categorías, la igualdad de acceso a la educación como parte integrante del sistema educativo.*¹⁶²

El artículo en cuestión no permite una interpretación sencilla. ¿A qué apunta el tratamiento apartado de los niños con discapacidad? ¿Apunta a reforzar la idea de que son necesarias las adaptaciones de la escuela? ¿O acaso apunta a que se debe permitir el acceso al sistema educativo pero no de manera igualitaria al del resto de niños sino en un sistema segregado o integrador? Si bien desde la década de los 80 parece propugnarse la necesidad de una educación inclusiva, en este caso, la formulación del artículo y la exclusión del grupo de discapacidad de otros colectivos discriminados

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

¹⁶⁰ De acuerdo al Preámbulo de la Declaración de Jomtien, 100 millones de niños no tenían acceso a la educación básica.

¹⁶¹ Declaración de Jomtien, Art. 3.4

¹⁶² Declaración de Jomtien, Art. 3.5

parecen querer decir que las necesidades especiales de los niños con discapacidad deben ser atendidas de manera separada a través de la educación especial. Pareciera ser, entonces, que en 1990, la idea de Educación para Todos no necesariamente quería decir que la educación tuviese que prestarse a todos de la misma manera. Al respecto, resulta elocuente que el Comité de Derechos del Niño, en la Observación General sobre el niño con discapacidad, al repasar los antecedentes de la educación inclusiva, no señale a la Declaración de Jomtien como un hito relevante.¹⁶³

Tres años después, en 1993, Naciones Unidas adoptaría las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (en adelante, Normas Uniformes). En tal instrumento, el modelo médico sigue imperando como se puede notar en las definiciones. No obstante, es posible vislumbrar el tránsito hacia el modelo social. Por ello, en el ámbito educativo se promueve la inclusión aunque no de una manera concluyente sino permitiendo excepciones. Ello termina generando una idea de integración. Tal vez por ello, como en el caso de la Declaración de Jomtien, el Comité de Derechos del Niño, en la Observación General sobre el niño con discapacidad, no la incluye como un hecho importante en el devenir normativo del establecimiento de la educación inclusiva.¹⁶⁴ A continuación, el artículo referente a educación en las Normas Uniformes:

Artículo 6. Educación

Los Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad en entornos integrados, y deben velar por que la educación de las personas con discapacidad constituya una parte integrante del sistema de enseñanza.

- 1. La responsabilidad de la educación de las personas con discapacidad en entornos integrados corresponde a las autoridades docentes en general. La educación de las personas con discapacidad debe constituir parte integrante de la planificación nacional de la enseñanza, la elaboración de planes de estudio y la organización escolar.*
- 2. La educación en las escuelas regulares requiere la prestación de servicios de interpretación y otros servicios de apoyo apropiados. Deben facilitarse condiciones adecuadas de acceso y servicios de apoyo concebidos en función de las necesidades de personas con diversas discapacidades.*
- 3. Los grupos o asociaciones de padres y las organizaciones de personas con discapacidad deben participar en todos los niveles del proceso educativo.*

¹⁶³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general sobre el derecho del niño con discapacidad, pie de página 4.

¹⁶⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general sobre el derecho del niño con discapacidad, pie de página 4.

4. *En los Estados en que la enseñanza sea obligatoria, ésta debe impartirse a las niñas y los niños aquejados de todos los tipos y grados de discapacidad, incluidos los más graves.*
5. *Debe prestarse especial atención a los siguientes grupos:*
 - a. *Niños muy pequeños con discapacidad;*
 - b. *Niños de edad preescolar con discapacidad;*
 - c. *Adultos con discapacidad, sobre todo las mujeres.*
6. *Para que las disposiciones sobre instrucción de personas con discapacidad puedan integrarse en el sistema de enseñanza general, los Estados deben:*
 - a. *Contar con una política claramente formulada, comprendida y aceptada en las escuelas y por la comunidad en general;*
 - b. *Permitir que los planes de estudio sean flexibles y adaptables y que sea posible añadirles distintos elementos según sea necesario;*
 - c. *Proporcionar materiales didácticos de calidad y prever la formación constante de personal docente y de apoyo.*
7. *Los programas de educación integrada basados en la comunidad deben considerarse como un complemento útil para facilitar a las personas con discapacidad una formación y una educación económicamente viables. Los programas nacionales de base comunitaria deben utilizarse para promover entre las comunidades la utilización y ampliación de sus recursos a fin de proporcionar educación local a las personas con discapacidad.*
8. *En situaciones en que el sistema de instrucción general no esté aún en condiciones de atender las necesidades de todas las personas con discapacidad, cabría analizar la posibilidad de establecer la enseñanza especial, cuyo objetivo sería preparar a los estudiantes para que se educaran en el sistema de enseñanza general. La calidad de esa educación debe guiarse por las mismas normas y aspiraciones que las aplicables a la enseñanza general y vincularse estrechamente con ésta. Como mínimo, se debe asignar a los estudiantes con discapacidad el mismo porcentaje de recursos para la instrucción que el que se asigna a los estudiantes sin discapacidad. Los Estados deben tratar de lograr la integración gradual de los servicios de enseñanza especial en la enseñanza general. Se reconoce que, en algunos casos, la enseñanza especial puede normalmente considerarse la forma más apropiada de impartir instrucción a algunos estudiantes con discapacidad.*
9. *Debido a las necesidades particulares de comunicación de las personas sordas y de las sordas y ciegas, tal vez sea más oportuno que se les imparta instrucción en escuelas para personas con esos problemas o en aulas y secciones especiales de las escuelas de instrucción general. Al principio sobre todo, habría que cuidar especialmente de que la instrucción tuviera en cuenta las diferencias culturales a fin de que las personas sordas o sordas y ciegas logran una comunicación real y la máxima autonomía.*

Como se puede observar, la norma apunta a que sea el sistema educativo el que se adapte al estudiante con discapacidad. Así, se señala que los Estados deben facilitar “condiciones adecuadas de acceso y servicios de apoyo concebidos en función de las necesidades de personas con diversas discapacidades.”¹⁶⁵ Como formas de cumplir con este objetivo se propone que “los planes de estudio sean flexibles y adaptables”¹⁶⁶, que se proporcionen “materiales didácticos de calidad”¹⁶⁷ y que se

¹⁶⁵ Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Art. 6.2

¹⁶⁶ Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Art. 6.6.b.

¹⁶⁷ Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Art. 6.6.c.

prevea “la formación constante de personal docente y de apoyo”.¹⁶⁸ Atendiendo a estas disposiciones, parecería clara la obligación de proveer educación inclusiva para las personas con discapacidad. No obstante, incisos más abajo, es posible encontrar formulaciones imprecisas sobre la permanencia de la educación integradora. Así, en el inciso 8 se señala que “*En situaciones en que el sistema de instrucción general no esté aún en condiciones de atender las necesidades de todas las personas con discapacidad, cabría analizar la posibilidad de establecer la enseñanza especial, cuyo objetivo sería preparar a los estudiantes para que se educaran en el sistema de enseñanza general.*” De la misma forma, en el inciso 9 se establece que “*Debido a las necesidades particulares de comunicación de las personas sordas y de las sordas y ciegas, tal vez sea más oportuno que se les imparta instrucción en escuelas para personas con esos problemas o en aulas y secciones especiales de las escuelas de instrucción general*”. Si bien en ambos casos la formulación se da en un modo condicional (“cabría analizar la posibilidad” o “tal vez sea más oportuno”), se permite que los Estados determinen la viabilidad de la educación inclusiva y prefieran la educación especial o integradora por sobre la primera.

Al año siguiente, en 1994, la propia UNESCO volvería a reunirse en Salamanca, España, para celebrar la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales: Acceso y Calidad. En este instrumento, se proclamó lo siguiente en el artículo 2:

Artículo 2

Creemos y proclamamos que:

- *todos los niños de ambos sexos tienen un derecho fundamental a la educación y debe dárseles la oportunidad de alcanzar y mantener un nivel aceptable de conocimientos,*
- *cada niño tiene características, intereses, capacidades y necesidades de aprendizaje que le son propios,*
- *los sistemas educativos deben ser diseñados y los programas aplicados de modo que tengan en cuenta toda la gama de esas diferentes características y necesidades,*
- *las personas con necesidades educativas especiales deben tener acceso a las escuelas ordinarias, que deberán integrarlas en una pedagogía centrada en el niño, capaz de satisfacer esas necesidades,*
- *las escuelas ordinarias con esta orientación integradora representan el medio más eficaz para combatir las actitudes discriminatorias, crear comunidades de acogida, construir una sociedad integradora y lograr la educación para todos; además, proporcionan una educación efectiva a la mayoría de los niños y mejoran la eficiencia y, en definitiva, la relación costo-eficacia de todo el sistema educativo.*

¹⁶⁸ Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Art. 6.6.c.

Como se puede apreciar, este es el primer manifiesto que señala la importancia de la educación inclusiva. Apelando a una mirada de modelo social, reclama que los niños con necesidades educativas especiales sean atendidos de forma que se pueda satisfacer dichas necesidades. Al realizar esto, parte de una comprensión amplia de la diversidad pues señala que cada *“niño tiene características, intereses, capacidades y necesidades de aprendizaje que le son propios”*. Por tanto, en tanto todos los niños son distintos, el sistema siempre va a tener que responder de manera diferenciada para cada una de sus características, intereses, capacidades y necesidades. En este sentido, se tiene que entender que la discapacidad es simplemente una forma más de la diversidad humana.

Otro elemento digno de ser resaltado son los fundamentos que sustentan la apuesta por la educación inclusiva. No sorprende ver que los redactores del documento señalen que la educación inclusiva va a generar una sociedad más integradora.¹⁶⁹ Sin embargo, sí sorprende ver la presencia del análisis costo – beneficio al momento de determinar su prevalencia sobre otros modelos educativos. Sorprende porque si se plantea como argumento podría verse rebatido en casos específicos en los que el costo exceda el beneficio de integrar a una persona. Adicionalmente, si se apoya la educación inclusiva en dicho motivo, se podría terminar aceptando que en los países en los que la educación inclusiva resulte muy costoso, no tendrían la obligación de realizarlo. Ello resulta inadecuado puesto que el fundamento de los derechos jamás debe basarse en consideraciones de aspecto económico por más que su realización dependa del aspecto económico en muchos casos. No obstante, el argumento del costo – beneficio parece ser útil para convencer a los Estados de la conveniencia de la educación inclusiva.

Finalmente, una vez que ya estaban en marcha las negociaciones con respecto a la adopción de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,¹⁷⁰ el Comité sobre los Derechos del Niño emitió su Observación General 9, de setiembre del 2006. En tal documento, con respecto a educación se plantea lo siguiente:

¹⁶⁹ Este punto será analizado en el presente capítulo líneas más adelante.

¹⁷⁰ Más adelante se abordará el proceso de negociación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y los vaivenes de la configuración jurídica del derecho a la educación inclusiva en dicho instrumento.

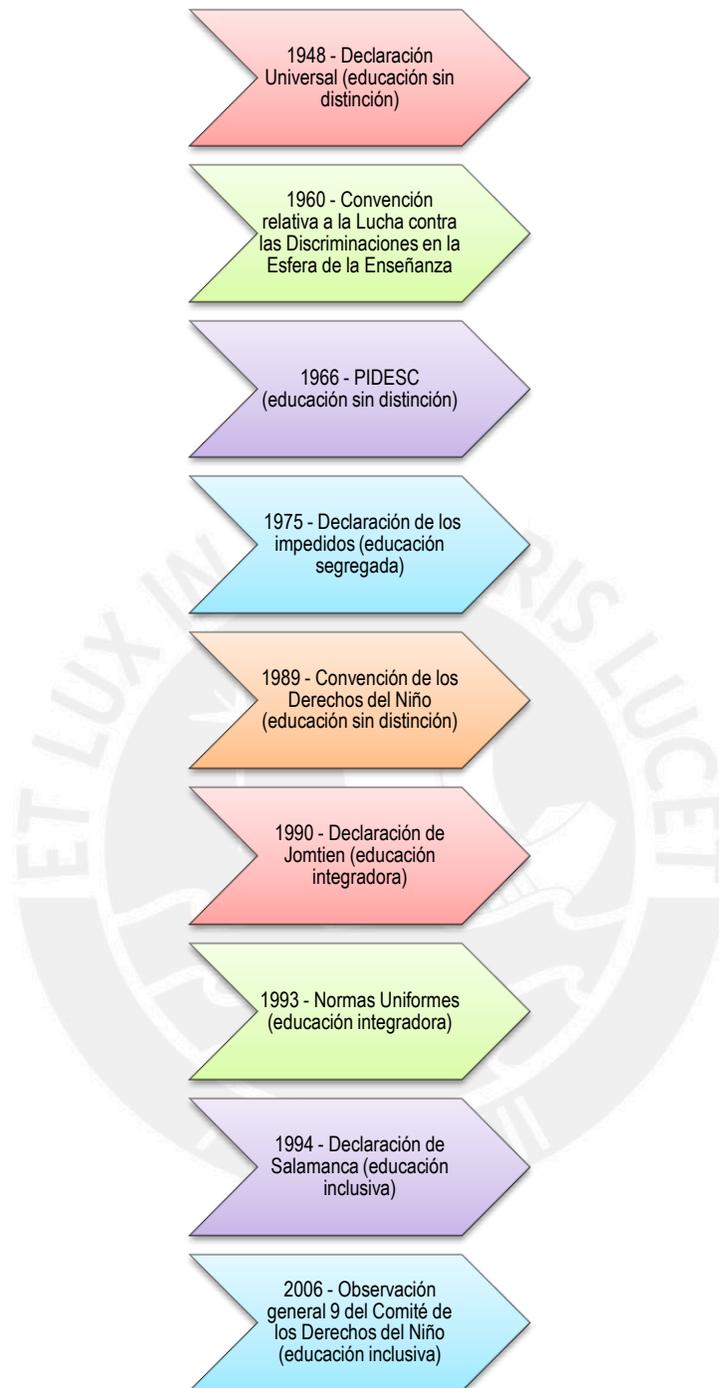
62. *Los niños con discapacidad tienen el mismo derecho a la educación que todos los demás niños y disfrutarán de ese derecho sin discriminación alguna y sobre la base de la igualdad de oportunidades, según se estipula en la Convención¹⁷¹. Con este fin, el acceso efectivo de los niños con discapacidad a la enseñanza debe garantizarse para promover el desarrollo de "la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades" (véanse los artículos 28 y 29 de la Convención y la Observación general N° 1 del Comité (2001) sobre los propósitos de la educación). En la Convención se reconoce la necesidad de modificar las prácticas en las escuelas y de formar a maestros de enseñanza general para prepararlos a enseñar a los niños diversas aptitudes y garantizar que logren resultados académicos positivos.*

63. *Dado que los niños con discapacidad se diferencian mucho entre sí, los padres, los maestros y otros profesionales especializados tienen que ayudar a cada niño a desarrollar su forma y sus aptitudes de comunicación, lenguaje, interacción, orientación y solución de problemas que se ajusten mejor a las posibilidades de ese niño. Toda persona que fomente las capacidades, las aptitudes y el desarrollo del niño tiene que observar atentamente su progreso y escuchar con atención la comunicación verbal y emocional del niño para apoyar su educación y desarrollo de formar bien dirigida y apropiada al máximo.*

Si bien el texto no reconoce explícitamente un derecho a la educación inclusiva, el Comité de Derechos del Niño sí *"reconoce la necesidad de modificar las prácticas en las escuelas"*. En este sentido, es posible corroborar la injerencia del modelo social de la discapacidad en la educación.

Como es posible notar, la incorporación del modelo social en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos fue un derrotero no exento de vaivenes. Si bien a partir de cierto momento toma fuerza un discurso que apuesta por la diversidad, no necesariamente ello conllevaba la idea de que los Estados debían tomar acciones reales para evitar la segregación. Será necesaria la creación de un instrumento específico para velar por los derechos de las personas con discapacidad para que se pueda concluir la necesidad de que la educación debe darse a todos por igual.

¹⁷¹ En este contexto el Comité quisiera referirse a la Declaración del Milenio (A/RES/55/2) y en particular al objetivo 2 de desarrollo del Milenio relacionado con el logro de la enseñanza primaria universal, según el cual los gobiernos están comprometidos a "velar por que, para el año 2015, los niños y niñas de todo el mundo puedan terminar un ciclo completo de enseñanza primaria y que los niños y niñas tengan igualdad de acceso a todos los niveles de la enseñanza". El Comité también quisiera hacer referencia a otros compromisos internacionales que hacen suya la idea de la educación inclusiva, entre otros, la Declaración de Salamanca sobre principios, política y práctica relativos a las necesidades especiales en materia de educación: acceso y calidad, Salamanca (España), 7 a 10 de junio de 1994 (UNESCO y Ministerio de Educación y Ciencia de España) y el Marco de Acción de Dakar sobre Educación para Todos: Cumplir Nuestros Compromisos Comunes, aprobado en el Foro Mundial sobre la Educación, Dakar (Senegal), 26 a 28 de abril de 2000.



2.1.2.2 La evolución del derecho a la educación de personas con discapacidad en el sistema interamericano

Por otra parte, en el ámbito interamericano, también se dio un proceso similar con respecto a la adopción de los primeros instrumentos de derechos humanos. Es así que podemos encontrar que la educación se consagra en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el artículo XII que señala

Artículo XII. Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.

Asimismo tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado.

Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.

Como en el caso de la mayoría de instrumentos de la época, no hay un reparo especial en el derecho a la educación de las personas con discapacidad. No obstante, sí se establece el derecho para todos y todas sin establecer exclusiones válidas. En este caso también es posible plantear la crítica realizada a la Declaración Universal puesto que en el Preámbulo se señala que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.”¹⁷² Nuevamente, si bien tal fraseo no podría ser considerado excluyente el día de hoy, es posible pensar que una interpretación restrictiva generase una diferencia entre los seres humanos con “razón y conciencia” y quienes no las tienen. De manera similar a las Naciones Unidas, la Asamblea General de la OEA decidió adoptar instrumentos diferentes para la protección de los derechos establecidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. En este sentido, en 1969, se adoptó un tratado sobre derechos civiles y políticos conocido como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana) que solamente establecía una débil protección a los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 que señalaba:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

¹⁷² Preámbulo. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

En un momento posterior, en el año 1988, se adoptó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Protocolo de San Salvador". Tal instrumento debía servir para reforzar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro continente; no obstante, su nivel de ratificación es menor al de la Convención Americana. Adicionalmente, la tímida negociación del instrumento llevó a que solamente el derecho a la educación y la libertad sindical serían susceptibles de ser planteados en una denuncia en el sistema interamericano. Como si eso no fuese impedimento suficiente, los Estados acordaron que estas denuncias solamente procederían cuando los derechos mencionados "fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo".¹⁷³ Ello significaría que, si bien podría lograrse plantear una denuncia por violación al derecho a la educación en el sistema interamericano, esto solamente podría suceder cuando el Estado haya sido responsable por acción directa. En este sentido, se excluirían las violaciones al derecho a la educación que fuesen causadas por el incumplimiento del deber de garantía del Estado.

A continuación, se transcribe el artículo en el cual consagra el derecho a la educación en el tratado previamente mencionado:

Artículo 13

Derecho a la Educación

- 1. Toda persona tiene derecho a la educación.*
- 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.*
- 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:*
 - a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;*

¹⁷³ Protocolo de San Salvador.

Artículo 19

Medios de Protección

6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;*
 - c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;*
 - d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;*
 - e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.*
4. *Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.*
5. *Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.*

Como se puede apreciar, siempre la formulación es a que el derecho debe ser disfrutado por toda persona y no se establecen motivos para la restricción del derecho. En este espacio sí es posible encontrar una mención al derecho a la educación de las personas con discapacidad. No obstante, tal mención se enmarca en lo prescrito por el modelo médico puesto que se establece que los Estados deben desarrollar programas diferenciados para personas con “impedimentos físicos o deficiencias mentales”. Consecuentemente, el literal 3.e del artículo 13 del Pacto de San Salvador constituye una consagración normativa a nivel de la segregación educativa.

Más de una década después, en 1999, se adoptó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Tal documento tiene dos referencias respecto al derecho la educación de las personas con discapacidad. En primer lugar, en el artículo III.1.a el tratado señala que los Estados deberán adoptar:

- a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;*

En segundo lugar, el instrumento internacional, en su artículo III.2.b, obliga a los Estados a trabajar prioritariamente las siguientes áreas:

b) *La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad; y*

Nuevamente, resulta imposible determinar por qué modelo educativo se apuesta en este tratado. Hubiese sido importante resaltar la apuesta por una educación inclusiva en tanto existe un documento del mismo sistema que consagra la segregación educativa como se vio líneas más arriba. No obstante, en la actualidad, tal debate estaría zanjado puesto que la Corte Interamericana en el caso *Furlán y familiares v. Argentina* decidió aplicar los estándares de la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, buscando armonizarlos.¹⁷⁴ De la misma forma, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (órgano monitor del tratado) asumió tal perspectiva en su primera observación general.¹⁷⁵

2.1.2.3 El debate normativo durante la negociación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la consagración de la educación inclusiva en el ámbito internacional

La necesidad de la adopción de una Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad apareció a finales del año 2001. A propuesta de México¹⁷⁶, en la sesión de 19 de diciembre de 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 56/168. En tal documento, titulado “Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad” se decidió establecer un comité abierto que examine propuestas para llevar a cabo la tarea de crear un tratado con las finalidades que establecía el título de la resolución. Como se puede apreciar, no se encarga a este nuevo órgano, que denominaremos

¹⁷⁴ Corte IDH. Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, p. 128 – 139.

¹⁷⁵ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* OEA/Ser.L/VXIV.3.1, 28 de abril de 2011.

¹⁷⁶ MELISH, Tara. The UN disability convention: historic process, strong prospects, and why the U.S. should ratify. En: Human rights brief 14, No. 2, p. 42

Comité Ad Hoc, realizar el borrador de una Convención sino que se le encarga examinar “propuestas relativas a una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad”.¹⁷⁷

Este comité sesionó en ocho ocasiones entre julio del 2002 y diciembre del 2006. Adicionalmente, se llevó a cabo una sesión de un Grupo de Trabajo sobre la Convención en enero del 2004. Los debates con respecto a esta nueva Convención fueron largos e interesantes. Una particularidad que vale la pena resaltar es la inclusión de organizaciones de personas con discapacidad en las sesiones de debate.¹⁷⁸ Evidentemente, el contar con sus opiniones y aportes realza la legitimidad del instrumento. En las siguientes líneas, se analizará cómo se configuró el derecho a la educación inclusiva en el tratado.

Durante las dos primeras sesiones, el Comité tuvo la tarea de definir cuál sería su labor. Es decir, ¿cómo se lograría el objetivo de promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad? La respuesta a tal pregunta no era sencilla. Al respecto, es interesante conocer la postura de la Unión Europea al respecto.¹⁷⁹ Esta señaló que existían cinco posibilidades con respecto al instrumento jurídico que se debía elaborar:

- *Un instrumento general centrado en la norma transcendental de la igualdad y la no discriminación con respecto a los derechos humanos en el contexto de la discapacidad;*
- *Una convención general sobre derechos humanos que se refiera tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales, adaptado a las circunstancias particulares de las personas con discapacidad;*
- *Un instrumento de alcance más restringido que se centre en uno u otro grupo de derechos humanos;*

¹⁷⁷ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 56/168. Artículo 1:

1. *Decide* establecer un comité especial abierto a la participación de todos los Estados Miembros y observadores de las Naciones Unidas para que examine propuestas relativas a una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, sobre la base de un enfoque holístico de la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social

¹⁷⁸ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 56/168. Artículo 3:

3. Invita a los Estados, los órganos y organizaciones competentes del sistema de las Naciones Unidas, incluidos los órganos competentes creados en virtud de tratados de derechos humanos, a las comisiones regionales, al Relator Especial sobre discapacidad de la Comisión de Desarrollo Social y a las organizaciones intergubernamentales y **no gubernamentales interesadas** en la materia a que aporten su contribución a la labor encomendada al Comité Especial de conformidad con la práctica de las Naciones Unidas (resaltado propio).

¹⁷⁹ A/AC.265/WP.2 Convención amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Documento de posición presentado por la Unión Europea.

- *Un instrumento que establezca principios generales y prevea con la posibilidad de ser complementado con protocolos facultativos ulteriores que contengan cada vez más detalles;*
- *Protocolos facultativos de uno o varios de los instrumentos internacionales de derechos humanos ya existentes.*¹⁸⁰

Esta organización de integración, señaló que se inclinaba por un instrumento que contuviese principios generales, en especial los referentes a igualdad y no discriminación con énfasis con respecto a los derechos humanos de las personas con discapacidad.¹⁸¹ No obstante, al finalizar la segunda sesión del Comité Ad Hoc (entre el 16 y el 27 de junio), se llegó a la conclusión de que era necesario realizar una Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad por lo que se formaría un Grupo de Trabajo que elaborase un proyecto sobre el cual debatir.¹⁸²

¹⁸⁰ A/AC.265/WP.2 Convención amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Documento de posición presentado por la Unión Europea.

¹⁸¹ En esa línea, durante la reunión del Grupo de Trabajo, presentó una propuesta de Convención mínima enfocada en tales principios. Ver: A/AC.265/2003/CRP.13/Add.2. *Elements for an international convention*. Disponible en http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/a_ac265_2003_crp13_add2.htm

¹⁸² A/58/118 & Corr1. *Proyecto de informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad*. Pár. 15.

En la misma sesión, el Comité Especial aprobó la siguiente decisión:

"El Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad decide:

1. Establecer un Grupo de Trabajo encargado de preparar y presentar un proyecto de texto que sirva de base para la negociación del proyecto de convención por los Estados Miembros y los Observadores que integran el Comité Especial, teniendo en cuenta todas las contribuciones presentadas al Comité Especial antes de que se reúna el Grupo de Trabajo por los Estados, los observadores, las reuniones regionales, los órganos, entidades y organismos pertinentes de las Naciones Unidas, las comisiones regionales y las organizaciones intergubernamentales, así como por la sociedad civil, en particular las organizaciones no gubernamentales (ONG), las instituciones nacionales de ayuda a las personas con discapacidad y defensa de los derechos humanos y expertos independientes. Cuando haya criterios alternativos, el Grupo de Trabajo presentará textos que reflejen las distintas opciones.
2. El Grupo de Trabajo estará integrado por veintisiete representantes gubernamentales designados por los grupos regionales (7 de Asia, 7 de África, 5 de América Latina y el Caribe, 5 de Europa occidental y otros Estados y 3 de Europa oriental). El Grupo de Trabajo también incluirá doce representantes de organizaciones no gubernamentales (ONG), especialmente de organizaciones de personas con discapacidad acreditadas ante el Comité Especial, que serán seleccionados por dichas organizaciones teniendo en cuenta la diversidad de la discapacidad y las ONG, y la necesidad de asegurar una representación adecuada de las ONG de los países en desarrollo y de todas las regiones. El Grupo de Trabajo también incluirá un representante de las instituciones nacionales de defensa de los derechos humanos acreditadas ante el Comité Internacional de Coordinación. A los efectos del Grupo de Trabajo, las modalidades de participación de las ONG establecidas en las resoluciones 56/510 y 57/229 se aplicarán tanto a las ONG como a las instituciones nacionales de defensa de los derechos humanos. Los nombres de los representantes seleccionados se deberán comunicar a la Mesa del Comité Especial a más tardar cuarenta y cinco días después de la aprobación de esta decisión.
3. Se podrá utilizar el fondo de contribuciones voluntarias establecido en la resolución 57/229 de la Asamblea General para sufragar la participación de organizaciones no gubernamentales y expertos de los países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados.
4. El Grupo de Trabajo se reunirá entre períodos de sesiones en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York para celebrar un período de sesiones de diez días laborables a principios de 2004, y presentará al Comité Especial, en su tercer período de sesiones, un proyecto de texto que recoja los resultados de su labor.
5. El proyecto de texto que el Grupo de Trabajo presente al Comité Especial como resultado de su labor se traducirá a todos los idiomas de las Naciones Unidas, se publicará, en la medida de lo posible, en formatos accesibles para las

No obstante, ya en la primera sesión, la representación mexicana había realizado una propuesta de Convención. En dicha propuesta, también planteaba un artículo referente al derecho a la educación que transcribimos a continuación:

1. Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a acceder a una educación de calidad que promueva su desarrollo integral, su independencia y su participación, en condiciones de igualdad, en los ámbitos públicos y privados.

2. Los Estados Partes incorporarán las necesidades educativas específicas de las personas con discapacidad en las políticas, planes y programas nacionales de educación y proporcionarán los recursos que permitan su inclusión en el sistema educativo regular.

3. Los Estados Partes se obligan a garantizar la existencia de otras modalidades de enseñanza de calidad con currícula común a la educación regular, únicamente para las personas con discapacidad que elijan acceder a otro sistema de educación, tales como escuelas integradas, especiales, abiertas y sistemas de aprendizaje interactivo.

Para cumplir los objetivos mencionados, los Estados Partes deberán:

a) Asegurar que los estudiantes con discapacidad y sus familias tengan acceso a la información respecto a las opciones educativas disponibles a fin de que puedan ejercer su derecho a elegir el modelo apropiado de enseñanza.

b) Garantizar a las personas con discapacidad la educación pública y gratuita en todos los niveles y modalidades educativas, dando prioridad a quienes viven en situación de extrema vulnerabilidad.

c) Asegurar la provisión y formación continua de recursos humanos de carácter especializado que apoyen el proceso educativo de las personas con discapacidad en la educación regular y en las otras modalidades educativas, favoreciendo la formación y contratación de educadores, capacitadores y especialistas con discapacidad.

d) Incorporar las tecnologías de la información y la comunicación en los procesos de aprendizaje.

e) Asegurar que los programas regulares con las adaptaciones necesarias sean el referente para la educación de las personas con discapacidad en otras modalidades educativas, involucrando en las adaptaciones a los especialistas y a las propias personas con discapacidad y sus familias.

f) Procurar que los estudiantes con discapacidad reciban los equipamientos, las ayudas técnicas y materiales de enseñanza y aprendizaje que les permitan el acceso y la participación en actividades curriculares y extracurriculares.

g) Promover el acceso a becas y recursos de financiamiento a estudiantes con discapacidad.

La propuesta mexicana tenía puntos interesantes. En primer lugar, garantiza el derecho a una educación de calidad para todos, incluyendo a las personas con discapacidad. Seguidamente,

personas con discapacidad y se distribuirá como documento de las Naciones Unidas a más tardar tres meses antes del tercer período de sesiones del Comité Especial.

6. A fin de facilitar la labor del Grupo de Trabajo, el Presidente del Comité Especial nombrará, en consulta con los miembros del Grupo, a un coordinador de entre los representantes gubernamentales.

7. El Secretario General facilitará al Grupo de Trabajo toda la documentación pertinente, incluido el informe del segundo período de sesiones del Comité Especial, lo antes posible y en formatos accesibles para las personas con discapacidad, en la medida de lo posible.

8. El mandato del Grupo de Trabajo terminará cuando presente al Comité Especial un proyecto de texto que se recoja los resultados de su labor.

9. Las modalidades indicadas más arriba no constituirán en modo alguno un precedente para otros comités especiales de la Asamblea General."

establece que se deben tomar todas las medidas adecuadas para lograr la inclusión de las personas con discapacidad “en el sistema educativo regular”. No obstante, a continuación, establece que se debe garantizar educación de calidad en “escuelas integradas, especiales, abiertas y sistemas de aprendizaje interactivo” para las personas con discapacidad que así lo deseen. Como se podrá apreciar en las siguientes líneas, durante la negociación del artículo sobre educación, se plantearán disputas sobre la supervivencia o no de la educación especial. Para defender esta postura se apelará al derecho a la libertad de elección de educación de los padres¹⁸³ y también a la falta de garantías y recursos para una adecuada educación inclusiva.

Durante la sesión del Grupo de Trabajo de la Convención, realizada entre el 5 y el 16 de enero de 2004, dos Estados más presentaron propuestas de convenciones: India y Venezuela. Adicionalmente, Japón presentó un documento de postura con respecto a la Convención. Otros Estados también enviaron documentación referente a la situación normativa en sus respectivos países. En el documento presentado por India, es posible volver a encontrar la posibilidad de la educación especial como una posibilidad para quienes la elijan.¹⁸⁴ Por el contrario, en la propuesta

¹⁸³ Art. 13.3 PIDESC

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

¹⁸⁴ Comprehensive and integral International Convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities. Draft Convention – India (disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-india.htm>).

Article 10: Right to Education & Cultural Life

(a) *State Parties shall recognize that persons with disabilities have the right to receive an education that furthers their overall development, autonomy, and participation, under conditions of equality, in public and private spheres.*

(b) State Parties shall include the specific educational needs of persons with disabilities in national education policies, plans, and programs and shall endeavour to provide the resources needed to allow their inclusion in the formal education system.

(c) *State Parties shall guarantee other methods of appropriate teaching, with curricula common to that of formal education, solely for persons with disabilities who choose to enter alternative educational systems such as inclusive, integrated, special, and open education systems, distance education, as well as interactive learning systems at school, college and university levels of learning in an accessible environment taking into account specific needs of different disability groups.*

(d) *State Parties shall ensure the provision and ongoing training of mainstream and specialized human resources at pre-service, in-service, and continuing service levels that will support the empowerment process of persons with disabilities in formal and other education methods, and promote the training and hiring of teachers, instructors, and specialists with disabilities*

(e) *State Parties shall ensure that students with disabilities receive the appropriate equipment, technical assistance, teaching / learning materials, scholarships, transport assistance and all other enabling technologies which will enable them to access and participate in curricular and extracurricular activities.*

(f) *State Parties shall provide for recreational, cultural, and sports activities through adaptations which facilitate their use.*

(g) *State Parties shall set in place, a system of scholarships or special incentives for cultural, artistic, and sports activities.*

venezolana¹⁸⁵ se establecía que la educación debía ser plenamente inclusiva por lo que no se daba cabida a la posibilidad de la educación especial. En la misma línea, el Gobierno de Japón planteó que debían “tomar todas las medidas apropiadas para garantizar las oportunidades para la educación obligatoria para niños con discapacidad, sin importar la naturaleza o severidad de sus discapacidades.”¹⁸⁶

Finalmente, el Grupo de Trabajo planteó el artículo referente al derecho a la educación de la siguiente manera¹⁸⁷:

(h) State Parties shall ensure that students with disabilities have access to appropriate educational devices which will promote their fullest development.

(i) State Parties shall recognize the right of all persons with disabilities to take part in leisure activities, including sporting activities, and shall take all necessary measures to ensure that persons with disabilities:

- a. *Have the equal opportunity to organize and participate in sporting activities and to receive quality instruction and training as is available to other participants;*
- b. *Have effective access to sporting venues, as well as to other recreational activities; and*
- c. *Have access to services from those involved in the organization of sporting or leisure activities*

(resaltado propio)

¹⁸⁵ A/AC.265/2003/WP.1 *Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. Draft submitted by the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela.* (disponible en http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/a_ac265_2003_wp1.htm)

Article 13

Education

States parties shall adopt all measures necessary to eliminate segregation and discrimination against persons with disabilities and to ensure their inclusion, retention and participation, under conditions of equal opportunity, in mainstream educational activities at all levels. To this end they shall:

- **Include the education of persons with disabilities in national educational planning, curriculum development and school organization in order to guarantee their access to the mainstream educational system;**
- Guarantee that persons with disabilities receive a public education, free of charge, in all education methods and levels;
- Promote the creation, production and distribution of teaching materials and technical assistance to meet the educational needs of persons with disabilities;
- Promote regulations to ensure that the design of school premises includes the infrastructure required to meet the specific needs of persons with disabilities;
- Create, design and adapt, within mainstream curricula, special teaching and evaluation systems suited to the specific needs of persons with disabilities;
- Establish continuing training and refresher programmes for teachers and teaching assistants involved in the education of persons with disabilities;
- Involve organizations of persons with disabilities in the studies needed for the adaptation of educational planning and curricula.

(resaltado propio)

¹⁸⁶ *Position Paper of the Government of Japan on the Comprehensive and Integral International Convention to Promote and Protect the Rights and Dignity of Persons with Disabilities.* Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-japan.htm>. Traducción propia de “State Parties shall take appropriate measures to guarantee full opportunities for compulsory education for children with disabilities, regardless of the nature or severity of their disabilities”.

¹⁸⁷ Se mantienen los pies de página del original.

Artículo 17 Educación¹⁸⁸

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todas las personas con discapacidad a la educación. Con vistas a hacer efectivo este derecho de modo progresivo y sobre la base de la igualdad de oportunidades, la educación de los niños¹⁸⁹ con discapacidad deberá estar orientada a¹⁹⁰:
 - a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima e incrementar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;
 - b) Hacer posible que todas las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre;
 - c) Desarrollar la personalidad, el talento y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
 - d) Tener en cuenta el interés superior del niño, en particular mediante planes educativos individualizados.
2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes se asegurarán de que:
 - a) Todas las personas con discapacidad puedan optar por una enseñanza incluyente y accesible en su propia comunidad (comprendidas la enseñanza en la primera infancia y la preescolar)¹⁹¹;
 - b) Se preste apoyo necesario, incluida la formación especializada de profesores¹⁹², asesores y psicólogos escolares, programas de estudio accesibles, métodos y tecnologías docentes accesibles, modos de comunicación alternativos y aumentativos, estrategias de aprendizaje alternativas, un entorno físico accesible y otros ajustes razonables para asegurar la plena participación de los estudiantes con discapacidad;
 - c) Ningún niño con discapacidad se vea excluido de la educación primaria libre y obligatoria por razón de su discapacidad.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que, en los casos en que el sistema educacional general no satisfaga adecuadamente las necesidades de las personas con discapacidad, se ofrezcan formas especiales y alternativas de aprendizaje¹⁹³. Esas formas deberían¹⁹⁴:

¹⁸⁸Tal vez el Comité Especial desee considerar si este artículo debería referirse a la capacitación de un modo más exhaustivo, reuniendo las disposiciones en la materia contenidas en otros artículos.

¹⁸⁹Tal vez el Comité Especial desee considerar si el encabezamiento debería referirse únicamente a los “niños”, puesto que otras disposiciones del presente artículo se refieren a las “personas” con discapacidad.

¹⁹⁰El párrafo 1 de este artículo del proyecto reforma el artículo 13 1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 29 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño. No los cita textualmente, sino que selecciona los elementos especialmente pertinentes a las personas con discapacidad. Tal vez el Comité Especial desee continuar examinando este enfoque.

¹⁹¹El propósito de este artículo es prever el derecho a elegir una educación incluyente y accesible. No se pretende establecer la obligación de los estudiantes con discapacidad de asistir a escuelas generales en las que sus necesidades podrían no satisfacerse adecuadamente. Tal vez el Comité Especial desee considerar si la redacción de este apartado resulta suficientemente clara.

¹⁹²Tal vez el Comité Especial desee plantearse si este artículo debería incluir también la contratación de profesores con discapacidad en el sistema educativo general (véase, por ejemplo, el artículo 10 d) de la propuesta de la India), la eliminación de los impedimentos legales para que las personas con discapacidad trabajen como profesores y la concienciación de los profesores sobre las necesidades de los niños con discapacidad.

¹⁹³El término “aprendizaje” no tiene el mismo significado que “educación”. Tal vez el Comité Especial desee considerar si es la palabra más adecuada. Una expresión alternativa en este párrafo podría ser “provisión”.

¹⁹⁴Algunos miembros del Grupo de Trabajo consideraban que la posibilidad de elección era un elemento importante de este párrafo, pero otros creían que el derecho a la educación era más importante. Otros habrían querido insistir más en el interés superior del niño en este contexto.

- a) *Reflejar los mismos principios y objetivos del sistema educacional general;*
 - b) *Configurarse de manera tal que los niños con discapacidad puedan participar en el sistema educacional general en el mayor grado posible¹⁹⁵ ;*
 - c) *Permitir la elección libre e informada entre el sistema general y los sistemas especiales;*
 - d) *No limitar de ningún modo el deber de los Estados Partes de continuar tratando de satisfacer las necesidades de los estudiantes con discapacidad dentro del sistema educacional general.*
4. *Los Estados Partes asegurarán que los niños con discapacidad sensorial puedan optar por aprender en lenguaje de señas o en el sistema Braille, según corresponda, y seguir el programa de estudios en ese lenguaje o sistema. Los Estados Partes tomarán las medidas adecuadas para ofrecer una educación de calidad a los estudiantes con discapacidad sensorial utilizando profesores que dominen el lenguaje de señas o el sistema Braille¹⁹⁶.*
5. *Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso al ciclo terciario general, la formación profesional, la educación de adultos y el aprendizaje continuo en pie de igualdad con las demás personas. A estos efectos, los Estados Partes deberán prestar asistencia adecuada a las personas con discapacidad.¹⁹⁷*

Es posible detectar que cada inciso o párrafo responde a un interés distinto. Así, el primer inciso se refiere a una formulación general del derecho a la educación y las finalidades a las que debe responder. En segundo lugar, se plantean los ajustes requeridos para la educación de personas con discapacidad. En el tercer párrafo se señala que, ante la imposibilidad de cumplir con los requerimientos que necesita una persona con discapacidad, es posible que asista a educación especial, siempre que se cumpla con algunos requisitos ahí señalados. En cuarto lugar, se establece

A este respecto se indicaron distintas maneras de enunciar las relaciones entre la prestación de servicios educativos especializados y el sistema educativo general. Algunos miembros consideraron que la educación de los niños con discapacidad en el sistema educativo general debía ser la regla y los servicios especializados la excepción. Otros pensaban que los servicios especializados debían prestarse no sólo cuando el sistema general resultara inadecuado sino en todos los casos, sin partir del supuesto de que una de las soluciones era preferible a la otra. Algunos miembros del Grupo de Trabajo, por ejemplo, resaltaron la necesidad de que los niños sordos o ciegos recibieran su educación en el seno de sus propios grupos. Si se optara por esto, el Grupo de Trabajo creía que de todas maneras había que consignar expresamente la obligación del Estado de hacer accesible el sistema educativo general a los estudiantes con discapacidad, sin limitar la posibilidad de cada uno de elegir entre el sistema general y los servicios especializados.

¹⁹⁵ Este apartado obedece al propósito de asegurar que el sistema educativo general y los servicios educativos especializados no sean opciones excluyentes y que haya diversas posibilidades intermedias.

¹⁹⁶ Algunos miembros del Grupo de Trabajo preferían que este párrafo se refiriese exclusivamente a los niños con discapacidad sensorial a fin de que, por ejemplo, los niños sordos pudieran recibir su formación en el lenguaje de señas. Otros preguntaron si no debía ampliarse para incluir a todos los niños que necesitaran modos de comunicación alternativos. En todo caso, se llegó a un acuerdo en el sentido de que, cuando se utilizase el lenguaje de señas, el sistema Braille o los sistemas alternativos de comunicación, ello sería además, y no en lugar, de la enseñanza del idioma nacional escrito u oral. Tal vez el Comité Especial desee estudiar si esta cuestión podría tratarse en el artículo 13 del proyecto, relativo a la libertad de expresión y de opinión.

¹⁹⁷ A/AC.265/2004/WG.1. Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Grupo de Trabajo. *Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial*. 27 de enero de 2014.

que las personas con discapacidades sensoriales tendrán la oportunidad de aprender lengua de señas o Braille. Finalmente, el artículo reconoce que el derecho a la educación alcanza también a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje continuo.

La formulación planteada por el Grupo de Trabajo trae consigo varios elementos que merecen ser desarrollados con un poco de detenimiento. En primer lugar, sorprende la aparición del término “progresivo” con respecto a la educación de las personas con discapacidad. De hecho, es el único derecho que se formula con dicha salvedad a pesar de la existencia de un artículo en el que se desarrollaban las obligaciones generales. Ello permite deducir la complejidad que conllevaba la formulación de este derecho para los Estados. En segundo lugar, es rescatable el objeto que debe tener la educación de la persona con discapacidad. Según la propuesta del Grupo de Trabajo, debe apuntar a desarrollar al máximo *“el potencial humano y el sentido de la dignidad”*. En el mismo sentido, debe lograr que *“todas las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre”*. Ambas formulaciones, reflejan la nueva concepción que trae la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: la persona con discapacidad tiene derecho a la autonomía. Para ello, se requiere que la educación apunte a ello.

Con posterioridad, el Grupo de Trabajo formula un planteamiento optativo con respecto a la educación inclusiva. En este sentido, la persona con discapacidad tiene la posibilidad de *“optar por una enseñanza incluyente y accesible en su propia comunidad (comprendidas la enseñanza en la primera infancia y la preescolar)”*. Como contraparte, la persona con discapacidad, *“en los casos en que el sistema educacional general no satisfaga adecuadamente las necesidades de las personas con discapacidad”* pueden elegir *“formas especiales y alternativas de aprendizaje”*. Así, la educación inclusiva convive con la educación especial. Ello puede tener diversos motivos, el más relevante es la posibilidad de que los sistemas de educación inclusiva no sean los más adecuados. Al respecto, cabe resaltar que, en el caso peruano, la Defensoría del Pueblo, informó que el *“52% de los directores considera que su institución educativa no se encuentra preparada para recibir a estudiantes con discapacidad”*¹⁹⁸ a pesar de la existencia de una política pública que establece la obligatoriedad de la educación inclusiva para los casos de discapacidades leves o moderadas. Ante

¹⁹⁸ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe defensorial N° 155. Los niños y niñas con discapacidad. Alcances y limitaciones de en la implementación de la política de educación inclusiva en instituciones educativas de nivel primaria*, p. 161

tal situación, no sería extraño que varios padres prefieran contextos de educación especial. El uso de los términos aprendizaje y enseñanza parece no haber tenido ninguna intencionalidad.

Finalmente, el Grupo de Trabajo opta (en el artículo 2.a) por el vocablo “enseñanza” en lugar de mencionar la palabra “educación”. Tal será una discusión particularmente relevante en las posteriores sesiones del Comité Ad Hoc. Al respecto, sirva como clarificación el hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha diferenciado ambos términos. Así, en la sentencia *Campbell y Cosans v. Reino Unido*¹⁹⁹, el tribunal de Estrasburgo señala que:

*“la educación de los niños es el proceso por el que, en cualquier sociedad, los adultos intentan transmitir sus creencias, culturas y otros valores a los jóvenes mientras que la enseñanza o instrucción se refiere en particular a la transmisión de conocimiento y al desarrollo intelectual”.*²⁰⁰

Si bien, en la psicología actual es difícil separar los conceptos de enseñanza y educación pues se encuentran íntimamente ligados,²⁰¹ es preferible el uso del término educación por su mayor consagración en el ámbito universal. Uno de los pocos instrumentos que no utiliza ese término es el Protocolo N°2 del Convenio Europeo que plantea el derecho a la instrucción en su artículo 2.

El Comité Ad Hoc revisó la propuesta del Grupo de Trabajo en su tercera sesión, que se llevó a cabo del 24 de mayo al 4 de junio del 2004. Al final de dicha sesión, la formulación del artículo quedó de la siguiente manera (el texto presentado entre corchetes es el que se propuso suprimir y el que está entre paréntesis es el que se propuso añadir, también se mantienen los pies de página originales)²⁰²:

¹⁹⁹ TEDH. *Campbell y Cosans v. Reino Unido*. Aplicación no. 7511/76; 7743/76. Sentencia del 25 de febrero de 1982.

²⁰⁰ TEDH. *Campbell y Cosans v. Reino Unido*. Aplicación no. 7511/76; 7743/76. Sentencia del 25 de febrero de 1982, pár. 33. Traducción de MEIX CERECEDA, Pablo. *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*. Tirant lo Blanch: Valencia. 2014, pp. 70 – 71. Traducción de “the education of children is the whole process whereby, in any society, adults endeavour to transmit their beliefs, culture and other values to the young, whereas teaching or instruction refers in particular to the transmission of knowledge and to intellectual development.”

²⁰¹ MEIX CERECEDA, Pablo. *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*. Tirant lo Blanch: Valencia. 2014, p. 71.

²⁰² NACIONES UNIDAS. A/AC.265/2004/5. *Informe del tercer período de sesiones del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad*. 9 de junio de 2004.

Artículo 17**Educación²⁰³ (y capacitación – Australia, Sudáfrica, Trinidad y Tobago) (Educación, capacitación y aprendizaje a lo largo de la vida – Jordania)**

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todas las personas con discapacidad a la educación (y la capacitación – Australia) (en todas las etapas de la vida y en todos los niveles y servicios educativos – Costa Rica, México, Trinidad y Tobago). [[Con vistas a hacer efectivo este derecho [de modo progresivo – Sierra Leona, Kenia, Tailandia] y sobre la base de la igualdad de oportunidades, la educación de [[los niños²⁰⁴ – Federación de Rusia] (las personas – Federación de Rusia, Argentina, Costa Rica, Nueva Zelanda, Bahrein, Kenia, Sudáfrica, Serbia y Montenegro, Tailandia, México, República de Corea, Trinidad y Tobago), con discapacidad – México] (las personas con discapacidad deberá tener en cuenta el mejor interés de dichas personas y – México) estar orientada a²⁰⁵: – UE] (la educación de las personas con discapacidad estará orientada a – UE)

a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima e incrementar el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;

(a) bis Incorporar los temas de discapacidad, las personas con discapacidad y derechos humanos en los planes de estudio de todos los programas educativos – Costa Rica)

b) Hacer posible que todas las personas con discapacidad participen de manera efectiva (y equitativa – Sudáfrica) en una sociedad libre (e incluyente – México);

c) Desarrollar la (propia identidad, la creatividad, – Costa Rica) la personalidad, el talento y la capacidad mental y física (, cultural y espiritual – Bahrein), [del niño – Federación de Rusia] (de las personas con discapacidad – Federación de Rusia) [hasta el máximo de – UE] (en todas – UE) sus posibilidades;

[d) [[Tener en cuenta – UE] (promover – UE) el mejor interés [del niño – Federación de Rusia, Trinidad y Tobago] (de los niños – Trinidad y Tobago) (las personas con discapacidad – Federación de Rusia), (respetando los derechos y responsabilidades de los padres y, cuando corresponda, los tutores legales, en lo que respecta a la educación del niño – Santa Sede) en particular mediante planes educativos individualizados (y ofreciéndole, si fuera necesario, la posibilidad de recibir enseñanza en el hogar – Federación de Rusia). – China, México] Nueva Zelanda] (Satisfacer las necesidades educativas especiales de las personas con discapacidad. – México)

(y convenir en que:

a. La educación se orientará al pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de la dignidad y fortalecerá el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales;

b. La educación permitirá que todas las personas con discapacidad participen efectivamente en una sociedad libre;

²⁰³Tal vez el Comité Especial desee considerar si este artículo debería referirse a la capacitación de un modo más exhaustivo, reuniendo las disposiciones en la materia contenidas en otros artículos.

²⁰⁴Tal vez el Comité Especial desee considerar si el encabezamiento debería referirse únicamente a los “niños”, puesto que otras disposiciones del presente artículo se refieren a las “personas” con discapacidad.

²⁰⁵El párrafo 1 del presente artículo del proyecto se basa en el artículo 13 1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 29 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño. No los cita textualmente, sino que selecciona los elementos especialmente pertinentes para las personas con discapacidad. Tal vez el Comité Especial desee seguir examinando este enfoque.

c. La educación promoverá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones, todos los grupos raciales, étnicos o religiosos; y

d. La educación promoverá las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. – China)

(e) Se impartirá a todas las personas con discapacidad capacitación profesional y readiestramiento teniendo en cuenta sus limitaciones físicas y psicológicas – Federación de Rusia)

[2. [Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes se asegurarán de que (se esforzarán para asegurar que – UE, Costa Rica, Australia) (tomarán todas las medidas posibles para asegurar que – Israel):

a) [[Todas las personas con discapacidad puedan optar por una – Israel] (se imparta – Israel) enseñanza incluyente y accesible (y capacitación – Australia) en [su propia – Israel] (cada – Israel) comunidad (comprendidas la enseñanza en la primera infancia y en la preescolar)²⁰⁶ (teniendo en cuenta las recomendaciones de carácter médico y social – Federación de Rusia) – UE]

(Las personas con discapacidad podrán obtener una educación completa y accesible (incluso acceso, en pie de igualdad, a la enseñanza durante la primera infancia y el período preescolar) y esa enseñanza se impartirá en la (mayor – Costa Rica) medida de lo posible en las comunidades donde viven – UE, Japón)

(Se asigne prioridad a la integración de los niños con discapacidad en el sistema escolar general – Israel)

b) [Se preste apoyo [necesario – Tailandia] (apropiado – Tailandia), incluida la formación especializada de profesores²⁰⁷, (instructores – Costa Rica) [asesores y psicólogos escolares – Líbano] – UE] (otro personal docente que se requiera – Líbano) (sociólogos – Yemen) (apoyo adecuado, incluida la formación especializada de maestros y otro personal – UE), programas de estudio accesibles, métodos (materiales – Costa Rica, México) y tecnologías docentes accesibles, (materiales adaptados – México) modos de comunicación alternativos y aumentativos, estrategias de aprendizaje alternativas, un entorno físico accesible, (enseñanza a distancia – Serbia y Montenegro) y otros ajustes razonables para asegurar la plena participación de [los estudiantes – México] (las personas – México) con discapacidad;

(La accesibilidad al sistema escolar de las personas con discapacidad cuyos hijos estudien en la escuela, en condiciones de igualdad con los demás progenitores.

Representación adecuada de maestros con discapacidad en el sistema escolar, incluida la prevención de la discriminación por motivos de discapacidad en la contratación y durante el ejercicio de sus funciones y haciendo ajustes razonables en el momento de la contratación y durante el ejercicio de sus funciones. – Israel)

c) [Ningún niño – Bahréin] (Ninguna persona – Bahréin) con discapacidad se vea [excluido] (excluida – Bahréin) de la educación primaria (e intermedia – Bahréin) [libre y – Bahréin] obligatoria por razón de su discapacidad (a menos que la satisfacción de las necesidades del niño debido a su discapacidad imponga una carga excesivamente irrazonable – Israel) (y se tomarán medidas para satisfacer sus necesidades educativas – Uganda).

²⁰⁶El propósito de este artículo es garantizar el derecho a elegir una educación completa y accesible. No se pretende establecer la obligación de los estudiantes con discapacidad de asistir a escuelas generales en las que sus necesidades podrían no satisfacerse adecuadamente. Tal vez el Comité Especial desee considerar si la redacción de este apartado resulta suficientemente clara.

²⁰⁷Tal vez el Comité Especial desee plantearse si este artículo debería incluir también la contratación de profesores con discapacidad en el sistema educativo general (véase, por ejemplo, el artículo 10 d) de la propuesta de la India), la eliminación de los impedimentos legales para que las personas con discapacidad trabajen como profesores y la concienciación de los profesores sobre las necesidades de los niños con discapacidad.

(d) *Promover el acceso a becas y recursos de financiamiento a las personas con discapacidad, sin restringir o únicamente a los que cursan la educación obligatoria. – México)*

(Los Estados Partes alentarán el empleo de maestros con discapacidad en sus sistemas de educación general, se asegurarán de la eliminación de los obstáculos legislativos para que las personas con discapacidad ejerzan la docencia y difundirán información sobre las necesidades de los niños con discapacidad – Uganda)

3. *(Reconociendo que la incorporación de las personas con discapacidad en el sistema de educación general debe ser la norma, y la enseñanza especializada la excepción – Marruecos) [los Estados Partes se asegurarán de que, en los casos en que el sistema educacional (y de capacitación – Australia) general no satisfaga adecuadamente las necesidades de las personas con discapacidad, se ofrezcan formas especiales y alternativas de [aprendizaje²⁰⁸ – Yemen] (educación – Yemen, Nueva Zelanda) (enseñanza – México). Esas formas deberían²⁰⁹: – UE]*

(Cuando el sistema de educación general no responda aún plenamente a las necesidades de las personas con discapacidad, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para promover otras formas de enseñanza. Toda otra forma de enseñanza contemplada en el presente artículo debería: – UE)

a) *[Reflejar los mismos principios y objetivos del sistema educacional (y de capacitación – Australia) general; – UE]*

(Estar estrechamente vinculado con el mismo plan de estudios y reflejarlo y estar destinado a transmitir las mismas normas y objetivos que el sistema de educación general, teniendo en cuenta las necesidades de aprendizaje y desarrollo de las personas con discapacidad. – UE)

b) *Configurarse de manera tal que los niños con discapacidad puedan participar en el sistema educacional general en el mayor grado posible²¹⁰;*

[c) Permitir la elección [libre e informada – UE] entre el sistema general y los sistemas especiales (de educación – UE); (tras cuidadosa consideración del mejor interés de los alumnos con discapacidad – Japón) (El nivel de la educación especializada debe ser idéntico al de la educación general para que las personas con discapacidad puedan alcanzar el nivel de las personas sin discapacidad y tener acceso a la educación superior – Jamahiriya Árabe Libia) – Jordania]

d) *No limitar de ningún modo el deber de los Estados Partes de continuar tratando de satisfacer las necesidades de los estudiantes con discapacidad dentro del sistema educacional general. – China]*

²⁰⁸El término “aprendizaje” no tiene el mismo significado que “educación”. Tal vez el Comité Especial desee considerar si es la palabra más adecuada. Una expresión alternativa en este párrafo podría ser “provisión”.

²⁰⁹Algunos miembros del Grupo de Trabajo consideraban que la posibilidad de elección era un elemento importante de este párrafo, pero otros creían que el derecho a la educación era más importante. Otros habrían querido insistir más en el interés superior del niño en este contexto. A este respecto se indicaron distintas maneras de enunciar las relaciones entre la prestación de servicios educativos especializados y el sistema educativo general. Algunos miembros consideraron que la educación de los niños con discapacidad en el sistema educativo general debía ser la regla y los servicios especializados la excepción. Otros pensaban que los servicios especializados debían prestarse no sólo cuando el sistema general resultara inadecuado sino en todos los casos, sin partir del supuesto de que una de las soluciones era preferible a la otra. Algunos miembros del Grupo de Trabajo, por ejemplo, resaltaron la necesidad de que los niños sordos o ciegos recibieran su educación en el seno de sus propios grupos. Si se optara por esto, el Grupo de Trabajo creía que de todas maneras había que consignar expresamente la obligación del Estado de hacer accesible el sistema educativo general a los estudiantes con discapacidad, sin limitar la posibilidad de cada uno de elegir entre el sistema general y los servicios especializados.

²¹⁰Este apartado obedece al propósito de asegurar que el sistema educativo general y los servicios educativos especializados no sean opciones excluyentes y que haya diversas posibilidades intermedias.

(Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y apropiadas para realizar progresivamente los derechos de las personas con discapacidad a la educación en condiciones de igualdad.

a. A fin de elaborar un programa de educación general completo y accesible para satisfacer las necesidades de las personas con discapacidad, los Estados Partes prestarán apoyo, incluida la formación especializada de maestros, asesores y psicólogos escolares, un plan de estudios accesible, métodos y tecnologías docentes accesibles, modos de comunicación alternativos y aumentativos, estrategias de aprendizaje alternativas, un entorno físico accesible, u otros arreglos razonables para asegurarse de la plena participación de los estudiantes con discapacidad;

b. Cuando la educación general no responda adecuadamente a las necesidades de las personas con discapacidad, los Estados Partes ofrecerán formas especiales y alternativas de aprendizaje. Esas formas deberían:

- i) Conformarse a las normas y los objetivos del sistema de educación general, y*
- ii) No constituir ningún tipo de obstáculo para que las personas con discapacidad participen en la educación general. – China)*

4. [Los Estados Partes (se esforzarán porque – Australia) asegurarán que [los niños – México] (las personas – México) con discapacidad sensorial [puedan optar por aprender el – México] (tengan acceso al – México) lenguaje de señas o el sistema Braille, según corresponda, y [seguir el programa de estudios en (utilizando modos de comunicación alternativos, incluidos – Costa Rica, Australia) ese lenguaje o sistema (según corresponda– Costa Rica) (u otros modos de comunicación – Yemen). – México] (para favorecer su aprendizaje y seguir el programa de estudios – México). Los Estados Partes tomarán las medidas adecuadas para ofrecer una educación (y capacitación – Australia) de calidad a [los estudiantes – México] (las personas – México) con discapacidad sensorial (alentando y promoviendo – Australia) [utilizando – Australia] profesores que dominen el lenguaje de señas o el sistema Braille²¹¹. – UE, Sudáfrica]

(Los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para asegurarse de que las personas con discapacidad puedan optar por aprender utilizando una variedad de modos de comunicación y trabajarán para impartir una educación de calidad a los alumnos con discapacidad asegurándose de que los profesores sean capaces de utilizar distintos modos de comunicación. – UE, Japón)

(Las personas sordas o sordo-ciegas tienen derecho a recibir educación en sus propios grupos y a convertirse en bilingües tanto en lenguaje de señas como en sus idiomas nacionales hablados y escritos. – Costa Rica)

5. Los Estados Partes (se esforzarán por – Australia) (tomarán todas las medidas posibles para que – Israel) (tomarán medidas apropiadas para que – China) asegurarán que [las personas con discapacidad [tengan acceso – Israel] (en relación con – Israel) al ciclo (secundario y – UE, Tailandia) terciario [general – Líbano, Sudáfrica] (a toda la enseñanza académica y técnica que se imparte en las instituciones públicas y privadas a todos los niveles – Líbano) – China] (tengan igualdad de oportunidades para acceder – China), la formación profesional, la

²¹¹Algunos miembros del Grupo de Trabajo preferían que este párrafo se refiriese exclusivamente a los niños con discapacidad sensorial a fin de que, por ejemplo, los niños sordos pudieran recibir su formación en el lenguaje de señas. Otros preguntaron si no debía ampliarse para incluir a todos los niños que necesitaran modos de comunicación alternativos. En todo caso, se llegó a un acuerdo en el sentido de que, cuando se utilizase el lenguaje de señas, el sistema Braille o los sistemas alternativos de comunicación, ello sería además, y no en lugar, de la enseñanza del idioma nacional escrito u oral. Tal vez el Comité Especial desee estudiar si esta cuestión podría tratarse en el artículo 13 del proyecto, relativo a la libertad de expresión y de opinión.

educación de adultos y el aprendizaje (y enseñanza – Sudáfrica) continuo [en pie de igualdad – Sudáfrica] (en condiciones equitativas – Sudáfrica) con las demás personas (y con asistencia adecuada – Australia). [A estos efectos – Israel] (A fin de garantizar la aplicación de las disposiciones del presente párrafo – Israel), los Estados Partes [deberán prestar [la asistencia – Sudáfrica] (el apoyo – Sudáfrica, Tailandia) [adecuada – Tailandia] (necesario – Tailandia) a las personas con discapacidad. – UE, China, Nueva Zelandia, Australia] (se asegurarán de que se hagan ajustes razonables. – UE). (Los Estados Partes se asegurarán de que su sistema de educación nacional reconozca y certifique las aptitudes adquiridas por medios alternativos de capacitación profesional para personas con discapacidad – Líbano)

(a) Las personas con discapacidad tengan acceso a todos esos sistemas, incluso mediante arreglos especiales para los exámenes, y al plan de estudios, en condiciones de igualdad con los demás;

b) Haya una representación adecuada de personas con discapacidad y personal en todos los sistemas mencionados, incluso mediante la prevención de la discriminación por motivos de discapacidad y haciendo ajustes razonables para el empleo y la contratación en esos sistemas – Israel)

(5 bis a) Aseguren el acceso no discriminatorio al entorno escolar; b) aseguren un entorno propicio que permita la participación equitativa de los alumnos con discapacidad en el proceso de aprendizaje – Sudáfrica)

(Los Estados Partes se asegurarán de que las oportunidades de rehabilitación profesional, capacitación y readiestramiento estén abiertas a las personas que quedan discapacitadas en el curso de su vida activa. – Uganda)

(El Estado impartirá educación funcional a las personas con discapacidad grave, intelectual y múltiple en forma continua – India)

Como se puede ver, son varios los temas que suscitaron debate entre los Estados: ¿es el derecho a la educación solo de los niños o de todas las personas con discapacidad?, ¿el derecho es progresivo o inmediato?, ¿hasta qué etapa debe existir la educación inclusiva?, ¿se puede mantener la educación especial?, ¿sería posible que los padres elijan la educación especial?, ¿es posible que el Estado determine que una persona debe ir a educación especial? Todas estas cuestiones serán parte de las interesantes discusiones que terminarán en la formulación final establecida en el artículo 24 de la Convención sobre el derecho de las personas con discapacidad.

Durante el cuarto y el quinto periodo de sesiones (del 23 de agosto a 3 de setiembre de 2004 y del 24 de enero al 4 de febrero de 2005) no se discute el derecho a la educación. No obstante, una organización del Reino Unido, Centre for Studies on Inclusive Education, envió un informe con respecto al artículo referente al derecho a la educación.²¹² En este documento, esta institución plantea que la educación inclusiva en formatos regulares es un derecho y no una cuestión de elección. Por tanto, llama a los Estados a eliminar las referencias a la existencia de la educación

²¹² Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata24fisccomments.htm#bizchut>

especial. En este sentido, la educación inclusiva pasaría a ser el único espacio educativo y debería ser el que se adapta a las necesidades de cada persona. La institución considera que plantear la posibilidad de elegir es una formulación contraproducente con respecto a la obligación de proveer educación inclusiva.

Posteriormente, ya en el sexto periodo de sesiones del Comité Ad Hoc, celebrado entre el 1 y el 12 de agosto de 2005, se discutió el derecho a la educación. Durante los días 2²¹³, 3²¹⁴ y 4²¹⁵ de agosto se llevaron a cabo los debates sobre el entonces artículo 17 de la propuesta del Grupo de Trabajo. De acuerdo con la web del Comité Ad Hoc, se recibieron propuestas y comentarios con respecto a la educación de los siguientes Estados e instituciones²¹⁶: Australia, Canadá, China, Unión Europea, Japón, Kenia, Filipinas, Sudán, Tailandia, UNESCO, Center for Studies on Inclusive Education, International Disability Caucus, World Federation of the Deaf, the World Blind Union and the World Federation of the Deaf-Blind, World Blind Union y World Federation of the Deaf. Con ese material disponible es que las discusiones y negociaciones tuvieron lugar.

Uno de los primeros temas de debate fue el referente a quien es el beneficiario de este derecho. Algunos Estados señalaban que debían ser las personas con discapacidad y no solo los niños (Tailandia, por ejemplo). Otros preferían una formulación más neutral como la de “estudiante”. Al final, se concluyó que el derecho le pertenecía a todas las personas con discapacidad sin importar su edad puesto que el derecho a la educación se puede ejercer en diferentes momentos de la vida.

Otro tema de debate interesante fueron los fines de la educación. China y Qatar señalaron sus reticencias a ampliar las finalidades de la educación que ya estaban consagradas en el artículo 13.1 del PIDESC²¹⁷ y en el artículo 29 de la Convención sobre los derechos del niño²¹⁸. La formulación

²¹³ Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum2aug.htm>

²¹⁴ Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum3aug.htm>

²¹⁵ Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum4aug.htm>

²¹⁶ Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata24sscomments.htm>

²¹⁷ Artículo 13.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

²¹⁸ **Artículo 29**

sobre libertad, si bien ya estaba contenida en el PIDESC, no estaba en la Convención sobre los derechos del niño. En este sentido, Qatar prefería una eliminación del término “sociedad libre” mientras China planteaba una remisión al artículo 13.1 del PIDESC. Es interesante notar cómo los Estados regidos por gobiernos autoritarios temían a la educación y buscaban moderar sus finalidades para no abarcar proclamas que fueran en contra de lo que establecen internamente. Se demuestra así el valor que tiene la educación para la democracia y para el desarrollo de una sociedad que vele por los derechos humanos.

Otro tema reiterativo en las discusiones fue el referente a la progresividad o inmediatez del derecho. Como se señaló, solamente con respecto a este derecho se planteaba una cláusula de progresividad en la formulación del artículo. Japón llamó la atención sobre el tema y propuso mantenerlo. No obstante, otras delegaciones como Israel, Costa Rica y México plantearon que lo mejor era suprimirlo. La discusión cesó en tanto la progresividad sería abordada como un tema aparte en la formulación del artículo sobre las obligaciones generales del tratado. Esto se vinculó también con el nivel de extensión que debía existir sobre la educación. Si bien el Grupo de Trabajo formuló que el derecho debía ser para la educación primaria y obligatoria, algunos Estados, como Argentina, plantearon que debía ser para la educación básica en los casos en que la educación primaria y secundaria eran obligatorias. La dirección de la sesión determinó que no se estaba creando un estándar adicional al del PIDESC y que la obligación de educación debería ser igualitaria para todos. En los países donde solamente la educación primaria es obligatoria, tal sería el baremo para las personas con discapacidad; por otro lado, en los países en que la educación primaria y la secundaria son obligatorias, a tales niveles alcanzaría la obligación.

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
- e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Finalmente, uno de los debates más interesantes fue con respecto al mantenimiento o no de la educación segregada. Al respecto, es posible encontrar tres posturas: (i) la de eliminación de la educación segregada (Nueva Zelanda y México), (ii) la de mantenimiento de la educación segregada cuando no existan los requerimientos para la inclusión plena (Unión Europea y Japón), y (iii) el mantenimiento de la educación segregada por decisión de los padres (Tailandia). Estas tres posturas debatieron largamente sin llegar a un consenso pleno al final de las sesiones. Así, Nueva Zelanda exigía que la educación fuera plenamente inclusiva y que los servicios especiales debieran darse en la educación regular. Tailandia recogía esta preocupación pero planteaba que debía respetarse la libertad de los padres de elegir planteamientos de educación segregada. La propuesta de la Unión Europea con respecto a este punto no tuvo mayor eco por lo que solo quedaron las otras dos. Al respecto, también se consultó a las organizaciones de personas con discapacidad. Estas también tenían discrepancias con respecto a lo que debía realizarse. Así, por ejemplo, el International Disability Caucus señaló que el derecho a una educación en instalaciones diferentes solamente aplicaba para personas sordas, ciegas y sordo ciegas. Esto no implicaba su apartamiento total sino simplemente uno temporal durante los primeros momentos con la finalidad de adquirir el lenguaje y las formas de comunicación para integrarse luego. El resto de personas con discapacidad sí debían estar incluidas plenamente. La World Federation of the Deaf hizo la salvedad de que, mientras el Braille es una forma de comunicación, la lengua de señas es un lenguaje. En este sentido, se le aplica lo señalado en los artículos 24 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos de 1996 que señalan:

Artículo 24

Toda comunidad lingüística tiene derecho a decidir cuál debe ser el grado de presencia de su lengua, como lengua vehicular y como objeto de estudio, en todos los niveles de la educación dentro de su territorio: preescolar, primario, secundario, técnico y profesional, universitario y formación de adultos.

Artículo 25

Toda comunidad lingüística tiene derecho a disponer de todos los recursos humanos y materiales necesarios para conseguir el grado deseado de presencia de su lengua en todos los niveles de la educación dentro de su territorio: enseñantes debidamente formados, métodos pedagógicos adecuados, manuales, financiación, locales y equipos, medios tecnológicos tradicionales e innovadores.

Por tanto, los sordos tendrían un carácter de minoría como personas con discapacidad y también como minoría lingüística. Tal organización también acudió a las Recomendación de La Haya

relativas a los derechos educativos de las minorías nacionales planteadas en el marco de la OSCE (acrónimo de Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa). En dicho instrumento se señala en el artículo 1 lo siguiente:

1) El derecho de las personas pertenecientes a minorías nacionales a conservar su identidad puede realizarse plenamente sólo si adquieren un conocimiento adecuado de su lengua materna durante el proceso educativo. Al mismo tiempo, las personas pertenecientes a minorías nacionales tienen una responsabilidad de integrarse en la sociedad nacional más amplia mediante la adquisición de un conocimiento adecuado de la lengua del estado.

Adicionalmente, habría que señalar que la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza mencionada líneas arriba sí permite la separación con motivación de lengua. Al respecto, habría que señalar que es posible entender a las personas sordas desde dos perspectivas: las personas sordas (con minúscula) que carecen del oído y las personas Sordas (con mayúscula) que forman parte de una minoría lingüística y cultural que se construye alrededor del uso de la lengua de señas.²¹⁹ Por tanto, esta minoría lingüística y cultural podría preferir una educación apartada. No obstante, otras organizaciones no compartían ese punto de vista.

Así, el British Council of Disabled People señaló que era cierto que los niños sordos no podían aprender lengua de señas si eran los únicos en sus escuelas. Sin embargo, era posible pensar que el agrupamiento de ellos podía darse en escuelas regulares. Finalmente, uno de los argumentos más fuertes en contra de la educación segregada provino de la Mental Disability Rights International, organización que señaló que en el Derecho Internacional la libertad de elección de los padres permite que estos puedan elegir otra forma de educación que no sea la pública pero no les permite una elección dentro de la educación pública. No existiría un derecho a elegir un tipo de sistema de educación pública en el derecho internacional para esta institución. A pesar de ello, hay autores que consideran que sí existe tal “derecho”.²²⁰

²¹⁹ OVIEDO, Alejandro. “Los Sordos y la Convención Internacional para la Protección de las Personas Discapacitadas (ONU)” 2006. Disponible en: < http://www.cultura-sorda.eu/resources/Oviedo_Convencion_ONU_Discapacidad.pdf > También revisar SIEGEL, Lawrence M., *The human right to language*. Gallaudet University Press: Washington DC. 2008

²²⁰ Ello se desprende de PALACIOS, Agustina. “Una aproximación a la Ley 27/2007 desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en CUENCA GÓMEZ, Patricia. *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*. Dykinson: Madrid. 2011.

Hacia el final de la sesión, se llegó al siguiente acuerdo²²¹:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todas las personas con discapacidad a la educación con vistas a hacer efectivo este derecho [de modo progresivo y] sobre la base de la igualdad de oportunidades. Los Estados Partes se comprometen a lograr el objetivo de la inclusión en sus sistemas generales de educación. En el caso de que, de modo excepcional, el sistema general de educación no se ajuste adecuadamente a las necesidades de las personas con discapacidad, los Estados Partes adoptarán las medidas apropiadas para asegurar formas alternativas de educación [de calidad/eficaces], teniendo en cuenta el objetivo de la inclusión plena. La educación de las personas con discapacidad deberá estar orientada a:

- a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima e incrementar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;
- b) Hacer posible que todas las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre;
- c) Desarrollar la personalidad, la creatividad, el talento y la capacidad mental y física de las personas con discapacidad hasta el máximo de sus posibilidades;
- d) Tener en cuenta el interés superior del niño, que será la consideración principal, [en particular mediante [planes] [y métodos] de educación individualizados] [...]"

2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes se asegurarán de que:

- a) Todas las personas con discapacidad puedan [optar por una enseñanza incluyente y accesible de calidad/eficaz] [tengan acceso a enseñanza de calidad/eficaz dentro del sistema general de educación] [a lo largo de su vida] [en la medida de lo posible] en su propia comunidad (incluido acceso a la enseñanza en la primera infancia y la preescolar);
- b) Se preste el apoyo necesario, incluida la formación especializada de profesores, asesores y psicólogos escolares, programas de estudio accesibles, métodos y tecnologías docentes accesibles, modos de comunicación alternativos y aumentativos, estrategias de aprendizaje alternativas, un entorno físico accesible y otros ajustes razonables para asegurar la plena participación de los estudiantes con discapacidad;
- c) Ningún niño con discapacidad se vea excluido de la educación primaria o secundaria libre y obligatoria o se le deniegue el acceso a recibir educación por razón de su discapacidad.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que los niños y jóvenes ciegos, sordos y sordomudos tengan derecho a elegir ser educados en sus propios grupos y entornos, en los que recibirán el mismo grado de apoyo y con arreglo a los mismos criterios, en consonancia con lo dispuesto en el presente artículo.

4. Los Estados Partes asegurarán que los niños con discapacidad sensorial y para la comunicación puedan optar por aprender el lenguaje de señas o en el sistema Braille, según corresponda y seguir el programa de estudios en lenguaje

²²¹ NACIONES UNIDAS. A/60/266. Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. 17 de agosto de 2005.

de señas o en el sistema Braille, o en un sistema de comunicación aumentativa alternativa u otros medios, modos y formatos de comunicación accesibles. Los Estados Partes tomarán las medidas adecuadas para ofrecer una educación [de calidad/eficaz] a los estudiantes con discapacidad sensorial utilizando profesores que dominen el lenguaje de señas o el sistema Braille. Los Estados Partes tomarán las medidas adecuadas para asegurarse de que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de adquirir los conocimientos vitales, de desarrollo social, de orientación y movilidad, necesarios para poder participar en pie de igualdad con las demás personas como miembros de la comunidad.

5. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso al ciclo terciario general, la formación profesional, la educación de adultos y el aprendizaje continuo en pie de igualdad con las demás personas. A esos efectos, los Estados Partes deberán prestar [asistencia/apoyo] adecuada/adecuado a las personas con discapacidad.

Con tal fraseo, el Comité Ad Hoc volvería a discutir el artículo en su séptima sesión (16 de enero al 3 de febrero del 2006). Antes de dicha reunión, el 7 de octubre de 2005, el Jefe del Comité Ad Hoc, Don MacKay, enviaría una carta²²² a todos los miembros en la que planteaba, con los aportes del Comité, un nuevo borrador de la Convención. En este documento, el artículo sobre el derecho a la educación pasó a su lugar actual (artículo 24) y quedó establecido de la siguiente manera:

Artículo 24 Educación

- 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán una educación inclusiva a todos los niveles y la enseñanza a lo largo de la vida encaminadas a:

 - a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y cimentar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;*
 - b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad así como sus habilidades mentales y físicas;*
 - c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.**
- 2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes se asegurarán de que:

 - a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema de educación general por motivos de discapacidad, y de que los niños con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria y secundaria gratuita y obligatoria por razones de discapacidad;*
 - b) Que las personas con discapacidad tengan acceso inclusivo, de calidad, y gratuito a la enseñanza primaria y secundaria en la medida de lo posible en la comunidad en que vivan;*
 - c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;**

²²² NACIONES UNIDAS. A/AC.265/2006/1. Carta de fecha 7 de octubre de 2005 del Presidente del Comité Especial dirigida a todos los miembros del Comité. 14 de octubre de 2005.

d) *Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, dentro del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva. En circunstancias excepcionales en que el sistema general de educación no pueda cubrir adecuadamente las necesidades de apoyo de las personas con discapacidad, los Estados Partes se asegurarán de que se faciliten medidas de apoyo alternativas efectivas, que se ajusten al objetivo de la plena inclusión;*

e) *Se ofrezcan capacitación inicial y continua que incluya la concienciación respecto de la discapacidad, el empleo de métodos y modos de comunicación, técnicas educativas y materiales apropiados a fin de prestar apoyo a las personas con discapacidad, a todos los profesionales y al personal que trabaja en todos los niveles educativos.*

3. *Los Estados Partes dotarán a las personas con discapacidad para que adquieran experiencias vitales y aptitudes de desarrollo social a fin de facilitar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes:*

a) *Facilitarán el aprendizaje del sistema Braille, la escritura alternativa y métodos de orientación y movilidad, y promoverán el apoyo y la tutoría de otras personas en las mismas circunstancias;*

b) *Facilitarán el aprendizaje de lenguaje de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas;*

c) *Asegurarán que la educación de los niños ciegos, sordos y sordociegos se haga en los lenguajes y modos de comunicación más apropiados para cada persona, y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social.*

4. *Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para asegurar una educación de calidad a los estudiantes con discapacidad sensorial mediante la contratación de profesores que conozcan bien el lenguaje de señas o el sistema Braille, incluidos profesores con discapacidad.*

5. *Los Estados Partes se asegurarán de que las personas con discapacidad puedan acceder al ciclo de enseñanza superior general, la formación profesional, la formación de adultos y el aprendizaje continuo sin discriminación y en igualdad de oportunidades. A ese fin, los Estados Partes deberán prestar la asistencia adecuada a las personas con discapacidad.*

La propuesta de MacKay, cierra ciertas discusiones. Así, en primer lugar plantea que el derecho a la educación existe a todo nivel educativo lo que incluye la “*enseñanza superior general, la formación profesional, la formación de adultos y el aprendizaje continuo*”. En segundo lugar, plantea la educación inclusiva como algo general aunque permite que, en circunstancias excepcionales, exista “*medidas de apoyo alternativas efectivas, que se ajusten al objetivo de la plena inclusión*”. Adicionalmente, plantea como medida de apoyo la contratación de personal docente con discapacidad como una medida apropiada para las personas con discapacidad sensorial.

No obstante, como era de esperarse, su propuesta no fue de pleno consenso. Así en la sesión de 24 de enero de 2006²²³, con respecto al artículo 24.2.b, Canadá propuso eliminar el término “en la medida de lo posible” y cambiarlo por “en igualdad de condiciones con el resto”, hecho que fue apoyado por varias delegaciones como las de Chile, Colombia y Tailandia. Tampoco estaba de

²²³ Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum24jan.htm>

acuerdo con la posibilidad de permitir la educación especial en circunstancias extremas. Por ello, propuso que esa oración del artículo 24.2.d fuese reemplazada por “para alcanzar adecuadamente las necesidades de apoyo individuales de las personas con discapacidad, los Estados Parte asegurarán la provisión de efectivas medidas de apoyo individualizadas en contextos que maximicen el desarrollo social y académico, de manera consistente con la meta de inclusión plena”. Esto último fue apoyado por los representantes de Uganda y Brasil. A pesar de ello, otros Estados, como Japón se oponían a tal formulación puesto que consideraban que la elección de la educación especial podía ser por el interés superior del niño.

En concordancia con tal idea, la delegación de Australia señaló que en tanto las medidas a tomar en la educación regular eran ajustes razonables, era posible encontrar situaciones en las cuales se configurase una carga indebida. Ante ello, la educación especial sería una fórmula apropiada para la educación de las personas con discapacidad. Las organizaciones de personas con discapacidad siguieron apostando, en su mayoría, por el modelo inclusivo en general y por la segregación para los casos de personas con discapacidad sensorial. Al final, las propuestas de Canadá fueron las más acogidas y al final de la sesión, el artículo quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 24 **Educación**

1. *Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles y la enseñanza a lo largo de la vida, encaminados a:*

a) *Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y cimentar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;*

b) *Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus habilidades mentales y físicas;*

c) *Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.*

2. *Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que:*

a) *Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema de educación general por motivos de discapacidad, y que los niños con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria y secundaria gratuita y obligatoria por motivos de discapacidad;*

b) *Que las personas con discapacidad tengan acceso inclusivo, de calidad y gratuito a la enseñanza primaria y secundaria en pie de igualdad con otros, en la comunidad en que vivan;*

c) *Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;*

d) *Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, dentro del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva. [A fin de satisfacer de manera adecuada]*

[En circunstancias excepcionales en que el sistema general de educación no pueda cubrir adecuadamente] las necesidades de apoyo de las personas con discapacidad, los Estados Partes asegurarán que se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la inclusión plena.

3. Los Estados Partes facilitarán a las personas con discapacidad la adquisición de experiencias vitales y aptitudes de desarrollo social a fin de facilitar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas, entre ellas:

a) Facilitar el aprendizaje del sistema Braille, la escritura aumentativa y alternativa, medios y formas de comunicación, orientación y aptitudes de movilidad, y promover el apoyo y la tutoría de otras personas en las mismas circunstancias;

b) Facilitar el aprendizaje del lenguaje de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas;

c) Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños ciegos, sordos y sordociegos se haga en los lenguajes y modos de comunicación más apropiados para cada persona, y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social.

4. A fin de asegurar la realización de este derecho, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para emplear a maestros, incluso con discapacidad, que tengan conocimientos de trabajo en lenguaje de señas y sistema Braille, y para entrenar a profesionales y personal que trabaja en todos los niveles educativos. Esa capacitación incorporará la toma de conciencia sobre las discapacidades y el uso de métodos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos, técnicas educativas y materiales para apoyar a las personas con discapacidad.

5. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a educación terciaria, capacitación profesional, educación para adultos y aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en pie de igualdad con otros. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad.²²⁴

En la octava sesión, llevada a cabo del 14 al 25 de agosto se plantearon algunas propuestas de modificación²²⁵. Algunas fueron inefectivas, como la planteada por Canadá respecto a una educación respetuosa de la equidad de género. Otras, en cambio, sí tuvieron éxito. Por ejemplo, la propuesta de Panamá, en representación de Brasil, Chile, Guatemala, Costa Rica, Uruguay, Venezuela, Perú, Argentina, Colombia, Kenia, el Grupo Árabe, Senegal, Camerún, Gabón, la Unión Europea, Costa de Marfil, Trinidad y Tobago, Jamaica, Tanzania, Barbados, Eritrea, México, Burkina Faso, Australia, Japón, Israel, Tailandia y El Salvador. Estas delegaciones propusieron reescribir el artículo 24.2.d que tantos problemas seguía generando de la siguiente manera:

“d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;

e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.”

²²⁴ NACIONES UNIDAS. A/AC.265/2006/2. Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su séptimo período de sesiones. 13 de febrero de 2006.

²²⁵ Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8gpcart24.htm>

Adicionalmente, plantearon que los profesores que atendiesen a las personas con discapacidad debían estar debidamente calificados para esta labor. Luego de ello, y de corregir el texto en cuatro ocasiones en el grupo de redacción²²⁶, el artículo quedó de la siguiente manera en el texto de su adopción el día 6 de diciembre del 2006:

Artículo 24 - versión final
Educación

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a:

- a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;
- b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas;
- c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.

2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que:

- a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;
- b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan;
- c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;
- d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;
- e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

3. Los Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes, entre ellas:

- a) Facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares;
- b) Facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas;
- c) Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social.

4. A fin de contribuir a hacer efectivo este derecho, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o Braille y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles

²²⁶ Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/drafting.htm>

educativos. Esa formación incluirá la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados, y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad.

5. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad.

Así, es posible resumir la evolución del artículo sobre educación y su relación con la educación segregada de la siguiente forma:

Propuesta	Relación con la educación segregada
Propuesta mexicana	Opcional si la persona con discapacidad lo desea
Propuesta india	Opcional si la persona con discapacidad lo desea
Propuesta venezolana	No hay educación segregada
Propuesta japonesa	No hay educación segregada
Propuesta del Grupo de Trabajo	Opcional si la persona con discapacidad lo desea
Propuesta del Comité Ad Hoc (3ra sesión)	Opcional si la persona con discapacidad lo desea
Propuesta del Comité Ad Hoc (6ta sesión)	Educación segregada para ciegos, sordos y sordomudos
Propuesta de Don MacKay	Educación segregada en circunstancias excepcionales en que el sistema educativo no pueda cubrir adecuadamente las necesidades de apoyo de la persona con discapacidad.
Propuesta del Comité Ad Hoc (7ma sesión)	Educación segregada en circunstancias excepcionales en que el sistema educativo no pueda cubrir adecuadamente las necesidades de apoyo de la persona con discapacidad.
Redacción final	No hay educación segregada

2.1.2.4 Las interpretaciones del Comité sobre la educación inclusiva

La relación con la educación segregada es el gran debate de este artículo. Muchos consideraban y consideran que la educación segregada era una opción para los Estados. Otros, pensaban que los padres podían llegar a preferirla sobre la inclusión educativa. La apuesta de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue optar siempre y sin excepciones por la educación inclusiva. Ello puede invitar al debate. ¿Podrían los padres preferir una educación segregada a pesar del mandato de la Convención? La opinión de esta investigación es que no se puede. El mandato de inclusión es obligatorio. Si bien se puede apelar a la necesidad de implementar las medidas de

manera progresiva, sí es necesario recalcar que la meta es la inclusión plena. Para zanjar la discusión, sería importante conocer las resoluciones del Comité con respecto a la educación inclusiva emitidas hasta el día de hoy.



País	Fecha	Código	Educación
Túnez	13/05/2011	CRPD/C/TUN/CO/1	<p>30. El Comité toma nota del programa nacional de educación inclusiva para niños con discapacidad. No obstante, observa con profunda inquietud que, en la práctica, la estrategia de inclusión no se aplica por igual en todas las escuelas, que es corriente que no se respeten las normas sobre el número de niños en las escuelas ordinarias y sobre la dirección de las clases inclusivas y que las escuelas no están distribuidas de manera equitativa entre las diversas regiones de una misma provincia.</p> <p>31. También preocupa al Comité que muchas escuelas integradas no cuenten con el equipo necesario para acoger a niños con discapacidad y considera que la formación de profesores y administradores en relación con la discapacidad sigue constituyendo un problema en el Estado parte.</p> <p>32. El Comité recomienda que el Estado parte:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Tome medidas a fin de que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión en pie de igualdad con otras y, a este respecto, proporcione información al público en general y, especialmente con respecto a los sordos, quienes tengan problemas de audición y los sordociegos, reconozcan y promuevan la utilización de la lengua de señas; b) Redoble sus esfuerzos por instituir la educación inclusiva para todos los niños y niñas con discapacidad en todas las escuelas; c) Intensifique la formación del personal de educación, incluidos los profesores y administradores; d) Asigne suficientes recursos financieros y humanos a la aplicación del programa nacional de educación inclusiva para los niños con discapacidad.

España	19/10/2011 CRPD/C/ESP/CO/1	<p>43. El Comité ve con beneplácito que los estudios de los alumnos con necesidades educativas especiales se rijan por el principio de la inclusión; que esté prohibida la discriminación en la educación, y que la mayoría de los niños con discapacidad estén integrados en el sistema educativo normal. El Comité expresa su satisfacción por la Ley orgánica N° 2/2006, sobre la educación, que obliga a las autoridades educativas a proporcionar profesores especializados, profesionales capacitados y los materiales y recursos necesarios, así como por las leyes que obligan a las escuelas a introducir los ajustes y las diversificaciones necesarias en los programas para los alumnos con discapacidades. No obstante, preocupa al Comité la aplicación de esas leyes en la práctica, habida cuenta de que, según se informa, hay casos en que no se ha proporcionado a los alumnos un acomodo razonable, en que continúan la segregación y la exclusión, en que se han aducido argumentos económicos para justificar la discriminación y en que se ha matriculado a niños en programas especiales de educación contra la voluntad de sus padres. El Comité observa con preocupación que los padres que rechazan la inclusión de sus hijos con discapacidad en programas especiales de educación no tienen ninguna posibilidad de apelar, y que su única alternativa es educarlos por su cuenta o pagar por la inclusión razonable de sus hijos en el sistema tradicional de educación.</p> <p>44. El Comité reitera que la denegación de un acomodo razonable de los alumnos constituye discriminación y que la obligación de proporcionar un acomodo razonable a los alumnos es de aplicación inmediata y no está sujeta a la realización progresiva. El Comité recomienda al Estado parte que:</p> <p>a) Redoble sus esfuerzos por proporcionar a los alumnos un acomodo razonable en la educación, asignando recursos financieros y humanos suficientes para aplicar el derecho a la educación integradora, prestando especial atención a la evaluación de la disponibilidad de profesores</p>
--------	----------------------------	--

	<p>con calificaciones especializadas y velando por que los departamentos de educación de las comunidades autónomas comprendan las obligaciones que les impone el Convenio y actúen de conformidad con las disposiciones de este;</p> <p>b) Vele por que las decisiones de colocar a los niños con discapacidad en escuelas especiales o en clases especiales, o para ofrecerles un plan de estudios reducido, se adopten en consulta con los padres;</p> <p>c) Vele por que los padres de niños con discapacidad no estén obligados a pagar por la educación o por las medidas encaminadas a proporcionar a los alumnos un acomodo razonable en las escuelas tradicionales;</p> <p>d) Vele por que las decisiones sobre la colocación de los niños en marcos segregados puedan ser objeto de apelación rápida y eficazmente.</p>
<p>Perú 16/05/2012 CRPD/C/PER/CO/1</p>	<p>36. El Comité toma nota con reconocimiento de la promulgación de diversas directivas ministeriales destinadas a establecer el marco de un sistema de educación incluyente, pero observa con pesar las deficiencias existentes en la aplicación efectiva de las disposiciones de esas directivas, en particular las tasas de analfabetismo de los pueblos indígenas y de las comunidades afroperuanas, así como el efecto que ello puede tener en los niños con discapacidad pertenecientes a comunidades indígenas y de minorías.</p> <p>37. El Comité recomienda al Estado parte que asigne recursos presupuestarios suficientes para seguir avanzando en el establecimiento de un sistema de educación incluyente para niños y adolescentes con discapacidad y adopte las medidas adecuadas para reducir las tasas de analfabetismo entre los niños con discapacidad, especialmente los niños indígenas y afroperuanos.</p>

Argentina	9/10/2012	CRPD/C/ARG/CO/1	<p>37. El Comité toma nota de que el marco legislativo que regula la educación en el Estado parte contiene de manera expresa el principio de la educación inclusiva (artículo 11 de la Ley N.º 26206). Sin embargo, observa con preocupación que la implementación de este principio se ve limitada, en la práctica, por la falta de adecuación de los programas y planes de estudio a las características de los educandos con discapacidad, así como por la prevalencia de barreras de todo tipo que impiden que las personas con discapacidad accedan al sistema educativo en condiciones de igualdad y no discriminación con el resto de estudiantes. El Comité expresa su gran preocupación por el elevado número de niños y niñas con discapacidad atendidos en escuelas especiales y por la ausencia de centros de recursos educativos que apoyen la inclusión efectiva de los estudiantes con discapacidad.</p>
			<p>38. El Comité recomienda al Estado parte que desarrolle una política pública de educación integral que garantice el derecho a la educación inclusiva y que asigne recursos presupuestarios suficientes para avanzar en el establecimiento de un sistema de educación incluyente de estudiantes con discapacidad. Igualmente, el Comité insta al Estado Parte a intensificar sus esfuerzos para asegurar la escolarización de todos los niños y niñas con discapacidad en la edad obligatoria establecida por el Estado parte, prestando atención a las comunidades de los pueblos indígenas y a otras comunidades rurales. Asimismo, urge al Estado parte a tomar las medidas necesarias para que los estudiantes con discapacidad inscritos en escuelas especiales se incorporen a las escuelas inclusivas y a ofrecer ajustes razonables a los estudiantes con discapacidad en el sistema educativo general.</p>
China	15/10/2012	CRPD/C/CHN/CO/1	<p>35. El Comité expresa su preocupación por el elevado número de escuelas especiales y por la política del Estado parte de promover activamente estas escuelas. Inquieta especialmente al Comité que, en la práctica, solo los estudiantes con cierto tipo de discapacidad</p>

			<p>(discapacidad física o discapacidad visual leve) puedan asistir a las escuelas regulares, mientras que todos los demás niños con discapacidad se ven obligados a ingresar en una escuela especial o a abandonar por completo sus estudios.</p> <p>36. El Comité desea recordar al Estado parte que el concepto de inclusión es una de las nociones fundamentales de la Convención y debe ser especialmente respetada en la esfera de la educación. En este sentido, le recomienda que reasigne recursos del sistema de educación especial a la promoción de la educación integradora en las escuelas regulares, a fin de garantizar que más niños con discapacidad puedan asistir a las escuelas regulares.</p>
Hungría	22/10/2012	CRPD/C/HUN/CO/1	<p>39. El Comité observa con reconocimiento que los estudiantes con discapacidad tienen la posibilidad de estudiar la lengua de señas y el sistema Braille. También observa que los maestros reciben capacitación a este respecto. Sin embargo, lamenta que muchos estudiantes con discapacidad sigan asistiendo a centros educativos especiales. También observa con preocupación que el Estado parte no ha adoptado medidas suficientes para ofrecer en los centros de educación general adaptaciones razonables a todos los estudiantes con discapacidad y para desarrollar y promover un sistema educativo inclusivo conforme a lo dispuesto en la Convención.</p> <p>40. El Comité ve además con preocupación que no existen suficientes programas sociales destinados a garantizar el acceso de los niños romaníes con discapacidad a la educación general ni se celebran consultas adecuadas con ellos y sus padres con miras a decidir qué tipo de apoyo se necesitan para satisfacer su derecho a la educación.</p> <p>41. El Comité insta al Estado parte a que asigne recursos suficientes para el desarrollo de un sistema de educación inclusivo de los niños y adolescentes con discapacidad. Reitera que la denegación de adaptaciones razonables constituye discriminación, y recomienda al Estado parte que intensifique</p>

de manera importante sus esfuerzos para ofrecer esas adaptaciones a los niños y adolescentes con discapacidad, según las necesidades de cada cual; proporcionar a los estudiantes con discapacidad el apoyo necesario en el sistema de educación general; y seguir formando a los maestros y demás personal docente para que puedan trabajar en entornos educativos integradores.

42. El Comité insta al Estado parte a que elabore programas para garantizar que los niños romaníes con discapacidad sean incluidos en los programas educativos de carácter general, sin pasar por alto las adaptaciones razonables que pudieran necesitarse para obtener el resultado deseado.

Paraguay	15/05/2013	CRPD/C/PRY/CO/1	<p>s/n. Al Comité le preocupan los bajos índices de niños y niñas con discapacidad inscritos en las escuelas (menos del 1%), y que éstas sean en su mayoría escuelas de educación especial, y el uso persistente de terminología que refleja el modelo médico de la discapacidad para la clasificación de los niveles de educación. Además, lamenta la falta de información que indique los niveles de inscripción educativa en área urbana y rural, así como si la educación se imparte con pertinencia étnica y lingüística.</p> <p>s/n El Comité recomienda al Estado parte que implemente una estrategia para permitir el acceso de todas las niñas, niños y adolescentes con discapacidad al sistema educativo nacional, y que la educación sea inclusiva en todos los niveles y en todo el país, con perspectiva de género y étnico-lingüístico pertinente. El Comité insta al Estado parte a que modifique la terminología educativa que refleja el modelo médico y oriente a la vez que promueva la transición de la educación especial y segregada al modelo inclusivo.</p>
----------	------------	-----------------	---

Austria	30/09/2013 CRPD/C/AUT/CO/1	<p>40. Al Comité le preocupa el estancamiento del proceso hacia la educación incluyente en Austria. El Comité toma nota con preocupación de la información según la cual ha aumentado el número de niños inscritos en escuelas especiales y no se han realizado suficientes esfuerzos en apoyo de la educación incluyente de los niños con discapacidad. El Comité observa además que hay una cierta confusión entre educación "incluyente" y educación "integradora". No obstante, encomia el establecimiento de modelos de educación incluyente en varios de los Länder.</p> <p>41. El Comité está decepcionado por el hecho de que sean muy pocos los licenciados universitarios con discapacidad en Austria. Elogia al Estado parte por ofrecer servicios de interpretación en lengua de señas en la enseñanza superior; sin embargo, como mencionó el Estado parte en el constructivo diálogo, señala que solo ha habido 13 estudiantes con deficiencias auditivas, y que solo 3 de ellos han terminado sus estudios universitarios.</p> <p>42. Al parecer, falta formación pedagógica de maestros con discapacidad y maestros que utilizan la lengua de señas. Sin una dotación suficiente de maestros que utilicen la lengua de señas, los niños sordos quedan en una situación de considerable desventaja.</p> <p>43. El Comité recomienda que se ponga más empeño en apoyar a los alumnos con discapacidad en todos los ámbitos de la educación incluyente, desde el jardín de la infancia hasta la escuela secundaria. Recomienda en particular al Estado parte que recabe la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y sus organizaciones representativas, en la implementación cotidiana de los modelos de educación incluyente introducidos en diversos Länder. Recomienda además que se desplieguen más esfuerzos para que las personas con discapacidad puedan estudiar en las universidades y otras instituciones de enseñanza terciaria. Recomienda asimismo que el Estado parte redoble sus esfuerzos por impartir formación pedagógica de calidad a</p>
---------	----------------------------	---

			<p>los maestros con discapacidad y por formar a maestros que utilicen la lengua de señas a fin de mejorar la educación de los niños y niñas sordos y con deficiencias auditivas, de conformidad con el reconocimiento formal de la lengua de señas austríaca en la Constitución de Austria.</p>
El Salvador	8/10/2013	CRPD/C/SLV/CO/1	<p>45. Al Comité le preocupan los bajos niveles de matriculación de niños y niñas con discapacidad en las escuelas así como la ausencia de ajustes razonables para asegurar el acceso a la educación de las niñas y los niños con discapacidad tanto en zonas urbanas como rurales y el acceso a la educación para adultos. El Comité expresa su preocupación por la discriminación en el acceso y permanencia de niñas y niños con discapacidad psicosocial o intelectual a la educación. Preocupa al Comité que no se establezca el principio de gratuidad en la educación de niñas y niños con discapacidad.</p> <p>46. El Comité recomienda al Estado parte:</p> <p>a) Desarrollar el modelo de educación inclusiva en todos los niveles, tanto en el área urbana como en el área rural, con perspectiva de género y cultural mediante los ajustes razonables necesarios para asegurar el acceso de niñas, niños, jóvenes con discapacidad en el sistema educativo;</p> <p>b) Adoptar un plan para la formación obligatoria de profesores en pedagogías de educación inclusiva para las personas con discapacidad, eliminando los requisitos que impiden el acceso y permanencia de niños con discapacidad psicosocial o intelectual en la educación y destinar el presupuesto necesario para tal finalidad;</p> <p>c) Implementar iniciativas y alianzas publico-privadas para desarrollar materiales pedagógicos y metodologías de enseñanza en formatos accesibles así como el acceso a nuevas tecnologías e Internet para estudiantes con discapacidad.</p>

Australia	21/10/2013	CRPD/C/AUS/CO/1	<p>45. Al Comité le preocupa que, pese a las Normas relativas a la educación de las personas con discapacidad instituidas para garantizar el acceso a la educación en igualdad de condiciones, los estudiantes con discapacidad sigan siendo remitidos a escuelas especiales y que muchos de los que están matriculados en escuelas convencionales queden en gran medida relegados a clases o unidades especiales. Le preocupa además que los alumnos con discapacidad matriculados en escuelas convencionales reciban una educación deficiente debido a la falta de ajustes razonables. También considera preocupante que la tasa de finalización de la educación secundaria de los alumnos con discapacidad sea aproximadamente un 50% inferior a la de las personas sin discapacidad.</p> <p>46. El Comité recomienda al Estado parte:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Intensificar sus esfuerzos por realizar ajustes razonables de la calidad necesaria en la educación; b) Llevar a cabo un estudio sobre la eficacia de las actuales políticas de inclusión educativa y el nivel de aplicación de las Normas relativas a la educación de las personas con discapacidad en cada estado y territorio; c) Fijar metas para incrementar el nivel de participación y las tasas de finalización de los estudios de los alumnos con discapacidad a todos los niveles de la enseñanza y la formación.
Suecia	12/05/2014	CRPD/C/SWE/CO/1	<p>47. El Comité está preocupado por la información de que las escuelas pueden denegar la admisión de determinados alumnos con discapacidad por motivos de organización y dificultades económicas. Al Comité también le preocupan las denuncias de que algunos niños que necesitan un grado de apoyo considerable no pueden asistir a clase por falta de dicho apoyo.</p> <p>48. El Comité insta al Estado parte a que garantice la inclusión de todos los niños con discapacidad en el sistema educativo ordinario y a que se asegure de que cuentan con el apoyo necesario.</p>

<p>Costa Rica 12/05/2014 CRPD/C/CRI/CO/1</p>	<p>47. El Comité lamenta que persista el modelo de educación especial y segregadora hacia los niños y jóvenes con discapacidad, quienes no tienen acceso a la educación inclusiva, y que la formación de docentes y profesionales continúe realizándose dentro del contexto especializado.</p> <p>48. El Comité exhorta al Estado parte a implementar una política de formación de docentes dentro del modelo de educación inclusiva, y a la vez asegure la educación inclusiva mediante el apoyo de personal docente capacitado, braille, LESCO, medios y modos alternativos de comunicación, textos de fácil lectura, y otros equipos y medios auxiliares.</p> <p>49. Al Comité le preocupa la ausencia de indicadores de inclusión educativa de niños, jóvenes y adultos con discapacidad; en particular, le preocupa que la exclusión sea mayor en personas con discapacidad adultas, mujeres y niñas con discapacidad, personas con discapacidades múltiples, indígenas y quienes viven en áreas rurales.</p> <p>50. El Comité recomienda al Estado parte asegurar que todas las personas con discapacidad tengan acceso a la educación inclusiva, en todos los niveles de la educación, incluyendo la educación para adultos y en todo el país, y garantice que esta educación reciba cobertura en las áreas más remotas y tenga enfoque de género, y pertinencia étnica y cultural.</p>
<p>Azerbaiján 12/05/2014 CRPD/C/AZE/CO/1</p>	<p>40. Preocupa al Comité que los niños con discapacidad sigan asistiendo a clases en residencias especiales y otras escuelas especializadas.</p> <p>41. El Comité recomienda al Estado parte que:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Intensifique los esfuerzos destinados a ofrecer una educación inclusiva y unos ajustes razonables en las escuelas y otras instituciones docentes, facilitando, entre otras cosas, tecnología de apoyo y asistencia en las aulas, planes de estudio y materiales docentes accesibles y adaptados y entornos escolares accesibles; b) Asigne recursos humanos y financieros suficientes para llevar a la

práctica el Programa Estatal de Educación Inclusiva;

c) Intensifique los esfuerzos destinados a ofrecer una formación de calidad al personal docente, incluido el personal con discapacidad, en el uso del braille y la lengua de señas, con miras a mejorar la educación de todas las categorías de niños con discapacidad, incluidos los niños sordos y con dificultades auditivas; y vele por que la educación inclusiva se convierta en parte integrante de la formación básica del personal docente en las universidades;

d) Investigue la eficacia del programa de educación inclusiva en curso y la medida en que se están cumpliendo las normas de accesibilidad en el Estado parte; y

e) Incluya en su siguiente informe periódico datos sobre el número de escuelas integradoras en que se hayan matriculado alumnos con discapacidad, desglosados por año académico, sexo y tipo de discapacidad, así como por región.

Dinamarca 3/10/2014 CRPD/C/DNK/CO/1

52. While noting a Government reform to promote inclusion of children with disabilities in the general education system, the Committee is concerned at the lack of clarity to what extent pupils with disabilities can receive adequate support and accommodation to facilitate their education, and the discrepancies in accomplishment rates between pupils with and without disabilities in elementary, secondary and higher education.

53. The Committee recommends that the State party amend its legislation to ensure the inclusion of all children with disabilities in the mainstream education system, including the adequate support and accommodation, in particular through the adequate training to teachers and other employees in the school system in all parts of the Kingdom of Denmark, to ensure quality education for pupils with disabilities. The State party should take measures to address discrepancies in accomplishment rates between pupils with and without disabilities at all levels of education.

	<p>54. The Committee is concerned at reports that children in need of more than 9 hours of special education per week may submit a complaint to the Special Education Board, unlike children with less than 9 hours of special education per week who cannot submit a complaint to an independent authority regarding a lack of adequate educational support.</p> <p>55. The Committee recommends that the State party amend its legislation to ensure that all children with disabilities can submit a complaint to an independent authority if they do not receive adequate educational support.</p>
<p>Bélgica 3/10/2014 CRPD/C/BEL/CO/1</p>	<p>36. Le Comité est préoccupé par les informations selon lesquelles nombre d'élèves ayant un handicap sont référés à des écoles spécialisées et obligés de les fréquenter en raison du manque d'aménagements raisonnables dans le système d'enseignement ordinaire. L'éducation inclusive n'étant pas garantie, le système d'enseignement spécialisé continue d'être une option trop fréquente pour les enfants handicapés. Le Comité est également préoccupé par l'insuffisance d'accessibilité à l'école.</p> <p>37. Le Comité prie l'État partie de mettre en place une stratégie cohérente en matière d'enseignement inclusif pour les enfants handicapés dans le système ordinaire, en prenant soin d'allouer des ressources financières, matérielles et humaines suffisantes. Il recommande de veiller à ce que ces enfants handicapés reçoivent, dans le cadre de l'éducation, l'appui dont ils ont besoin, entre autres la mise à disposition : de milieux scolaires accessibles, d'aménagements raisonnables, d'un plan d'apprentissage individuel, de technologies d'assistance et de soutien dans les classes, de matériel et de programmes éducatifs accessibles et adaptés, et d'une formation de qualité pour tous les enseignants, y compris les enseignants handicapés, dans l'utilisation du braille et de la langue des signes en vue d'améliorer l'éducation de toutes les catégories d'enfants handicapés, y compris les aveugles, sourds et aveugles, sourds et</p>

			<p>malentendants, filles et garçons. Il recommande également de veiller à ce que l'éducation inclusive soit partie intégrante de la formation de base des enseignants dans les universités ainsi qu'au cours de la formation régulière en cours d'emploi.</p>
Corea	3/10/2014	CRPD/C/KOR/CO/1	<p>45. The Committee is concerned that, despite the existence of an inclusive education policy, students with disabilities in regular schools return to special schools. The Committee is further concerned about reports that students with disabilities enrolled in regular schools fail to receive education that is suitable to their impairment-related needs.</p> <p>46. The Committee recommends that the State party:</p> <p>(a) Conduct research into the effectiveness of the current education inclusion policy;</p> <p>(b) Step up efforts to provide inclusive education and reasonable accommodation in schools and other learning institutions by providing, inter alia, assistive technology and support in classrooms, accessible and adapted educational materials and curricula, as well as accessible school environments; and</p> <p>(c) Intensify training for education personnel, including teachers and administrators in regular schools.</p>
Nueva Zelanda	3/10/2014	CRPD/C/NZL/CO/1	<p>49. The Committee notes the steps being taken to increase inclusive primary and secondary education, and the ongoing challenges to make the education system fully inclusive, such as lack of reasonable accommodation. The Committee is concerned at reports indicating that children with disabilities experience bullying in schools, and further notes that there is no enforceable right to inclusive education.</p> <p>50. The Committee recommends that further work be undertaken to increase the provision of reasonable accommodation in primary and secondary education, and to increase the levels of entry into tertiary education for persons with disabilities. The Committee encourages the State party to</p>

			<p>implement anti-bullying programmes and to establish an enforceable right to inclusive education.</p>
México	3/10/2014	CRPD/C/MEX/CO/1	<p>47. El Comité se encuentra particularmente preocupado por:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) La persistencia del modelo de educación especial en el Estado parte; (b) La falta de escolarización de todos los niños y niñas con discapacidad; (c) La ausencia de accesibilidad de los centros educativos y de todos los materiales didácticos, incluidos los libros de textos en braille e intérpretes de lengua de señas. <p>48. El Comité llama al Estado parte a:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) Reconocer en su legislación y políticas un sistema de educación inclusiva en todos los niveles de la educación – primaria, secundaria y superior-, y el desarrollo de ajustes razonables con recursos presupuestarios suficientes y formación adecuada de los docentes regulares; (b) Adoptar medidas para asegurar la escolarización de todos los niños y niñas con discapacidad, prestando atención a los niños y niñas con discapacidad intelectual y psicosocial, sordociegos y de comunidades indígenas; (c) Implementar con urgencia medidas de accesibilidad de los centros educativos y de todos los materiales didácticos y asegurar su uso desde el inicio del curso académico, incluyendo el braille y la lengua de señas;
Ecuador	3/10/2014	CRPD/C/ECU/CO/1	<p>36. Al Comité le preocupa que:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) El nivel de instrucción de las personas con discapacidad sea apenas la educación básica y que sólo estén registrados 24,499 estudiantes con discapacidad a nivel nacional de un total de 4.14 millones. Preocupa asimismo al Comité del promedio de escolaridad de las personas con discapacidad sea de 3 y 4 años frente a la media nacional de 9 años; (b) A pesar de los esfuerzos para profesionalizar a docentes que puedan cubrir las demandas de educación inclusiva, todavía se

requiera un impulso suplementario para cubrir todas las necesidades educativas;

(c) Las garantías procesales y orgánicas con las que actualmente cuenta el Estado a efecto de revisar y supervisar el acceso a las personas con discapacidad a la educación inclusiva, específicamente por las facultades del Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades y de las Unidades Distritales de Apoyo a la Inclusión (UDAI); y

(d) El escaso nivel de acceso de las personas con discapacidad a las universidades del Estado y que éstas todavía no hayan desarrollado ajustes en su oferta curricular y adecuaciones de accesibilidad en los principales centros con el objeto de que las personas con discapacidad puedan inscribirse en los distintos programas.

37. El Comité recomienda al Estado parte:

(a) **Iniciar un programa de Estado con el objeto de asegurar que todas las personas con discapacidad que habitan en su territorio, puedan ser inscritas en los programas de educación básica, media y media superior y que puedan acceder a un sistema educativo inclusivo, el cual se vea fortalecido también en los niveles superiores;**

(b) **Profundizar los esfuerzos de formación inicial y continua de docentes que atienda las demandas de la educación inclusiva para personas con discapacidad;**

(c) **Facilitar los procedimientos de queja de las personas con discapacidad frente al Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades a efecto de que pueda ser un monitoreo más efectivo de las obligaciones en esta materia. Asimismo, el Comité recomienda que exista una Unidad Distrital de apoyo a la Inclusión en cada distrito educativo y no en cada provincia, como actualmente sucede; y**

(d) **Incrementar los esfuerzos para la implementación de los modelos de educación inclusiva para la población con discapacidad en el nivel universitario, para lo cual se deberá fomentar la realización de ajustes al programa curricular y a los espacios físicos**

de las universidades en las distintas carreras que ofrecen.

Elaboración: Renato Constantino y Cristina Valega

Es posible constatar que la opinión del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es similar al que parece plantear la Convención. No obstante, en un caso, el Comité ha avalado la educación segregada, siempre que se respete la decisión de los padres. En este sentido, en las Observaciones Finales del Comité a España, le recomendó que “Vele por que las decisiones de colocar a los niños con discapacidad en escuelas especiales o en clases especiales, o para ofrecerles un plan de estudios reducido, se adopten en consulta con los padres”.²²⁷ En un sentido similar se ha expresado la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. Esta institución ha señalado (en un pie de página) que: “La obligación de los Estados de establecer sistemas educativos inclusivos no implica limitación alguna del derecho de los padres a decidir la estrategia educativa para sus hijos, por ejemplo mediante la escolarización en el hogar, siempre y cuando se imparta una educación de calidad en consonancia con los objetivos y las condiciones que se derivan del derecho de los derechos humanos.”²²⁸ Estos dos casos muestran cómo la libertad de educación puede ser un contraargumento con respecto. No obstante, es necesario tener en cuenta que el caso de España es minoritario con respecto al resto de pronunciamientos del Comité en los cuales se insta a los Estados a optar por la educación inclusiva.

En este sentido, es necesario recalcar que la educación inclusiva es una necesidad social y por eso esta investigación aboga por tal postura de manera plena. La segregación simplemente perenniza miedos y prejuicios. Si bien puede haber problemas de implementación – como se puede constatar en la realidad – y también existe un mandato de progresividad que puede permitir durante mayor tiempo la existencia de escuelas especiales, es claro que la apuesta debe ser por una educación que sea realmente para todos.

2.2 La importancia de la educación inclusiva desde una perspectiva de derechos humanos

²²⁷ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre España. 2011. CRPD/C/ESP/CO/1, pág. 44.c

²²⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación*. A/HRC/25/29, pie de página 22.

La educación es un derecho clave para el ejercicio de otros derechos.²²⁹ Por tanto, el derecho a la educación no solo importa por sí mismo sino también porque es una llave para que otros derechos puedan ser ejercidos con posterioridad en tanto es el “principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades.”²³⁰

Por ello, el derecho a la educación es un derecho que podrá permitir un mejor ejercicio de otros derechos. Asimismo, en otros términos, será un componente fundamental para alcanzar un pleno desarrollo económico y social. Adicionalmente, cabe resaltar que la educación ha sido un derecho que siempre ha estado vinculado a la implementación de una sociedad pacífica y una cultura de derechos humanos. Así se señala en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al señalar que la educación “debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad”²³¹. Ello, consecuentemente, debe ayudar “a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos”.²³² En la Declaración Universal de los Derechos Humanos también se apuesta a que se busca que “la educación sea un instrumento de construcción de la paz al señalar que tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos.”²³³ Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño señaló en su artículo 29 la importancia de que la educación apunte al desarrollo integral de la persona y a una ciudadanía responsable y respetuosa de las diferencias.²³⁴

²²⁹ TOMASEVSKI, Katarina. *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable*. Lund: Right to Education Primers, 2001, p. 10

²³⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)* E/C.12/1999/10. 1999 p. 1

²³¹ PIDESC. Art. 13.

²³² PIDESC. Art. 13.

²³³ DUDH. Art. 26.2

²³⁴ CDN. **Artículo 29**

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

En tal línea de argumentación, la educación es una herramienta fundamental en la creación de una mejor sociedad para todos. Si bien en los primeros instrumentos de derechos humanos siempre se tuvo en cuenta las diferencias raciales, nacionales y religiosas – por influencia directa de las tragedias de la Primera y Segunda Guerra Mundial – nunca se pensó en el “respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas”.²³⁵ Por ello, en las siguientes líneas se abordará la importancia que tiene la educación inclusiva en la generación de un ambiente propicio para el fomento de los derechos de las personas con discapacidad. Esto, a su vez, permitirá que quienes no tenemos discapacidad podamos conocer y valorar la diversidad que aportan las personas con discapacidad.

2.2.1 La importancia de la educación para las personas con discapacidad

Como ya se ha señalado, las personas con discapacidad constituyen uno de los colectivos tradicionalmente más discriminados y excluidos. Entre las tantas barreras que enfrentan, una de las iniciales está referida a la educación. Así, el Relator de Naciones Unidas para el derecho a la educación señaló, en el 2007, que en los países en vías de desarrollo, menos del 5% de los niños con discapacidad estaban escolarizados.²³⁶ Tal exclusión inicial va a ser la primera en una serie de discriminaciones que impiden que las personas con discapacidad puedan disfrutar del derecho al trabajo, a la seguridad social, a la vida en comunidad, a la participación política, entre otros. En este sentido, cabe resaltar que la exclusión de la educación merma “la oportunidad de un individuo de competir exitosamente en el mercado económico.”²³⁷ Ello destruye, bajo un parámetro economicista,

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

²³⁵ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 3.d.

²³⁶ MUÑOZ, VERNOR. *El derecho a la educación de las personas con discapacidades*. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz. A/HRC/4/29, pág. 8

²³⁷ ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA DE CALIFORNIA. Serrano v. Priest, 5 Cal.3d 584 (1971). Traducción propia de “an individual’s opportunity to compete successfully in the economic marketplace”.

la posibilidad misma de que la persona con discapacidad pueda ser considerada como una persona valiosa en la sociedad.

Apartar a una persona de la educación no solamente tiene consecuencias económicas sino también sociales. Ello es así porque la educación no es solamente alfabetización y aritmética sino que también incluye “la preparación para la vida activa, por ejemplo, la capacidad de adoptar decisiones ponderadas; resolver conflictos de forma no violenta; llevar una vida sana, tener relaciones sociales satisfactorias y asumir responsabilidades, desarrollar el sentido crítico, dotes creativas y otras aptitudes que den a los niños las herramientas necesarias para llevar adelante sus opciones vitales”.²³⁸ Por tanto, la realización de muchos de los derechos de las personas con discapacidad está íntimamente relacionada a la posibilidad de que estas puedan disfrutar del derecho a la educación.

2.2.1.1 Discapacidad, derechos humanos y teoría de capacidades²³⁹

Como se ha podido notar, las formulaciones tradicionales de derechos humanos no permitían que las personas con discapacidad pudiesen disfrutar de todos los derechos. Tanto las normas como la teoría de los derechos humanos no incluían la problemática de la discapacidad como un elemento relevante en sus formulaciones. No obstante, de manera reciente, es posible notar cómo una teoría – la teoría de las capacidades – ha intentado revertir dicha situación.

Visto ello, en este punto se busca anotar cómo influye la teoría de las capacidades en la comprensión de la discapacidad y su vinculación con la educación inclusiva. La principal exponente de esta corriente, Martha Nussbaum, señala que la acusada falta de productividad de las personas con discapacidad “no es natural, sino producto de una organización social discriminatoria”.²⁴⁰ Al realizar dicho planteamiento, Nussbaum corrobora la naturaleza social (y no biológica) de la discapacidad. En este sentido, la filósofa coincide con la idea clave del modelo social de establecer la discapacidad como una interacción de la deficiencia y la barrera de la sociedad. Así, por ejemplo,

²³⁸ CDN. *Observación General 1*. pár. 9.

²³⁹ Esta sección se basa en el siguiente trabajo: BREGAGLIO, Renata y Renato CONSTANTINO. *La educación inclusiva desde el enfoque de capacidades* "Preparado para presentar en la V Conferencia de la Asociación Latinoamericana y del Caribe para el Desarrollo Humano y el Enfoque de Capacidades, Lima, Perú, del 14 al 16 de mayo 2014"

²⁴⁰ NUSSBAUM, Martha. *Las Fronteras de la Justicia*. Barcelona: Paidós, 2007. p. 125.

de acuerdo al modelo social, una persona con ceguera (deficiencia de índole biológica) no puede ver pero su discapacidad empieza cuando no puede encontrar materiales en Braille (barrera de índole social) para ejercer su derecho al voto.

La postura de Nussbaum se distingue de la de Rawls. Este último autor, teórico fundamental del liberalismo político, propone que las personas con discapacidad (en especial la intelectual o psicosocial) no son un factor relevante para la configuración del contrato social, aunque sí se debe sus necesidades luego atender dicho acuerdo.²⁴¹ Muy por el contrario, Nussbaum confronta la teoría de la justicia de Rawls y le critica sus vacíos con respecto a las personas con discapacidad. El primero de los problemas que ataca Nussbaum es la definición de Rawls de los agentes que participan del contrato social. Para este último, tales agentes son “racionales y mutuamente desinteresados”.²⁴² Ello, como resulta evidente, excluye la posibilidad de que las personas con discapacidad mental o intelectual participen directamente del debate que da inicio a las instituciones. Si bien esto no significa su exclusión de políticas afirmativas, sí le impide diseñar las instituciones que deberán realizar tales políticas. En segundo lugar, Nussbaum ataca el mismo concepto de contrato, pues este parte de la idea de “beneficios derivados de la cooperación mutua”.²⁴³ En este sentido, la participación de las personas con discapacidad en la sociedad puede no necesariamente ser mutuamente beneficiosa dado que los costos de su inclusión podrían superar los de su exclusión.²⁴⁴ Si bien, Nussbaum no es una autora que apueste por un enfoque económico, utiliza esta mirada para criticar una incoherencia interna del discurso de Rawls. Y es que incluso si se llega a afirmar que la inclusión de personas con discapacidad puede ser beneficiosa, los costos pueden ser bastante altos. Ello, bajo el enfoque inicialmente utilitarista del “contrato social” podría generar la exclusión de las personas con discapacidad de tal pacto inicial. De esta manera, la idea inicial de Rawls de cooperación se derrumba en tanto la cooperación solo se da cuando hay beneficios mutuos para los sujetos racionales del contrato social. Como esto puede no suceder siempre en el caso de la discapacidad, la salida de Rawls es la “caridad generosa en un estadio ulterior”.²⁴⁵

²⁴¹ Rawls señala que “la capacidad de un sentido de la justicia es poseída por la abrumadora mayoría de la humanidad y, por consiguiente, esta cuestión no plantea un grave problema práctico”. Y es que Rawls no se plantea la discapacidad como una forma de vulnerabilidad estructural en tanto únicamente algunos “individuos dispersos no gozan de esta capacidad”. RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 457

²⁴² RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 26

²⁴³ NUSSBAUM, Martha. *Las Fronteras de la Justicia*. Barcelona: Paidós, 2007. p. 131

²⁴⁴ NUSSBAUM, Martha. *Las Fronteras de la Justicia*. Barcelona: Paidós, 2007. p. 129

²⁴⁵ NUSSBAUM, Martha. *Las Fronteras de la Justicia*. Barcelona: Paidós, 2007, p.130

Además de plantear estos cuestionamientos, Nussbaum también ha buscado realizar propuestas para la inclusión plena de las personas con discapacidad. Si bien, señala repetidamente que el enfoque de capacidades no busca ser una teoría total de la justicia sí busca que, al momento de hablar de exclusiones, no solo se enfoque a la víctima sino que es responsabilidad de todos el conocer “cuáles son los obstáculos que les impiden llegar al umbral adecuado de funcionamiento”.²⁴⁶

Nussbaum plantea constantemente la idea de lo que es “digno de vivir”. Así, Nussbaum señala que si una de las capacidades no puede desarrollarse de ninguna forma, “no es una vida plenamente humana, una vida acorde con la dignidad humana”.²⁴⁷ Tal afirmación puede excluir a ciertas personas con discapacidades intelectuales severas, en tanto es complicado que puedan alcanzar el nivel mínimo esperado con respecto a las diez capacidades centrales – vida; salud física; integridad física; sentidos, imaginación y pensamiento; emociones; razón práctica; afiliación; otras especies; juego; y control sobre el propio entorno –²⁴⁸ y, en particular, a las dos estructurales (afiliación y razón práctica).²⁴⁹ Si bien el esfuerzo de Nussbaum para incluir a las personas con discapacidad es importante, su idea de un nivel mínimo de capacidades nos lleva a pensar que hay vidas no dignas de ser vividas.²⁵⁰ Y en estos casos, Nussbaum no ha generado una fórmula de cómo enfrentar dicho problema. Así, parecería que Nussbaum se plantea una diferencia entre ser humano y persona²⁵¹ y estaría excluyendo a algunos seres humanos de su definición. Varias discapacidades severas podrían no llegar a satisfacer el umbral de capacidades que Nussbaum reclama.²⁵² Ante ello, tenemos tres salidas: podemos considerar que quienes no llegan al nivel mínimo de capacidades no son humanos, que es necesario crear una nueva lista o que la lista tiene un carácter aspiracional que debe ser entendido como algo “a lograr cuando sea razonablemente posible”.²⁵³ Visto así, lo que

²⁴⁶ NUSSBAUM, Martha. *Las Fronteras de la Justicia*. Barcelona: Paidós, 2007, p. 174

²⁴⁷ NUSSBAUM, Martha. *Las Fronteras de la Justicia*. Barcelona: Paidós, 2007, p. 186

²⁴⁸ NUSSBAUM, Martha. *Crear capacidades*. Barcelona: Paidós, 2012, pp. 53 – 55.

²⁴⁹ STEIN, Michael y Anita SILVERS, “Disability and the Social Contract” en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 74, 2007, p. 1626

²⁵⁰ Tal postura es abiertamente incoherente con el esfuerzo desplegado por Nussbaum para incluir a los animales como agentes morales.

²⁵¹ Al respecto, ver, como líneas arriba, NEIL, Michael, “Reasonably Confused: Human Rights and Intellectual Disability” (2011). *APSA 2011 Annual Meeting Paper*.

²⁵² CORRADO, Michael Louis, “Disability and Nationality: Martha Nussbaum on Justice.” *Essays in Philosophy*, Vol. 9, No. 1, 2008; UNC Legal Studies Research Paper No. 1117633, pp. 15 – 16.

²⁵³ CORRADO, Michael Louis, “Disability and Nationality: Martha Nussbaum on Justice.” *Essays in Philosophy*, Vol. 9, No. 1, 2008; UNC Legal Studies Research Paper No. 1117633, p. 16. Traducción libre de “something to achieve when reasonably possible.”

se deberá lograr es que la persona con discapacidad pueda desplegar el máximo de sus capacidades. En este sentido, se vuelve particularmente importante el mandato del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que señala que la educación “debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad”. Tal dignidad tiene que ser leída entendiendo la dignidad propia de todas las personas, incluyendo las personas con discapacidad.²⁵⁴

A pesar del problema que la idea de “dignidad” plantea a la teoría de Nussbaum, es posible señalar su compatibilidad con el modelo social de la discapacidad. De acuerdo a Harnacke, por ejemplo, sí es posible un entendimiento entre el modelo social y el enfoque de capacidades. Esta autora identifica cuatro elementos que se comparten en ambas visiones: universalidad, capacidades en lugar de funcionamientos, un mínimo estándar de justicia y relación con los derechos humanos.²⁵⁵ A diferencia de lo que sucede en las teorías contractualistas, el enfoque de capacidades no posterga el debate sobre la justicia y la discapacidad sino que reconoce la especial situación de las personas con discapacidad y cómo la diversidad de necesidades por recursos y en las habilidades para convertir esos recursos en funcionamientos.²⁵⁶ A estos elementos podría añadirse un quinto punto de encuentro: la búsqueda del desarrollo autónomo de la persona.²⁵⁷

En este punto cabría entonces plantear que el enfoque de capacidades excluyó inconscientemente a las personas con discapacidad intelectual, y que la irrupción del modelo social, y su configuración de autonomía reclama la actualización de la teoría de Nussbaum. En este orden de ideas, el modelo social se erigiría como una actualización del enfoque de capacidades. El enfoque de capacidades acierta en defender ciertas capacidades orientadas a garantizar autonomía, pero falla al pretender el

²⁵⁴ CDPD. Art. 3.a

Artículo 3

Principios generales

Los principios de la presente Convención serán:

a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

²⁵⁵ HARNACKE, Caroline. “Capability and Disability: The CRPD from the Perspective of the Capabilities Approach” en ANDERSON, Joel y Jos PHILIPS (eds.), *Disability and Universal Human Rights: Legal, Ethical and Conceptual Implications of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Utrecht: Netherlands Institute of Human Rights, 2012, p.171 – 173.

²⁵⁶ NUSSBAUM, Martha. *Las Fronteras de la Justicia*. Barcelona: Paidós, 2007, p. 171

²⁵⁷ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad recoge en su artículo 3, dentro de sus principios rectores, los principios de autonomía y el de respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

logro del mismo grado de autonomía para todos. Es ahí donde el modelo social suaviza la rigidez de Nussbaum: es posible un desarrollo autónomo, dentro de las posibilidades de cada sujeto. La clave será por tanto, para la vida digna será el desarrollo de las capacidades de cada sujeto, y la realización de actos autónomos según estas capacidades. En este nuevo modelo, la preferencia de las capacidades frente a los funcionamientos no pierde vigencia, solo se adapta. El hablar de capacidades en lugar de funcionamientos pone justamente el énfasis en un ámbito en el cual se permite a la persona con discapacidad decidir sobre cómo ejerce sus libertades.

Tomando en consideración lo desarrollado en el acápite anterior, y atendiendo a que de acuerdo con el modelo social es posible lograr dosis particulares de autonomía en cada persona (incluso en personas con discapacidad intelectual severa), es posible afirmar que desde un enfoque de capacidades actualizado, la educación inclusiva es la mejor opción. Si bien podría decirse que es posible desarrollar ciertas capacidades a través de la educación segregada, también es cierto que será imposible poder desarrollar cierto grado de filiación con la sociedad y con los otros en un espacio segregado. Es a partir del enfoque de capacidades que puede notarse con mayor claridad el rol de la educación, no como un simple entrenamiento lo que Nussbaum llama equipamientos innatos y capacidades internas,²⁵⁸ sino como una forma de desarrollo humano (logro de autonomía). Esta filiación es particularmente necesaria porque el desarrollo de la autonomía no es únicamente la obtención de libertad, sino de una libertad en comunidad.²⁵⁹ Por tanto, aislar a las personas con discapacidad es una mala opción para ella y también para el resto de la sociedad.

La educación, por tanto, deberá tener por objetivo lograr que la persona con discapacidad pueda ejercer de manera real sus derechos. Siguiendo a Paulo Freire, se debe buscar “una educación la decisión, para la responsabilidad social y política”.²⁶⁰ Esto, como es claro, se da en una sociedad que componemos todos: personas con discapacidad y sin discapacidad. Por ello, se hace tan necesaria la educación inclusiva, porque la actuación posterior a la escuela no se dará en un contexto segregado sino en uno donde estamos todos y todas sin distinción.

²⁵⁸ NUSSBAUM, Martha. *Crear capacidades*. Barcelona: Paidós, 2012, pp. 40-41.

²⁵⁹ DEL ÁGUILA, Luis Miguel. “La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector” en SALMÓN, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (eds). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. IDEHPUCP: Lima. [en prensa]

²⁶⁰ FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. Sao Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 117

2.2.2 La importancia para la sociedad²⁶¹

Es fácil señalar que la educación inclusiva es un derecho de las personas con discapacidad. Es más difícil establecer si acaso es un derecho de todas las otras personas que formamos parte de la sociedad. Para plantear ello, en primer lugar, es necesario dejar en claro que la educación es un elemento de cohesión social insustituible. Walzer señalaba, parafraseando a Aristóteles, que “*el propósito de la educación es reproducir en cada generación el ‘tipo de carácter’ que habrá de mantener la Constitución.*”²⁶² En la jurisprudencia comparada, es posible encontrar que la educación pública es “una herramienta básica para la formación de valores democráticos.”²⁶³ También se ha señalado que la educación es “una influencia única en el desarrollo de un niño como ciudadano y en su participación en la vida social y política.”²⁶⁴ Por su lado, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que “los lazos personales han jugado un papel determinante en la cultura y las tradiciones de la Nación al cultivar y transmitir ideales y creencias”²⁶⁵. De tal forma, es posible determinar que la educación sirve para la transmisión de ideas y para la formación de ciudadanos. En este sentido, la educación es una de las herramientas más poderosas para desterrar prejuicios contra las personas con discapacidad y para afirmar su valor en nuestra sociedad.

Las escuelas son un espacio (intermedio entre la familia y la sociedad) que proporciona un contexto para “*el desarrollo de la comprensión crítica y la producción y la reproducción de la crítica social*”.²⁶⁶ Es imposible entender la educación como un proceso meramente informativo sino que es formativo, por tanto, está compuesto también por la reflexión, el debate y la vivencia. Para mejorar la

²⁶¹ Esta sección se basa principalmente en un trabajo anterior publicado en el año 2012. CONSTANTINO, Renato. “Enseñando democracia: normativa, realidad y propuestas en torno a la educación para la ciudadanía en el Perú” en *Revista Derecho PUC* N° 68, 2012

²⁶² WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Traducción de Heriberto Rubio. México DF: Fondo de Cultura Económica. 2001, p. 208.

²⁶³ ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA DE CALIFORNIA. Serrano v. Priest, 5 Cal.3d 584 (1971). Traducción propia de “public education is the basic tool for shaping democratic values”.

²⁶⁴ ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA DE CALIFORNIA. Serrano v. Priest, 5 Cal.3d 584 (1971). Traducción propia de “education is a unique influence on a child's development as a citizen and his participation in political and community life”

²⁶⁵ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609 (1984). Traducción propia de “personal bonds have played a critical role in the culture and traditions of the Nation by cultivating and transmitting shared ideals and beliefs”.

²⁶⁶ WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Traducción de Heriberto Rubio. México DF: Fondo de Cultura Económica. 2001, p. 208

comprensión de esto último es necesario acudir a las bases lingüísticas de la palabra “educar”. Nos señala Teresa Arrieta que:

“la palabra educación se deriva de una raíz latina. Pero según sea la raíz que se elija el significado es absolutamente diferente. La palabra educare significa ‘entrenar’ equipar al estudiante con una habilidad particular, mientras que la palabra educere tiene un significado diferente: ‘conducir hacia delante’, ‘guiar hacia fuera’”²⁶⁷

2.2.2.1 Las finalidades de la educación inclusiva

Este trabajo se acoge a la segunda raíz de manera acorde a lo señalado por el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que señala que la educación “debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad”.²⁶⁸ Por tanto, la educación no puede ser solamente un cúmulo de información sino que se debe acompañar de vivencias, de comparación, de diálogo y debate. Y es a partir de eso que el educando, el futuro ciudadano se formará. Conociendo sus derechos, aprenderá a respetar los de los otros como norma de convivencia, por poner un ejemplo bastante básico. Es un proceso de descubrimiento y crecimiento personal que repercute como beneficio para toda la comunidad. Es necesario recalcar que la educación básica se otorga – o debe otorgarse – de forma igualitaria. Asimismo debe ser compartido entre los alumnos “hasta algo parecido a un mismo nivel”.²⁶⁹

La educación, como la vida, no es un proceso aislado sino esencialmente social. Es por tanto, también coyuntural. Existe y se desarrolla dentro de una sociedad particular buscando fines específicos. Por tanto, es necesario saber qué fines se desea fomentar en estos casos. Para ello, el artículo 29 de la Convención sobre los derechos del niño prestará una ayuda invaluable:

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:
 - a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

²⁶⁷ARRIETA, Teresa. “Educación, tolerancia e identidad” en *Tolerancia: Ética y Política*. Editores: ALEGRÍA, Ciro; PATRÓN, Pepi y TUBINO, Fidel. Centro de Estudios Filosóficos y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 2011. Página 265.

²⁶⁸ PIDESC. Art. 13.1

²⁶⁹WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Traducción de Heriberto Rubio. México DF: Fondo de Cultura Económica. 2001, p. 214

- b) *Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;*
 - c) *Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;*
 - d) *Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;*
 - e) *Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.*
2. *Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.*

El literal d) del inciso 1 es particularmente relevante para la tarea propuesta. La educación debe apuntar a generar *“una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena.”*²⁷⁰ La educación inclusiva, en este contexto, debe entenderse como un “enfoque que busca cómo transformar los sistemas educativos y otros contextos de enseñanza para responder a la diversidad de los estudiantes. Apunta a permitir que profesores y estudiantes se sientan cómodos con la diversidad y la vean como un reto y como una forma de enriquecimiento del espacio educativo antes que como un problema”.²⁷¹ Este enriquecimiento es esencial para la formación de una sociedad verdaderamente inclusiva.

Una de las finalidades que se busca resaltar en este sentido, es el valor de la solidaridad. De acuerdo con el Tribunal Constitucional de nuestro país ha señalado que la educación tiene ciertos fines que cumplir. Uno de ellos es la solidaridad.

13. *Asimismo, de conformidad con lo establecido en los artículos 13° y 14° de la Constitución, se puede concluir, prima facie, que son tres los grandes objetivos que se deben alcanzar a través del proceso educativo peruano, a saber:*
- a) *Promover el desarrollo integral de la personal.*
El proceso educativo debe contribuir a la plena formación intelectual, moral, psicológica y física de las personas.
 - b) *Promover la preparación de la persona para la vida y el trabajo.*

²⁷⁰ CDN. Art. 29.1.d

²⁷¹ UNESCO. *Guidelines for Inclusion*. 2005, p. 15. Traducción propia de “inclusive education is an approach that looks into how to transform education systems and other learning environments in order to respond to the diversity of learners. It aims towards enabling teachers and learners both to feel comfortable with diversity and to see it as a challenge and enrichment of the learning environment, rather than a problem”

El objeto del proceso educativo es que la persona pueda insertarse plenamente en la sociedad, y que, por ende, pueda crecer y progresar como ser humano dentro del entorno en donde coexiste.

Asimismo, tiene como fin que el educando pueda desarrollar con inteligencia, conocimiento y habilidad suficiente, una determinada actividad generadora de un bien o servicio que coadyuve a su gratificación espiritual por lo realizado, y que le sirva como medio de sustento para la satisfacción de sus necesidades materiales.

c) El desarrollo de la acción solidaria.

La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común para las personas adscritas a un entorno social.

Marcial Rubio Correa [Estudio de la Constitución Política de 1993. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, 1999] señala, respecto a la solidaridad, que es "(...) un principio de organización de la sociedad que consiste en que cada individuo haga causa común con los demás por la mejor marcha del grupo humano en su conjunto. Su signo es el preocuparse de los demás como de sí mismo. Su regla práctica es el respeto y la colaboración con los demás".

La solidaridad expresa una modalidad de orientación dirigida a la exaltación de los sentimientos, que impulsa a los hombres a prestarse ayuda mutua.

En ese sentido, se considera que la sociedad no es algo externo a la persona, sino que forma parte integrante de ella.

Marco Tulio Cicerón enfatizó ya, hace cientos de años, que: "Hay algunos que están en sus casas para no hacer agravio a nadie; pero estos aunque no quieran, caen en uno de los extremos de la maldad con el otro, pues abandonan a la sociedad al no emplear en beneficio de los demás, ni su trabajo, ni sus bienes, ni su talento".²⁷²

Es posible apreciar que uno de los fines por desarrollar es la acción solidaria. La solidaridad del ámbito educacional busca formar ciudadano comprometidos con el género humano capaces de crear relaciones significativas con otras personas y buscar el bien común. En este sentido, el fomento de la solidaridad es un ejercicio de desprendimiento y que busca abandonar los patrones economicistas de la "persona racional y egoísta". Siguiendo lo que anteriormente se desarrolló con respecto a los postulados de Martha Nussbaum, es necesario desterrar concepciones de justicia que se basan en la conveniencia mutua en términos racionales y apostar por una justicia que aspire a que todos los integrantes de la sociedad puedan lograr el máximo de sus capacidades.

2.2.2.2 La necesidad de la educación inclusiva

La apuesta por la educación inclusiva permite el desarrollo de las capacidades de las personas con discapacidad y, además, crea un espacio de diversidad que prepara para la sociedad. En tal sentido, la convivencia con personas con discapacidad permite abrazar a la discapacidad como un aspecto

²⁷² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Caso Larry Jimmy Ormeño Cabrera*. Sentencia recaída en el expediente 4232-2004-AA/TC. 2005. Fundamento 13.

más de la experiencia humana que debe ser entendido y valorado y no estigmatizado. Esto no puede ser enseñado de manera teórica sino que requiere vivencias expresas.

La imposición de los valores democráticos a través de la educación cuenta con reconocimiento internacional. Así, utilizando la comprensión de que la educación va más allá de mera la adquisición de conocimientos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió el caso *Konrad v. Alemania*.²⁷³ En dicha sentencia, la Corte de Estrasburgo determinó que era válida la prohibición de la educación en casa (o *homeschooling*) por las razones establecidas por el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Este había señalado que la práctica del *homeschooling* no permitía la generación de ciudadanos de una democracia plural. En este orden de ideas, señaló que la “adquisición de habilidades sociales para relacionarse con otras personas con diferentes posturas y para mantener una opinión diferente a la de la mayoría era únicamente posible a través del contacto regular con la sociedad.”²⁷⁴ De la misma opinión fue el Tribunal Constitucional Español en su decisión 133/2010. En ella, denegó el amparo a un grupo de padres que buscaban lograr el *homeschooling* su país. En su razonamiento, el Tribunal Constitucional de España señaló que la “educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos, sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros.”²⁷⁵ Por lo anterior, es posible concluir que la educación va más allá de la adquisición de conocimientos. Requiere de vivencias, convivencias, discrepancias y acercamientos. Por tanto, opciones que limiten estas vivencias deberían quedar descartadas en una sociedad respetuosa de los derechos humanos. En este orden de ideas, la relación con personas con discapacidad se hace necesaria para la configuración de una sociedad en la que estas no sean vistas como merecedoras de lástima o como *freak shows* sino como miembros útiles de la sociedad en la que todos vivimos.

²⁷³ TEDH. *Konrad v. Germany*. Caso 35504/03. Decisión de inadmisibilidad de 11 de setiembre de 2006.

²⁷⁴ TEDH. *Konrad v. Germany*. Caso 35504/03. Decisión de inadmisibilidad de 11 de setiembre de 2006, sección A. Traducción propia de: “The acquisition of social skills in dealing with other persons who had different views and in holding an opinion which differed from the views of the majority was only possible through regular contact with society. “

²⁷⁵ ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 133/2010, de 2 de diciembre del 2010, pár. 7.a.

2.2.2.3 Hacia un nuevo concepto de educación

Finalmente, la inclusión de personas con discapacidad obliga a variar los paradigmas actuales de la educación como un espacio de competencia feroz e inacabable por el éxito sino que se deberá apostar por una educación que promueva la colaboración y el apoyo.²⁷⁶ A través de las necesidades educativas especiales de la persona con discapacidad es posible que los estudiantes entiendan la importancia de la colaboración y el apoyo. Solo de esta manera es posible configurar la sociedad que Nussbaum prefigura para el desarrollo de capacidades. Y es que vale la pena recordar que una de las críticas de Nussbaum es que una de las razones de la exclusión de las personas con discapacidad del contrato social era porque no había ningún incentivo real para que las personas sin discapacidad los incluyesen en tanto no era probable obtener beneficio alguno de su participación en la sociedad.²⁷⁷ A través de la educación inclusiva es posible generar un ciudadano que no sienta que la inclusión de las personas con discapacidad es un gasto inútil sino que es una cuestión de justicia de la que no se debe privar a nadie.

²⁷⁶ TERZI, Lorella. "A Capability Perspective on Impairment, Disability and Special Needs: Towards Social Justice in Education". Paper prepared for the 3rd Conference on the Capability Approach: From Sustainable Development to Sustainable Freedom - Pavia, Italy, 7-9 September 2003. Disponible en <http://www-3.unipv.it/deontica/sen/papers/Terzi.pdf> p. 37

²⁷⁷ STEIN, Michael y Anita SILVERS, "Disability and the Social Contract" en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 74, 2007, 1641

Capítulo III: Las obligaciones de las instituciones educativas privadas en materia de educación inclusiva

En el presente capítulo se abordará cuáles son las obligaciones de las instituciones educativas privadas con respecto a la educación inclusiva. En este sentido, se analizará qué medidas debería tomar un colegio privado para cumplir con los estándares de inclusión que se requieren a partir de la entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Así, se utilizarán las dimensiones señaladas por el Comité DESC para el cumplimiento del derecho a la educación (disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad)²⁷⁸ de manera aplicada directamente a la educación inclusiva. A estas dimensiones se les agregará el componente de la no discriminación como elemento principal y transversal en el disfrute de derechos humanos.

Tales dimensiones pueden ser definidas de la siguiente manera²⁷⁹:

- Disponibilidad: la educación es gratuita y se encuentra disponible para todos y existe infraestructura adecuada y profesores entrenados para apoyar el servicio a la educación
- Accesibilidad: el sistema educativo no discrimina y es accesible para todos, y se toman pasos para incluir a los más excluidos.
- Aceptabilidad: el contenido de la educación es relevante, no discriminatorio, culturalmente apropiado y de buena calidad; la escuela es segura y los profesores son profesionales
- Adaptabilidad: la educación puede evolucionar con las necesidades cambiantes de la sociedad y contribuye a cambiar inequidades como la discriminación de género; puede ser adaptada localmente para diferentes contextos

En las siguientes líneas se analizarán tales dimensiones para la educación inclusiva desde la perspectiva que impone el deber general de no discriminación. Como se ha señalado antes, es un principio y un derecho que debe ser respetado y evita que existan diferencias injustificables en el

²⁷⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)* E/C.12/1999/10. 1999, pár. 6

²⁷⁹ Definición tomada de RIGHT TO EDUCATION PROJECT. *Privatisation of Education. Global Trends of Human Rights Impacts* (2014). Disponible en http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/RTE_Privatisation%20of%20Education_Global%20Trends%20of%20Human%20Rights%20Impacts_2014.pdf

ejercicio de los derechos.²⁸⁰ En el caso de la educación, la no discriminación tendrá como correlato el deber de no diferenciar entre estudiantes con motivo de discapacidad para el ejercicio de alguna actividad relacionada con el derecho a la educación.

A partir de cada una de las dimensiones señaladas, y con el trasfondo del deber de no discriminar por discapacidad, se analizará cómo es que se debe cumplir el derecho a la educación en el contexto de la educación privada en el Perú. Adelantando conclusiones, se puede establecer que los colegios privados deberán cumplir con las obligaciones generales sobre derechos humanos establecidas para las entidades privadas que se han señalado en el primer capítulo, y que no podrán excluirse de las obligaciones específicas que surgen con respecto a la educación inclusiva que se han señalado en el segundo capítulo.

No obstante, pese a lo señalado, se vuelve relevante el responder a la pregunta de cuáles son las obligaciones que debe asumir el privado y hasta dónde debe cumplir con dicho deber. Adicionalmente, como corolario lógico, será necesario establecer quién asumirá los costos que pueda producir la implementación de la educación inclusiva. Al responder a estas preguntas, se valorará la importancia de la solidaridad y de la igualdad.

3.1 Las dimensiones de la educación inclusiva

Como se ha visto en el capítulo anterior, la educación inclusiva es una nueva forma de entender la educación. Al respecto, es valioso traer a colación lo señalado por el famoso Informe Delors.²⁸¹ Este informe, realizado por la UNESCO en la última década del siglo XX, señala que contenidos a aprender en el mundo de hoy son: aprender a ser, a conocer, a hacer y a convivir. La educación inclusiva pone acento en esta última dimensión, pues nos enseña a convivir con los diferentes. Tal conocimiento es de suma necesidad en una sociedad cada vez más globalizada. La educación segregada puede intentar lograr los otros contenidos pero no enseña a convivir dado que este es un

²⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18 pág. 88.

²⁸¹ UNESCO. *La educación encierra un tesoro. Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la Educación para el Siglo XXI.* (1997)

conocimiento vivencial que no se adquiere en los libros sino que solo se puede conocer desde la experiencia.

A pesar de que la educación inclusiva es novedosa, es posible analizarla a partir de las dimensiones establecidas por el Comité DESC como se hará en las siguientes líneas.

3.1.1 No discriminación

El mandato de no discriminación es parte integral del goce y disfrute de los derechos humanos.²⁸² Se entiende que la discriminación es “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos”.²⁸³

Esto quiere decir que nos encontraremos ante una situación de discriminación cuando (a) exista un trato diferenciado no justificado; (b) que se base en un motivo prohibido; (c) al momento de gozar o ejercitar un derecho. Si bien tradicionalmente esto se entendía como una obligación principalmente del Estado, es aceptado que los derechos humanos tienen efecto ante terceros por lo cual “los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.”²⁸⁴

La discapacidad no se encuentra prevista como motivo prohibido en los tratados generales de derechos humanos (PIDCP, CADH, PSS y PIDESC); no obstante, el Comité DESC señaló, en su Observación General 5, que diferentes factores han generado que las personas con discapacidad se vean a menudo imposibilitadas de ejercer sus derechos económicos, sociales o culturales en

²⁸² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* E/C.12/GC/2009. 2 de julio del 2009, pár. 2.

²⁸³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* E/C.12/GC/2009. 2 de julio del 2009, pár. 7.

²⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18* pár. 88.

igualdad con las personas que no tienen discapacidad. De acuerdo con dicho órgano, los efectos de tal discriminación han sido particularmente graves en las esferas de la educación, el empleo, la vivienda, el transporte, la vida cultural, y el acceso a lugares y servicios públicos.²⁸⁵ Ello fue reiterado por tal Comité en su Observación General 20 que amplía el catálogo de motivos prohibidos de discriminación.²⁸⁶

3.1.2 Disponibilidad

El contenido de la disponibilidad refiere a la obligación de ofrecer los recursos humanos y materiales suficientes para asegurar que el derecho a la educación pueda ser disfrutado por todos sin mayor problema. En los casos de la educación inclusiva, esto requerirá que se asegure que existan docentes que puedan educar a grupos heterogéneos con distintas necesidades educativas y que existan todos los materiales necesarios para que niños y niñas puedan disfrutar de su derecho de manera completa.

En este sentido, será necesario que la institución educativa cuente con materiales para la enseñanza adaptados para personas con discapacidad en cantidad suficiente. Esto quiere decir que es necesario contar con carpetas adaptadas y materiales de texto en Braille. Por otra parte, también quiere decir que es necesario que toda institución educativa cuente con docentes preparados para educar en la diversidad y con especialistas en inclusión educativa.

3.1.3 Accesibilidad física

Hablar de accesibilidad con respecto a un derecho que ejercen o del que gozan las personas con discapacidad tiene ciertas particularidades. Y es que el término de “accesibilidad” puede terminar siendo equívoco si no se utiliza de manera cuidadosa. En la formulación realizada por el Comité DESC, la dimensión de la accesibilidad prescribía (a pesar de la evidente tautología) que las

²⁸⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 5. Personas con discapacidad. Adoptada el 9 de diciembre de 1994, parágrafo 15.

²⁸⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 2 de julio de 2009, parágrafo 28.

“instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación,”²⁸⁷ Así, se buscaba una apertura por parte de las instituciones educativas y la eliminación de diversas barreras: económicas, sociales, legales o físicas.

Por otra parte, la accesibilidad entendida desde la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se refiere a un principio – derecho que busca que el entorno no imposibilite que una persona con discapacidad pueda disfrutar de un derecho o un servicio. Siendo así, existen varios puntos de conexión entre la accesibilidad física entendida como lo hace el Comité DESC y la accesibilidad a la que se refiere la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La accesibilidad física para personas con discapacidad física requiere, según la CDPD en su artículo 9, “medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios rurales.”

Esto quiere decir que toda institución educativa debe tomar las medidas como pueden ser “modificación del entorno físico, como el diseño de los pasillos y las aulas, los pupitres, el ensanchamiento de las entradas, las rampas de acceso a los edificios, la instalación de ascensores, la modificación o la nueva consideración de su ubicación geográfica”²⁸⁸. Además, exige que se tomen las medidas pertinentes para evitar que otros factores como el transporte público o el diseño urbano impidan que niños y niñas disfruten del derecho a la educación.

En su Observación General 2, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad ha señalado que la accesibilidad debe ser entendida como un “modo de invertir en la sociedad y como parte integrante de la agenda para el desarrollo sostenible”.²⁸⁹ Por tanto, no deben prevalecer

²⁸⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)* E/C.12/1999/10. 1999, pár. 6

²⁸⁸ MUÑOZ, VERNOR. *El derecho a la educación de las personas con discapacidades*. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz. A/HRC/4/29, pár. 14

²⁸⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility. CRPD/C/GC/2, pár. 4.

consideraciones económicas al respecto. Para conseguir la accesibilidad, el Comité recomienda implementar el diseño universal, una forma de “garantizar un acceso pleno, en pie de igualdad y sin restricciones a todos los consumidores potenciales, incluidas las personas con discapacidad, de una manera que tenga plenamente en cuenta su dignidad y diversidad intrínsecas.”²⁹⁰ Si se lograra la “aplicación a un edificio desde la fase del diseño inicial contribuye a que la construcción sea mucho menos costosa: hacer que un edificio sea accesible desde el principio puede no aumentar para nada el costo de construcción total, en muchos casos, o aumentarlo solo mínimamente, en algunos.”²⁹¹

Por tanto, la accesibilidad debe darse en todo momento y lugar. Ello incluye los formatos de comunicación entre los padres y el colegio (agendas y comunicados), los sistemas de transporte de la institución educativa (buses), el mobiliario, las instalaciones físicas educativas (salones, laboratorios, teatros), recreativas y de cualquier otra índole (cafeterías, comedores e instalaciones deportivas).

3.1.4 Accesibilidad económica

Con respecto a la accesibilidad económica, esta se refiere a la posibilidad de que la educación esté al alcance de todos²⁹². Cuando nos referimos a la educación inclusiva, se debe tener en cuenta que ella genera costos que podrían impedir el acceso a la educación si es que se obligase que la persona con discapacidad o su familia asuman los costos. Así, por ejemplo, recientemente, el Comité de Derechos Sociales Europeo acaba de admitir una demanda en la cual se señala que los padres son quienes suelen cargar con los costos de la discapacidad de sus hijos lo cual es una evidente barrera a la accesibilidad económica.²⁹³

Es por ello que es necesario que se tomen las medidas necesarias para asegurar el disfrute al derecho a la educación con respecto a los recursos materiales necesarios para ello. Uno de los

²⁹⁰ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility. CRPD/C/GC/2, pár. 15.

²⁹¹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility. CRPD/C/GC/2, pár. 15.

²⁹² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)* E/C.12/1999/10. 1999, pár. 6

²⁹³ Mental Disability Advocacy Center (MDAC). [Complaint No. 109/2014](#)

temas más relevantes con respecto al cumplimiento de esta característica será como evitar que los costos se conviertan en un factor que impida una verdadera accesibilidad económica.

La discapacidad genera diversos costos. Una inclusión real también deberá tener en cuenta que estos costos no pueden convertirse en barreras. No obstante, la pregunta que surge es: ¿quién debe asumir los costos de la inclusión del estudiante con discapacidad? ¿Debe ser la familia del niño, la institución educativa o el Estado quien asuma esta responsabilidad? Para dilucidar la respuesta, es necesario que, cuando se piense en los costos, se tenga en cuenta la propia naturaleza del servicio del que se está hablando. Teniendo en cuenta que el servicio al que nos referimos es uno relacionado a un derecho no se puede dejar en libertad total al mercado para determinar los costos pues terminaría generando una exclusión por motivos económicos. En tal momento, la libertad de elección de los centros educativos por parte de los padres pasaría a ser una ficción puesto que los costos volverían inaccesible tal elección.

La respuesta más sencilla (pero también equivocada) sería señalar que, dado que el Estado provee de educación básica regular inclusiva, ya no es necesario ir más allá en la implementación de medidas que obliguen a los privados a proveer educación inclusiva. Como se ha visto en el primer capítulo, los privados también pueden tener obligaciones jurídicas en la prestación de derechos sociales. Por tanto, las instituciones privadas también deben cumplir con los requerimientos de la educación inclusiva.

La postura de este trabajo es que es necesario que los colegios privados asuman los costos de la educación inclusiva. La educación inclusiva no es únicamente la adaptación de la forma de enseñar para una persona con discapacidad. La educación inclusiva apuesta por una forma de enseñar en la cual la convivencia con las personas diferentes es fundamental. Se busca que los estudiantes aprendan a entender, apreciar y valorar la diversidad. En este sentido, la educación inclusiva no es únicamente un beneficio de la persona con discapacidad, sino que mejora la educación de todos y por tanto no tendría por qué haber diferenciaciones en el pago.

3.1.5 Adaptabilidad

Al momento de hablar de adaptabilidad se aprecia nuevamente el alcance de la educación inclusiva. Y es que en el caso de niños con discapacidad, es necesario que se realicen diversas adaptaciones a la metodología de enseñanza y a los contenidos curriculares para adaptarse a ellos. Esto requerirá la reestructuración de “la cultura, las políticas y las prácticas”²⁹⁴ de las instituciones educativas a favor de la plena inclusión de las personas con discapacidad. En este sentido, se hace necesario que los colegios tengan previsto el realizar modificaciones curriculares y metodológicas que permitan que los estudiantes con discapacidad estén en igualdad de condiciones con los demás. También, como señala el artículo 24.4 de la Convención, es necesario tomar en cuenta los requerimientos especiales de los estudiantes sordos.

3.1.6 Aceptabilidad

La idea de aceptabilidad refiere a que “los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad)”²⁹⁵ para los niños de acuerdo a sus necesidades específicas. En el caso de la educación inclusiva, se debe lograr que la educación de las personas con discapacidad no difiera con respecto a la de las personas sin discapacidad. Esto requiere que la educación sea inclusiva y de buena calidad para todo niño.

3.2 La privatización de la educación en el Perú

La educación privada genera diversos debates²⁹⁶. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos del Niño ha señalado recientemente, en su revisión al Estado de Marruecos, que le preocupa que:

*Private education is developing very quickly, especially at primary level without the necessary supervision regarding the conditions of enrolment and the quality of education provided, which has led to the reinforcement of inequalities in the enjoyment of the right to education*²⁹⁷

²⁹⁴RIESER, Richard. *Implementing Inclusive Education. A Commonwealth Guide to Implementing Article 24 of the UN Convention on the Rights of People with Disabilities*. Commonwealth Secretariat: Londres. 2008, p. 22. Traducción propia de “the cultures, policies and practices”.

²⁹⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)* E/C.12/1999/10. 1999, p. 6

²⁹⁶ Al respecto, revisar TOMASEVSKI, Katarina (2005). *Globalizing What: Education as a Human Right or as a Traded Service?* En *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 12 (1), 1 – 78

Esto quiere decir que las inequidades ya no van a ser únicamente entre quienes tienen educación y quienes no.²⁹⁸ La realidad también presentará situaciones en las cuales se van a generar inequidades entre quienes pagan por educación privada y los que no. Adicionalmente, habrá diferencias por el monto que se llega a pagar. De acuerdo con los estudios que se han venido realizando al respecto²⁹⁹, la privatización en la educación impacta en el derecho a la educación porque no suele estar acompañado de una institucionalidad destinada a que los fines de la educación se sigan cumpliendo. En este sentido, es común que no se verifique la calidad de la enseñanza que se provee. Adicionalmente, la educación privada suele mantener las estratificaciones sociales previas. A continuación se expondrá el marco institucional de la educación privada en el Perú

3.2.1 La historia de la privatización de la educación en el Perú

Como se señaló en el primer capítulo, varios de los servicios públicos comenzaron a ser privatizados a inicios de los años 90. Si bien, desde una óptica de mercado, ya existía la posibilidad de que interviniesen privados en la educación, su participación estaba limitada a las entidades sin fines de lucro.

La Constitución de 1979 en el Perú prohibía el fin de lucro de las instituciones educativas.³⁰⁰ Posteriormente, el gobierno de Fujimori en la Constitución de 1993, le abrió la puerta al lucro en la educación con un nuevo diseño institucional. Tal arreglo no fue sumamente llamativo sino que simplemente regulaba una posibilidad. Así, el actual texto constitucional señala “Para las

²⁹⁷ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *Concluding observations on the third and fourth periodic reports of Morocco of 30 May 2012 (CRC/C/MAR/3-4), adopted by the Committee at its sixty-seven session (1-19 September 2014).* CRC/C/MAR/CO/3-4 (2014), p. 60.d

²⁹⁸ SINGH, Kishore. *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación.* A/69/402, 2014, p. 48

²⁹⁹ RIGHT TO EDUCATION PROJECT. *Privatisation of Education. Global Trends of Human Rights Impacts* (2014). Disponible en http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/RTE_Privatisation%20of%20Education_Global%20Trends%20of%20Human%20Rights%20Impacts_2014.pdf

³⁰⁰ Constitución Política del Perú de 1979 (derogada)

Artículo 30. El Estado reconoce, ayuda y supervisa la educación privada, cooperativa, comunal y municipal que no tendrán fines de lucro. Ningún centro educativo puede ofrecer conocimiento de calidad inferior a los del nivel que le corresponde, conforme a ley. Toda persona natural o jurídica tiene derecho fundar, sin fines de lucro, centros educativos dentro del respeto a los principios constitucionales.

instituciones educativas privadas que generen ingresos que por ley sean calificados como utilidades, puede establecerse la aplicación del impuesto a la renta.”³⁰¹ Tal oración abría la puerta a la posibilidad de que existiesen las instituciones educativas con fines de lucro. Posteriormente, en ese mismo régimen, se promulgó el Decreto Legislativo 882 (Ley de Promoción de la Inversión en Educación)³⁰² bajo la excusa de fomentar la inversión en educación. Esta norma permitía que los privados pudiesen actuar con fines de lucro y ofrecer servicios educativos (y otros servicios públicos). Tal es el esquema actual y en el que esta tesis plantea dar una respuesta al problema.

3.2.2 El problema del lucro en la educación

Es necesario resaltar al fin de lucro como elemento importante con respecto a la configuración de los colegios privados en el Perú. Este factor introduce una variable a considerar cuando se habla de los costos que tiene el colegio. Mientras que un colegio que funciona de manera asociativa (como varios colegios religiosos o fundados por colonias extranjeras) podría señalar sus complicaciones para hacer accesible puesto que podría afectar derechos de otros estudiantes. No obstante, si la entidad tiene fines de lucro, el debate cambia sustancialmente pues lo que se va a empezar a proteger son los réditos de la empresa.

Como ya se mencionó, el lucro en las entidades educativas es una novedad de la Constitución del 93. Los colegios que funcionan sin fines de lucro tendrían que asegurar la accesibilidad de sus instituciones no cobrando más a los estudiantes con discapacidad. Si acaso se necesitase dinero extra para cubrir las necesidades, podrían establecerse fórmulas que podrían llegar al aumento de las pensiones a todos los estudiantes. Es necesario recalcar, al respecto, que la educación inclusiva favorece a todos por lo que no es descabellado exigir que todos asuman sus costos. No obstante, tal medida tampoco podría llevar a que otro estudiante se vea excluido de la educación por volverse inaccesible económicamente. En este sentido, se vuelve necesario que se señalen toques de elevación de las pensiones para evitar daños a terceros. Por otra parte, en el caso de las entidades con fines de lucro, es posible señalar que el costo podría acarrearle una merma en las ganancias. Ello no debe ser motivo para evitar la accesibilidad.

³⁰¹ Art. 19, párrafo 4 de la Constitución Política de 1993

³⁰² Publicado el 9 de noviembre de 1996.

Tratar a la educación como un bien de mercado acarrea consecuencias puesto que no se pueden configurar de manera similar. De acuerdo con Fernando Atria las diferencias serían las siguientes³⁰³:

Mercado	Derecho social
Los individuos actúan motivados por su propio interés, no por el interés ajeno.	El proveedor no provee porque de ese modo sirve su propio interés, sino el interés del ciudadano.
Nadie tiene el deber de proveer o derecho a recibir, antes de llegar a acuerdo en un contrato.	El ciudadano tiene derecho a la provisión, y el proveedor tiene el deber de proveer: y
Cada participante es libre de sujetar su disposición a contratar a las condiciones que desee.	El proveedor no está en condiciones de establecer, unilateralmente, condiciones especiales de provisión caso a caso. Las condiciones de acceso, que especifican los márgenes del derecho ciudadano, han de estar fijadas en un protocolo público aplicable a todos por igual.

Elaboración propia con los contenidos de Atria

Al respecto, cabe resaltar que cuando planteamos este problema, tenemos dos modos de ver la educación: como servicio público y como bien de mercado³⁰⁴. La opción más cercana a una óptica de derechos humanos es concebir a la educación como un servicio público. Tal visión, increíblemente, también es defendida por la actual Constitución. Ello sucede porque en el párrafo 4 del artículo 14, señala: “La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa”³⁰⁵. Adicionalmente, como ya hemos señalado líneas arriba, dado el deber de garantía de los Estados, estos deben asegurar que los privados cumplan con satisfacer los derechos que se enmarcan en las relaciones existentes. Así, citando a Pisarello, como lo hace nuestro Tribunal Constitucional, podemos señalar:

“Frente a la creciente privatización de recursos y servicios que conforman el objeto de los derechos sociales, le incumbe más que nunca a los poderes públicos, si no ya la gestión directa de dichos

³⁰³ ATRIA, Fernando. *Sobre la reforma educacional en la actual discusión*. Presentación en la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados de Chile. Disponible en <http://ict.camara.cl/pdf.aspx?prmID=18157&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

³⁰⁴ Tomasevski, Katarina. “LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos. 2003, pág. 20

³⁰⁵ Sobre los principios constitucionales que guían la educación básica, ver CONSTANTINO, Renato. “Enseñando democracia: normativa, realidad y propuestas en torno a la educación para la ciudadanía en el Perú” en *Revista Derecho PUC* N° 68, 2012

recursos, la irrenunciable obligación de proteger los intereses de las personas en los mismos frente a afectaciones provenientes de agentes privados. Esta obligación exige ampliar el ámbito de aplicación de la llamada Drittwirkung constitucional, es decir, la posibilidad de vincular a los poderes sociales y económicos al cumplimiento, en materia de derechos sociales, a las obligaciones de respeto, promoción y no discriminación. Sobre todo, en situaciones de especial subordinación e indefensión de los destinatarios frente a prestadores privados (empleadores, proveedores de servicios públicos de salud, educación, agua potable, alimentos, electricidad, arrendadores de tierra o vivienda), así como en aquellas otras que, bajo el amparo de la Constitución, pudieran crearse por vía legal”³⁰⁶

Por tanto, la educación se configura como servicio público, no puede ser simplemente dejado al libre albedrío del mercado. Adicionalmente, en el caso de niños (especialmente de niños con discapacidad) hay una diferencia de poder evidente en la relación. Como se vio en el primer capítulo de esta investigación, cuando se trata de servicios públicos o de relaciones contractuales desiguales, es necesaria la intervención del Estado.

No obstante, por otro lado, la segunda visión (la educación como bien de mercado) se estableció en el artículo 7 del Decreto Legislativo 882 – Ley de Promoción de la Inversión en la Educación³⁰⁷ que señala “Son de aplicación en las Instituciones Educativas Particulares las garantías de libre iniciativa privada, propiedad, libertad contractual, igualdad de trato y las demás que reconoce la Constitución, así como las disposiciones de los Decretos Legislativos N°s. 662 y 757, incluyendo todos los derechos y garantías establecidos en dichos Decretos. También son de aplicación a las Instituciones Educativas Particulares las disposiciones de los Decretos Legislativos N°s 701 y 716 y sus normas modificatorias, así como las demás disposiciones legales que garanticen la libre competencia y la protección de los usuarios”.

Esta es una muestra más de la opción por el neoliberalismo y la minimización del Estado del gobierno de Alberto Fujimori y de sus políticas jurídicas y económicas. No obstante, en consonancia con lo señalado en el primer capítulo, hubo intentos por revertir esto. Uno de los ejemplos es la interpretación que realizó el Tribunal Constitucional. Otro de los intentos fue la promulgación del Decreto Supremo 023-2003-ED - Se dictan disposiciones de emergencia y reforma en aplicación de

³⁰⁶ PISARELLO, Gerardo: “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en *Isonomía*, N° 15, octubre del 2001, pp. 95-96. Citado en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Sentencia recaída en Expediente N.° 00607-2009-PA/TC

³⁰⁷ Publicado el 9 de noviembre de 1996.

la Ley General de Educación.³⁰⁸ Tal dispositivo ordenaba: “DECLÁRASE a la Educación como un servicio público esencial, por ser un derecho fundamental de la persona y de la sociedad, cuyo ejercicio es garantizado por el Estado a través del Sistema Educativo Nacional y de las instancias de gestión educativa descentralizada.” Es decir, incluso tomando en cuenta la existencia de las entidades privadas, se recuerda la labor de garantía del Estado.

3.2.3 La privatización y los problemas con la educación inclusiva

Si contrastamos estas visiones entre sí y con el modelo de educación inclusiva, estas dos visiones pueden estar contrapuestas y entrar en conflicto puesto que evidentemente el empresario educativo no querrá invertir más para costear los ajustes razonables del niño o niña con discapacidad. También podría querer evitar contratar con la persona con discapacidad al considerar que le obliga a aumentar los costos. No obstante, sostenemos que debe prevalecer el interés de este, porque se debe dar “prioridad al derecho público sobre el derecho privado, y a la protección de los intereses públicos más que a la de los intereses privados”³⁰⁹. Este interés es público porque la propia Constitución lo reconoce así en su artículo 9³¹⁰ que debe ser interpretado de manera dinámica.

Decantarse por la opción de mercado puede llegar a traer consecuencias nefastas. Dejar la educación al libre albedrío de la oferta y la demanda genera nuevas exclusiones. Como señala Tomasevski, al día de hoy, la segregación ha pasado de ser legal a económica. Es decir, solo tendrán acceso a una educación que cumpla con todos los estándares señalados, las personas que tengan la capacidad económica de costear dicho servicio en el mercado.³¹¹ El resto de las personas accederán formalmente a la educación pero no se beneficiarán realmente de este derecho. Esta situación es peligrosa puesto que condiciona el disfrute de un derecho a la posibilidad de pago. No

³⁰⁸ Publicado el 19 de setiembre del 2003.

³⁰⁹ TOMASEVSKI, Katarina. “LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos. 2003, pág. 20

³¹⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 9. Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

³¹¹ TOMASEVSKI, Katarina. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: EL DERECHO A LA EDUCACIÓN. Informe presentado por Katarina Tomasevski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación. 2004. E/CN.4/2004/45, pág. 56.

obstante, quien presta servicios educativos, es responsable por no respetar cualquiera de las dimensiones del derecho a la educación.³¹²

En el caso de la educación inclusiva esto también tiene un impacto particular. Además de que el estudiante con discapacidad se ve afectado como el resto de niños por los problemas señalados hay especificidades propias de la condición de discapacidad, que serán presentadas en las siguientes páginas. De tal manera, puede generar que los centros educativos decidan excluir a los niños con discapacidad basándose en su libertad de contratación, no solo por una situación de discriminación o exclusión directa basada en prejuicios (por ejemplo, que la presencia de niños con discapacidad puede generar un “retraso” en el resto de sus compañeros), sino también porque se pretenda trasladar al estudiante los costos de la inclusión (contratación de especialistas, adecuaciones de infraestructura, entre otros).

No obstante, es necesario recordar, como se señaló en el capítulo anterior, que la educación para las personas con discapacidad tiene que ser inclusiva porque la educación segregada es intrínsecamente discriminatoria³¹³. Al asegurar una educación inclusiva no solamente protege el derecho de las personas con discapacidad sino que también asegura que las personas sin discapacidad se beneficien del contacto con ellas y esta experiencia fortalezca la generación de una sociedad inclusiva. En este sentido, toda la sociedad se beneficia³¹⁴. Es necesario enfatizar que solamente una escuela inclusiva puede generar una sociedad inclusiva. Por tanto, todo centro educativo, sea público o privado, debería plantearse el reto de realizar educación inclusiva.

3.3 La educación de las personas con discapacidad en el Perú

La educación de las personas con discapacidad en el Perú sigue un derrotero parecido al que se siguió en el resto del mundo. Al principio no hubo interés en las personas con discapacidad y se les

³¹² SINGH, Kishore. *Report of the Special Rapporteur on the right to education, Kishore Singh. Justiciability of the right to education.* A/HRC/23/35, pág. 2.

³¹³ TOMASEVSKI, Katarina. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: EL DERECHO A LA EDUCACIÓN. Informe presentado por Katarina Tomasevski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación. 2004. E/CN.4/2004/45, pág. 55.

³¹⁴ SINGH, Kishore. *Report of the Special Rapporteur on the right to education, Kishore Singh. The promotion of equality of opportunity in education.* A/HRC/17/29. 2011, pág. 17

condenaba a la ignorancia y el ostracismo. Luego se apostó por la educación segregada y finalmente, hoy hay una apuesta por la educación inclusiva aunque tiene varios problemas.

3.3.1 Los viejos modelos en el Perú

Siguiendo lo establecido en el capítulo anterior, es posible reconocer en el ámbito peruano los diferentes modelos de educación para las personas con discapacidad. Hasta antes de 1971 no había ningún reconocimiento a las necesidades educativas de las personas con discapacidad.³¹⁵ Esto quiere decir que hasta antes de dicha fecha se aplicaba el modelo de prescindencia y se condenaba a la mayoría de personas con discapacidad a ser excluidos de la sociedad.

A partir del año señalado se crea una dirección de Educación Especial que no tenía carácter de Dirección General por lo que contaba con menos presupuesto y posibilidades de desarrollar políticas integrales. Posteriormente, en 1982, se sancionó la Ley 23384 – Gobierno promulgó la Ley General de Educación³¹⁶. En dicha norma se consagraba como una de las modalidades educativas a la especial.³¹⁷ Esta consistía en lo siguiente;

CAPITULO XII DE LA EDUCACION ESPECIAL

Artículo 68.- *La educación especial es la modalidad destinada a aquellas personas que por sus características excepcionales requieren atención diferenciada. Comprende tanto a quienes adolecen de deficiencias mentales u orgánicas o desajustes de conducta social, como a quienes muestran condiciones sobresalientes.*

El Estado estimula y apoya la educación especial.

Artículo 69.- *Los objetivos de la Educación Especial son:*

- a) *Contribuir a la formación integral de la persona excepcional;*
- b) *Lograr la capacitación para integrarse en la vida ocupacional y social del país; y,*

³¹⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial 63. Situación de la educación especial en el Perú: hacia una educación de calidad.* 2001, p. 29

³¹⁶ Publicada el 20 de mayo de 1982. Derogada por Primera Disposición Final de la Ley N° 28044, publicada el 29 julio de 2003.

³¹⁷ **Artículo 35.-** *Las modalidades del sistema educativo son formas de aplicación del 2do. y 3er. niveles y de ejecución de las respectivas acciones educativas, que se establecen en función del educando y de las condiciones socio-económicas y culturales del país.*

Las modalidades son las siguientes:

- De menores.
- De adultos.
- Especial.
- Ocupacional.
- A Distancia.

c) Orientar a la familia y a la comunidad para su participación en la identificación, tratamiento y reconocimiento de los derechos de las personas excepcionales.

Artículo 70.- La educación de los excepcionales se imparte, según los casos, en centros educativos ordinarios, o en centros especiales cuyo acceso no está sujeto a requisitos de edad o de conocimientos.

Es posible apreciar el enfoque segregacionista de la norma. La discapacidad se trata como una dolencia que impide la participación plena del estudiante con el resto de sus compañeros. También es relevante señalar que no se hace diferenciaciones por el tipo de discapacidad. Al parecer, el tener una discapacidad es suficiente para señalar que se debe ir a la educación especial.

3.3.2 La apuesta por la educación inclusiva³¹⁸

La educación inclusiva en el Perú se aplica desde el año 2003, al entrar en vigor la Ley N° 28044 – Ley General de Educación³¹⁹ que estableció un enfoque inclusivo para todo el sistema educativo.³²⁰ Dicha norma consagró a la equidad y a la inclusión como principios de la educación. Dicha norma fue implementada por el Reglamento de Educación Básica Regular³²¹ y por un conjunto de normas posteriores que apuntaron a conseguir que el sistema educativo fuese inclusivo³²². Entre tales

³¹⁸ Basado en un trabajo realizado previamente para CLÍNICA JURÍDICA EN DISCAPACIDAD DE LA PUCP. *Respuesta al cuestionario del Consejo de Derechos Humanos sobre educación de personas con discapacidad*. (2013). Disponible en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/SubmissionStudyEducation.aspx>

³¹⁹ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de julio de 2003.

³²⁰ **Artículo 8.- Principios de la educación**

La educación peruana tiene a la persona como centro y agente fundamental del proceso educativo. Se sustenta en los siguientes principios:

c) La inclusión, que incorpora a las personas con discapacidad, grupos sociales excluidos, marginados y vulnerables, especialmente en el ámbito rural, sin distinción de etnia, religión, sexo u otra causa de discriminación, contribuyendo así a la eliminación de la pobreza, la exclusión y las desigualdades.

³²¹ Decreto Supremo N° 013-2004-ED. Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 3 de agosto de 2004.

³²² Al respecto se pueden mencionar: R. M. N° 0054-2006-ED, que aprueba la Directiva N° 01-VMGP/DINIEP/UEE “Normas para la matrícula de estudiantes con necesidades educativas especiales en II.EE inclusivas y en Centros y Programas de Educación Básica Especial” (31-01-2006); R. D. N° 354-2006-ED, que aprueba Directiva N° 076-2006-VMGP-DINEBE “Normas complementarias para la Conversión de los Centros de Educación Especial en Centros de Educación Básica Especial – CEBE y los Servicios de Apoyo y Asesoramiento a las Necesidades Educativas Especiales – SAANEE” (16-05-06); R. D. N° 0373-2006-ED, que aprueba la Directiva N° 081-2006-VMGP-DINEBE “Normas complementarias para la Organización y Funcionamiento de los Programas de Intervención Temprana - PRITE” (19-05-06); D. S. N° 001-2008-ED que modifica el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Educación, modificando la denominación de Dirección Nacional de Educación Básica Especial en Dirección General de Educación Básica Especial e incorpora sus funciones (07-01-08); R. M. N° 0069-2008-ED que aprueba la Directiva N° 01-2008-VMGP- DIGEBE “Normas para la matrícula de niños, niñas, jóvenes con discapacidad en los diferentes niveles y modalidades del sistema educativo en el marco de la educación inclusiva” (05/02/08); R. V. M. N° 0025-2008-ED, que aprueba la Directiva N° 069-2008-ME/VMGP-DIGEBE que establece las normas referidas a la planificación, organización, ejecución, monitoreo y evaluación de las actividades de la Campaña Nacional de Sensibilización y Movilización por la Educación Inclusiva (26-06-08); R. D. N° 0650-2008-ED, que aprueba las normas complementarias

normas destaca el Decreto Supremo 026-2003-ED – Disponen que el ministerio lleve a cabo planes y proyectos que garanticen la ejecución de acciones sobre educación inclusiva en el marco de una “Década de la Educación Inclusiva 2003-2012”³²³, por la cual se da al Ministerio de Educación la tarea el asegurar la inclusión de niños con discapacidad en la educación regular. El decreto establecía como premisas, entre otras, las siguientes:

Que con este objetivo y dentro de lo dispuesto en el Plan de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad 2003-2007, el Estado eliminará las brechas de calidad entre la educación pública y la privada, la educación rural y la urbana, para fomentar la equidad en el acceso a oportunidades;

Que la Ley N° 28044, Ley General de Educación considera que con el fin de garantizar la equidad en la educación, las autoridades educativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán implementar en el marco de una educación inclusiva, programas de educación para personas con problemas de aprendizaje o necesidades educativas especiales en todos los niveles y modalidades del sistema, para contribuir a la construcción de una sociedad democrática mediante un trabajo coordinado con los diferentes sectores del Estado y la sociedad civil;

Que el Decreto Supremo N° 023-2003-ED, declara a la Educación como un servicio público esencial, por ser un derecho fundamental de la persona y de la sociedad, cuyo ejercicio es garantizado por el Estado a través del Sistema Educativo Nacional y de las instancias de gestión educativa descentralizadas;

Que el Decreto Supremo mencionado en el párrafo precedente, también faculta al Ministerio de Educación para normar la utilización del Fondo Nacional de Desarrollo de la Educación Peruana - FONDEP, dando prioridad a la atención de las zonas de pobreza a la reconstrucción de las aulas en uso de los centros educativos públicos en las que exista alto riesgo para estudiantes y maestros y al financiamiento de atención inclusiva de alumnos discapacitados;

Que, el sector Educación, está comprometido a desarrollar un modelo de educación inclusiva con salidas múltiples y fortalecer modalidades de esta educación, mediante programas y acciones educativas que respondan a las necesidades de niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos, trabajadores y con necesidades especiales;

Que, en tal sentido, es necesario generar cambios cualitativos fundamentalmente en el mejoramiento de la calidad y equidad de los servicios educativos, con énfasis en los grupos sociales en condiciones de exclusión y pobreza e independientemente de sus condiciones personales, sociales, étnicas, culturales y especialmente de quienes presentan necesidades educativas asociadas a discapacidad;

Que, asimismo se debe potenciar el sistema educativo orientándose al desarrollo y reestructuración de la escuela para el acceso, permanencia, promoción y éxito de los estudiantes con necesidades educativas especiales asociadas a discapacidad intelectual, sensorial, motórica y otras, y de quienes presenten talento y superdotación;

Que, resulta conveniente priorizar la educación inclusiva, durante un amplio período en el cual se logre progresivamente garantizar con calidad y eficiencia el acceso y la atención temprana desde la primera infancia con riesgo de discapacidad; así como, mejorar la atención pedagógica de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes con necesidades especiales tanto en los ámbitos urbano, rural y

para la creación, organización y funcionamiento de los Centros de Recursos de la Educación Básica Especial - CREBE (10-11-08); R. V. M. N°0037 -2008- ED, que constituye la Mesa de diálogo y acción conjunta por la educación inclusiva (15-10-08).

³²³ Publicada el 12 de noviembre de 2003

bilingüe; asimismo, ampliar y fortalecer la educación inclusiva en las diferentes etapas, niveles y modalidades, en la educación básica, técnico productiva, comunitaria y otros programas del sistema educativo;

La norma atraviesa todo el sistema educativo y no hace mayor distinción entre las instituciones privadas y públicas. De hecho, hace menciones al sistema educativo que debe ser visto como un ente integral. Para dar cumplimiento a esta norma, en el 2006, el Ministerio de Educación creó la Dirección General de Educación Básica Especial (DIGEBE)³²⁴. Hasta antes de la emisión de esta norma, la educación de personas con discapacidad dependía de una oficina de menor rango: una dirección. A partir de este nuevo marco institucional, de acuerdo con Tovar, se establecen dos metas de inclusión:

- a) La incorporación plena en las aulas regulares, con todo el soporte necesario para ello, de los estudiantes con discapacidad leve o moderada; y,*
- b) La inclusión social de las personas con discapacidad severa o multidiscapacidad a la vida cultural y laboral de su comunidad.³²⁵*

Para una implementación adecuada de esto, se apostó por una de las políticas más importantes desarrolladas por el sector: la creación de los Servicios de Apoyo y Asesoramiento a las Necesidades Educativas Especiales – SAANEE, creados a través de la R. D. N° 354-2006-ED, que aprueba la Directiva N° 076-2006-VMGP-DINEBE: “Normas complementarias para la Conversión de los Centros de Educación Especial en Centros de Educación Básica Especial – CEBE y los Servicios de Apoyo y Asesoramiento a las Necesidades Educativas Especiales – SAANEE”³²⁶. Estas entidades, como señala la Defensoría del Pueblo “[e]stán conformados por un coordinador y un equipo interdisciplinario de especialistas en educación especial y educación inclusiva. Su función se cumple de manera itinerante y consiste en orientar, asesorar y capacitar al personal docente y no docente de las instituciones educativas inclusivas de todos los niveles y las modalidades del sistema educativo, para alcanzar la atención adecuada de los estudiantes con discapacidad; también realizan el monitoreo y apoyo a estos estudiantes”³²⁷. Es importante resaltar que estas medidas

³²⁴ Decreto Supremo N° 006-2006-ED. Publicado el 20 de febrero del 2006.

³²⁵ TOVAR, Teresa. *La década de la educación inclusiva 2003 – 2012. Para niños con discapacidad*. Lima: Consejo Nacional de Educación. 2013, p. 12.

³²⁶ Publicada el 16 de mayo del 2006

³²⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe defensorial N° 155. Los niños y niñas con discapacidad. Alcances y limitaciones de en la implementación de la política de educación inclusiva en instituciones educativas de nivel primaria*, p. 75

fueron tomadas antes de la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En nuestro país, son estas entidades las encargadas de guiar el proceso educativo inclusivo. Su función es velar porque esto ocurra de manera efectiva en los diferentes centros educativos del país que tienen estudiantes con necesidades educativas especiales asociadas a la discapacidad. Sus servicios de asesoría son indispensables para imaginar una educación realmente inclusiva en nuestro país. Cabe resaltar que puede hacer esto con cualquier entidad de educación básica regular por lo cual no hay impedimento legal para que pueda apoyar a las instituciones privadas, aunque, como veremos más adelante, esto no sucede en la realidad.

No obstante, al momento de la implementación solamente se consideró estas necesidades para el caso de la educación primaria. Es así que el artículo 60 del Reglamento de Educación Básica Regular consagra una atención diversificada para la educación que atienda a los diferentes ritmos y niveles de aprendizaje para el caso de estudiantes de primaria.³²⁸ Dicha previsión no fue tomada en el caso de la educación secundaria.³²⁹ Es así que si bien la normativa peruana ha ido adoptando la educación inclusiva como principio y norma, no ha existido política pública adecuada que la ejecute. De manera más reciente, en el 2012, el Estado peruano promulgó la Ley general de la persona con discapacidad,³³⁰ norma que implementa la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de

³²⁸ Reglamento de Educación Básica Regular. Artículo 60, inciso d: Ofrecer atención diversificada para atender los diversos ritmos y niveles de aprendizaje y la diversidad cultural; y enriquecer el proceso educativo fortaleciendo relaciones de cooperación y corresponsabilidad entre escuela, familia y comunidad para mejorar la educación y calidad de vida de los niños; por ello se preocupa por la adecuada organización y utilización del tiempo escolar.

³²⁹ Artículo 75.- Objetivos de la Educación Secundaria

La Educación Secundaria tiene como objetivos los siguientes:

- a) Brindar a los adolescentes una formación humanística, científica y tecnológica, así como una capacitación para el trabajo, en el marco de una sólida formación integral.
- b) Brindar una formación que permita a los estudiantes adolescentes un desarrollo orgánico, afectivo, cognitivo y espiritual; el conocimiento de sí mismos y de su entorno, así como comprender sus cambios físicos e identidad de género.
- c) Promover en el estudiante el fortalecimiento de las capacidades comunicativas y artísticas, razonamiento matemático, investigación científica y apropiación de nuevas tecnologías que le permitan la construcción permanente del conocimiento, así como aplicar estrategias de aprendizaje, formular proyectos y tomar decisiones.
- d) Brindar las orientaciones que le permitan al estudiante iniciar la formulación de un proyecto de vida que, sustentado en valores éticos y sociales, le facilite la toma de decisiones vocacionales y profesionales.
- e) Propiciar el desarrollo de valores y actitudes que permitan la convivencia en los grupos sociales a los que pertenecen, interactuar solidaria y responsablemente con afán de realizaciones y respeto a las normas para ejercer una ciudadanía constructora del bien común y de la democracia.

³³⁰ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de diciembre del 2012. Esta ley derogó la antigua Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley 27050.

las personas con discapacidad.³³¹. Dicha norma dispone lo siguiente en materia de educación de personas con discapacidad:

Artículo 35. Derecho a la educación

35.1 *La persona con discapacidad tiene derecho a recibir una educación de calidad, con enfoque inclusivo, que responda a sus necesidades y potencialidades, en el marco de una efectiva igualdad de oportunidades. El Ministerio de Educación regula, promueve, supervisa, controla y garantiza su matrícula en las instituciones educativas públicas y privadas de las diferentes etapas, modalidades y niveles del sistema educativo nacional.*

35.2 *Ninguna institución educativa pública o privada puede negar el acceso o permanencia de una persona por motivos de discapacidad.*

Artículo 36. Accesibilidad a las instituciones educativas

36.1 *El Ministerio de Educación y los gobiernos regionales garantizan la adecuación de la infraestructura física, mobiliario y equipos de las instituciones educativas para la atención de la persona con discapacidad, así como la distribución de material educativo adaptado y accesible.*

36.2 *El Ministerio de Educación y los gobiernos locales y regionales promueven y garantizan el aprendizaje del sistema braille, la lengua de señas y otros modos, medios y formatos de comunicación en las instituciones educativas.*

Artículo 37. Calidad del servicio educativo

37.1 *Las instituciones educativas de las diferentes etapas, modalidades y niveles del sistema educativo nacional están obligadas a realizar las adaptaciones metodológicas y curriculares, así como los ajustes razonables necesarios para garantizar el acceso y permanencia del estudiante con discapacidad.*

37.2 *El Ministerio de Educación y los gobiernos regionales garantizan la prestación de servicios de apoyo y acompañamiento para la inclusión del estudiante con discapacidad, así como la formación y capacitación permanente del personal directivo, docente y administrativo en cuestiones relativas a la discapacidad y los derechos de la persona con discapacidad. Para tal fin, asignan los recursos necesarios para el adecuado funcionamiento de los centros de educación básica especial.*

Por tanto, al no hacer diferenciaciones entre educación pública y privada, parecería que se apunta por un modelo de inclusión total. No obstante, como se verá líneas más adelante, esto tiene varios problemas de implementación,

Adicionalmente, cabe señalar que el Ministerio de Educación ha generado una apreciable cantidad de normas que han buscado aplicar la educación inclusiva en nuestro país³³². Entre ellas podemos destacar las directivas de matrícula 2009³³³ y 2013³³⁴ que han apuntado a que la educación inclusiva

³³¹ En vigor para el Perú desde el 2008.

³³² Estas se pueden encontrar en DIRECCIÓN GENERAL DE EDUCACIÓN BÁSICA Y ESPECIAL. *Educación Básica Especial y Educación Inclusiva. Balance y Perspectivas*. 2013, p.94.

³³³ Resolución Ministerial 0069-2008-ED – Normas para la matrícula de niños, niñas y jóvenes con discapacidad en los diferentes niveles y modalidades del sistema educativo en el marco de la Educación Inclusiva.

³³⁴ Resolución Ministerial 0622-2013-ED – Normas y orientaciones para el desarrollo del Año Escolar 2014 en la Educación Básica. Anexo 3: Orientaciones para la matrícula escolar por nivel y modalidad.

pueda darse en todos los centros educativos asegurando, cuando menos, el acceso de niños con discapacidad a las instituciones educativas sin que puedan ser discriminados por motivo de discapacidad. Ambas, se ubican temporalmente luego de la entrada en vigencia de la Convención y la del 2013 es posterior a la promulgación de la Ley 29973. En tal sentido, aplican el mandato de no discriminación correspondiente. No obstante, en tanto estas resoluciones no establecen ni faltas ni sanciones, no hay una forma de exigir efectivamente el cumplimiento de tales directivas.

3.3.3 Balances, perspectivas y retos

Sobre la base del modelo descrito, es posible decir que el Perú apuesta por permitir que los estudiantes que antes se educaban en los Centros de Educación Básica Especial (CEBE), ahora acudan a centros regulares (inclusivos). Para que la inclusión sea real, los CEBES se han constituido en Servicios de Apoyo y Asesoramiento para la atención de estudiantes con Necesidades Educativas Especiales (SAANEE).³³⁵ No obstante, como ya se señaló, las principales barreras en la ejecución de la educación inclusiva han sido la falta de comprensión y cumplimiento de esta política pública.

El método empleado por las SAANEE consistió en aprovechar los recursos de los Centros de Educación Básica Especial para generar equipos que apoyasen la inclusión en los colegios regulares. Si bien la intención era adecuada y era una buena idea para un contexto en el que los propios centros educativos no tenían recursos para la inclusión, la realidad ha terminado señalando que es imposible que un equipo ambulante pueda dedicarse realmente a la inclusión de todos los estudiantes con discapacidad que se encuentran en su jurisdicción. Adicionalmente, la política de racionalización docente ha llevado a un sinsentido con respecto a la contratación de personal. Así, al momento de contratar personal, se ha considerado que los CEBE solo atienden a las personas que estudian allí sin considerar que, en realidad, atienden de manera ambulatoria a un gran número de

³³⁵ R. D. N° 354-2006-ED, que aprueba Directiva N° 076-2006-VMGP-DINEBE “Normas complementarias para la Conversión de los Centros de Educación Especial en Centros de Educación Básica Especial – CEBE y los Servicios de Apoyo y Asesoramiento a las Necesidades Educativas Especiales – SAANEE” (16-05-06)

estudiantes.³³⁶ En este sentido, reducir el personal es una idea que atenta contra la buena atención de los estudiantes de educación básica con necesidades educativas especiales.

Otro problema de este modelo tiene que ver con la carencia de servicios de apoyo. De acuerdo a las cifras que maneja el Ministerio de Educación, al año 2010, solamente 4523³³⁷ personas entre 0 y 20 años se encontraban matriculados en la educación regular con el acompañamiento del Servicio de Apoyo y Asesoramiento para la atención de estudiantes con Necesidades Educativas Especiales – SAANEE de un total de 370, 163 personas con discapacidad en dicho rango de edad.³³⁸ Si bien es posible considerar que el número de estudiantes con discapacidad matriculados en educación regular sea mayor, solamente los 4523 estudiantes señalados reciben de parte del Estado el apoyo especializado que requieren. Tal apoyo no podría ser mayor pues los SAANE, que son las unidades de apoyo del Ministerio de Educación que se establecieron con el fin de hacer un traspaso de la educación especial a la educación inclusiva solamente cuenta con 209 oficinas para todo el territorio nacional.³³⁹

Se podría considerar que el problema es únicamente presupuestario, pero esto no es así. La Dirección General de Educación Especial ha aumentado su presupuesto en el último año.³⁴⁰ Incluso, como señala la especialista en educación inclusiva, Teresa Tovar: “se ha roto la inercia que desde hace 9 años solo asignaba un promedio de 3,5 millones de soles a la educación de personas con discapacidad, aprobando un Presupuesto por Resultados para la educación inclusiva por 148 millones (2013). Es un reto de descentralización, ya que la tercera parte de la atención y recursos se concentran en Lima. El nuevo financiamiento en educación se aplicará en algunas regiones y debieran abarcar progresivamente todo el país”.³⁴¹ En el caso peruano, el problema se concentra en

³³⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe defensorial N° 155. Los niños y niñas con discapacidad. Alcances y limitaciones de en la implementación de la política de educación inclusiva en instituciones educativas de nivel primaria*, pp. 85 – 88.

³³⁷ DIRECCIÓN GENERAL DE EDUCACIÓN BÁSICA Y ESPECIAL. *Educación Básica Especial y Educación Inclusiva. Balance y Perspectivas*. 2013, p. 31.

³³⁸ Dicha cifra es la resultante de la Encuesta Nacional Continua del año 2006 (ENCO 2006). La Encuesta Nacional Especializada en Discapacidad del año 2012 (ENEDIS 2012) estableció que había 129 796 personas con discapacidad entre los 0 y 15 años.

³³⁹ DIRECCIÓN GENERAL DE EDUCACIÓN BÁSICA Y ESPECIAL. *Educación Básica Especial y Educación Inclusiva. Balance y Perspectivas*. 2013, p. 52.

³⁴⁰ DIRECCIÓN GENERAL DE EDUCACIÓN BÁSICA Y ESPECIAL. *Educación Básica Especial y Educación Inclusiva. Balance y Perspectivas*. 2013, p. 63.

³⁴¹ TOVAR TOMANEZ, Teresa. “Discapacidad, ¿a quién le importa?”. *La Primera*. Columnistas y colaboradores. Lima, 16 de setiembre del 2013. Consulta: 19 de setiembre del 2013.

la falta de capacidad del Ministerio de Educación para ejecutar la política y en la equivocada percepción del Ministerio de Economía y Finanzas con respecto a las necesidades de la educación inclusiva. A partir de la política de educación inclusiva, se dejó de proveer a la Dirección General de Educación Básica Especial de los recursos que requería pues se estimó que contaba con un número menor de estudiantes a su cargo sin considerar que los estudiantes incluidos necesitan de ajustes razonables para que la inclusión pueda ser considerada exitosa.

Otro factor que limita la inclusión es la falta de docentes especializados. Y es que, conforme al propio Ministerio de Educación “existe una brecha en los recursos profesionales de la modalidad para atender a los estudiantes con discapacidad en el sistema educativo, lo que pone en riesgo la calidad del servicio y reafirma la necesidad de incrementar el número de docentes calificados para responder a la diversidad”.³⁴² Al respecto, cabe anotar que son muy pocas las universidades que cuentan con la especialidad de Educación Inclusiva o que tiene cursos de Educación Inclusiva en la malla curricular de los estudiantes de dicha carrera.³⁴³ Adicionalmente, hasta el día de hoy, no se ha contratado a los docentes que no tienen aulas a su cargo y que son quienes podrían servir de apoyos a los estudiantes con discapacidad que acceden a la educación regular.³⁴⁴ Esto ocurre a pesar de que existe la disposición normativa correspondiente.³⁴⁵ Desde el punto de vista de las barreras sociales, cabe destacar que, en muchos casos, “prevalecen aún posturas poco favorables y limitantes para el desarrollo de una auténtica escuela inclusiva, por lo que la normatividad por sí sola no basta para el cambio de actitudes, de conceptualización y de perspectiva de los diferentes actores educativos”.³⁴⁶ Y es que, como refiere el Informe de la Defensoría del Pueblo sobre la materia, “persiste la tendencia a considerar la educación inclusiva como sinónimo de educación

<http://www.laprimerapepu.pe/online/columnistas-y-colaboradores/discapacidad-a-quien-le-importa_149551.html>

³⁴² DIRECCIÓN GENERAL DE EDUCACIÓN BÁSICA Y ESPECIAL. *Educación Básica Especial y Educación Inclusiva. Balance y Perspectivas*. 2013, p. 49.

³⁴³ Defensoría del Pueblo. *Informe Defensorial N° 155. Los niños y niñas con discapacidad. Alcances y limitaciones de en la implementación de la política de educación inclusiva en instituciones educativas de nivel primaria*. 2011 p.125.

³⁴⁴ DIRECCIÓN GENERAL DE EDUCACIÓN BÁSICA Y ESPECIAL. *Educación Básica Especial y Educación Inclusiva. Balance y Perspectivas*. 2013, p. 80.

³⁴⁵ Reglamento de la Educación Básica Regular. Segunda Disposición Complementaria.- Inclusión progresiva.- El Ministerio de Educación, a través de las instancias correspondientes, proveerá gradualmente, según la disponibilidad presupuestal, la asignación de un profesor especializado, sin aula a cargo, para cada Institución Educativa, en los diferentes niveles del sistema educativo con el fin de desarrollar acciones de asesoramiento y apoyo de la docencia en la atención pertinente y de calidad a los estudiantes con necesidades educativas especiales, asociadas a discapacidad o a talento y superdotación.

³⁴⁶ DIRECCIÓN GENERAL DE EDUCACIÓN BÁSICA Y ESPECIAL. *Educación Básica Especial y Educación Inclusiva. Balance y Perspectivas*. 2013, p. 26.

especial, cuando el significado de la primera consiste en atender la diversidad para el desarrollo de todos los estudiantes, con independencia de sus características individuales, socio-culturales, económicas, entre otras”.³⁴⁷

De la misma forma, como ha señalado Teresa Tovar, “se requiere responsabilidad permanente y rendición de cuentas periódica de avances y resultados de acuerdo a un Plan Nacional que es urgente elaborar y luego cumplir”.³⁴⁸ Por ello, es posible afirmar que, en el caso de la educación básica regular en nuestro país, los derechos no han sido realmente protegidos. Esto se debe, en parte a la negligencia estatal que ha omitido su deber de acompañamiento al señalar “en la Directiva para el desarrollo del año escolar 2011, que (...) “la institución pública debe coordinar con el Centro de Educación Básica Especial (CEBE) de su jurisdicción, para recibir las orientaciones del Saanee, a fin de asegurar una inclusión efectiva”, mientras que para la institución educativa privada no prescribe dichos servicios”.³⁴⁹ Es decir, el SAANE no tiene una obligación específica ofrecer su asesoría a las instituciones privadas. Tal omisión no ha sido subsanada hasta el momento a pesar de la emisión de una nueva Directiva de Matrícula.³⁵⁰

A modo de conclusión, es posible señalar que el sistema establecido para la educación inclusiva en el Perú no es totalmente malo. Por el contrario, es posible señalar varios aspectos positivos. No obstante, la falta de políticas públicas dificulta enormemente la inclusión. Y es que el diseño originalmente establecido era óptimo y ambicioso. No obstante, el no acompañar cuidadosamente el proceso y el no apostar por experiencias piloto iniciales lo terminaron debilitando. Finalmente, en el caso de los privados, existen omisiones legislativas que generan complicaciones para la inclusión educativa, como se explicará a continuación.

³⁴⁷ Defensoría del Pueblo. *Informe Defensorial N° 155. Los niños y niñas con discapacidad. Alcances y limitaciones de en la implementación de la política de educación inclusiva en instituciones educativas de nivel primaria.* 2011 p.72.

³⁴⁸ TOVAR TOMANEZ, Teresa. “Discapacidad, ¿a quién le importa?”. *La Primera*. Columnistas y colaboradores. Lima, 16 de setiembre del 2013. Consulta: 19 de setiembre del 2013.

http://www.laprimerapepu.pe/online/columnistas-y-colaboradores/discapacidad-a-quien-le-importa_149551.html

³⁴⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe defensorial N° 155. Los niños y niñas con discapacidad. Alcances y limitaciones de en la implementación de la política de educación inclusiva en instituciones educativas de nivel primaria*, p. 55

³⁵⁰ Resolución Ministerial 0622-2013-ED. Normas y Orientaciones para el desarrollo del año escolar 2014 en la educación básica. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 de diciembre de 2013.

3.4 Los problemas de la educación inclusiva en el ámbito privado

Además de los problemas de implementación que la política de educación inclusiva tiene en el Perú, en el ámbito privado es posible identificar problemas adicionales. Si bien se podría tratar de analizarlos desde las dimensiones del derecho a la educación, resulta complicado hacer este ejercicio en todas las ocasiones puesto que, a veces, los problemas afectan más de una dimensión. En el presente acápite, se abordarán los problemas más frecuentes identificados en este ámbito, se planteará el marco teórico y las normas pertinentes, y se establecerán los alcances de las obligaciones que corresponden tanto al colegio privado como al Estado para lograr la plena inclusión en la esfera privada.

3.4.1 El acceso a la educación: la matrícula del niño con discapacidad

Uno de los primeros problemas que se puede notar es la exclusión por causal de discapacidad. Dicho de otra forma, hoy en día, los colegios privados evitan la matrícula de niños con discapacidad para no asumir los costos asociados a sus necesidades educativas especiales. Otros también excluyen bajo la presuposición de que así se preserva “la educación de calidad para el resto pues piensan que estos alumnos ‘un poco más diferentes’ van a retrasar el avance de los otros, van a impedir que evolucionen y aprenda a ritmos más rápidos y alcancen mayor número de conocimientos”.³⁵¹ Como resulta evidente, esta práctica resulta contraria al mandato de no discriminación. Cada una de las motivaciones explicitadas puede ser refutada adecuadamente. Con respecto al ámbito económico, es necesario recalcar que no se pueden utilizar argumentos meramente económicos para negar un derecho. Por otra parte, la segunda idea parte de una concepción de la educación como competencia de seres homogéneos. No obstante, como se señaló al final del capítulo anterior, es necesario que la educación atienda a la diversidad, la valore y enseñe a los niños a aprender de ella.

Siguiendo con el mandato de no discriminación, es necesario señalar que la obligación inmediata que surge de él es el derecho a no ser rechazado en una institución educativa. De acuerdo con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, esto se traduce en una

³⁵¹ CASANOVA, María Antonia. *Educación inclusiva: un modelo de futuro*. Wolters Kluwer España: Madrid.2011, p. 15.

“cláusula contra el rechazo”.³⁵² Es decir, los centros educativos no pueden convertir la discapacidad en una razón para denegar la admisión o la permanencia. Esta protección, de acuerdo con lo señalado por la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,³⁵³ debe extenderse también a ciertos colectivos de estudiantes que no necesariamente tienen discapacidad pero que son discriminados porque existe una percepción de discapacidad sobre ellos, por ejemplo, el caso de niños con tartamudez o déficit de atención. Esto también contraviene lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano, el cual señala que los requisitos de postulación deben basarse en:

“criterios que proscriban cualquier tipo de discriminación, ya sea por motivos económicos, ideológicos, de salud, religiosos, o de cualquier otra índole. Dicho de otra forma, los centros escolares, tanto públicos como privados, deben proscribir los criterios de admisión irrazonables o desproporcionados, pues afectan de manera directa el derecho de educación de los menores, al impedir de manera arbitraria que ejerciten el derecho a la educación.”³⁵⁴

No obstante lo anterior, de acuerdo con ciertos reportajes televisivos³⁵⁵, existen colegios que exigen declaraciones sobre la discapacidad de los niños y que señalan que anularán la matrícula de encontrar una discapacidad posteriormente. Tales prácticas están prohibidas por el mandato de no discriminación.

Al respecto es importante recordar que la Ley General de la Persona con Discapacidad señala:

³⁵² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación*. A/HRC/25/29, pág. 26.

³⁵³ Artículo I. 2.a

ARTÍCULO I

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por:

2. Discriminación contra las personas con discapacidad

a) El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

³⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de octubre de 2007 recaída en el expediente N.º 4646-2007-PA/TC. *Caso Feliciano Contreras*, pág. 18

³⁵⁵ Ver acá MIRANDA, Luis. *Padre denuncia discriminación en colegio Trener*. Cuarto Poder. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=MdGTnuSWB8Q>

*Ninguna institución educativa pública o privada puede negar el acceso o permanencia de una persona por motivos de discapacidad.*³⁵⁶

Adicionalmente, también se señala en la actual directiva de matrícula lo siguiente:

Todas las instituciones educativas tanto de gestión pública como privada, en todos los niveles y modalidades, reservan al menos dos vacantes por aula para estudiantes con necesidades educativas especiales asociadas a discapacidad (leve o moderada). El director de la institución educativa solicita apoyo al Servicio de Apoyo y Asesoramiento a las Necesidades Educativas Especiales – SAANE de su jurisdicción a fin de garantizar la atención educativa pertinente. La institución educativa podrá incluir a 10 o más estudiantes con discapacidad, siempre y cuando garantice un docente especializado sin aula a cargo para la orientación y acompañamiento a dichos estudiantes, docentes de aula y familias.

*Los estudiantes con discapacidad matriculados en los diferentes niveles y modalidades, deben participar en todas las actividades con los mismos derechos y deberes que los demás estudiantes. La matrícula del estudiante con discapacidad se realiza teniendo en cuenta la edad cronológica establecida para cada grado considerando la permanencia de dos años en un grado, por única vez, en el nivel. Es responsabilidad del equipo directivo regularizar su historial escolar. La matrícula del estudiante con necesidades educativas especiales asociadas a discapacidad no está condicionada a la presentación de documentos o requisito alguno. Se debe garantizar que el aula con estudiantes con discapacidad tenga una carga de estudiantes menor a lo establecida para el nivel educativo.*³⁵⁷

La normativa, válida para instituciones públicas y privadas, habilita que dos estudiantes con discapacidad puedan estar en cada salón hasta un máximo de diez niños por colegio si este prueba que no tiene la capacidad para atenderlos. El Estado no ha señalado si esta normativa se mide con respecto a los recursos efectivos que posee un colegio o si se basa en la posibilidad de conseguir tales ajustes. Apostar por la primera interpretación puede dificultar la inclusión a largo plazo. La mayoría de colegios evitaría mejorar sus instalaciones y prácticas porque eso podría llevarlos a acoger más niños con discapacidad. En este sentido, el baremo de medición debería ser la posibilidad de conseguir los apoyos.

Por tanto, el Estado debe asegurar que esto se cumpla de manera cabal. Para ello, deberá establecer mecanismos de fiscalización eficientes que permitan una tutela rápida y adecuada. Cabe resaltar que, no establecer un mecanismo adecuado puede llegar a privar al niño de un año lectivo lo terminaría generando un daño irreparable. Es por ello que las agencias estatales (en este caso, el

³⁵⁶ Art. 35.2

³⁵⁷ Resolución Ministerial 0622-2013-ED – Normas y orientaciones para el desarrollo del Año Escolar 2014 en la Educación Básica. Anexo 3: Orientaciones para la matrícula escolar por nivel y modalidad.

Ministerio de Educación) deben actuar de manera rápida para proteger los derechos de los niños e imponer remedios adecuados y efectivos.³⁵⁸

También es importante establecer una prohibición absoluta de sanción contra el estudiante si los padres no consignan la discapacidad del menor. En nuestro país más del 90% de personas con discapacidad no cuentan con el certificado de discapacidad.³⁵⁹ Adicionalmente, algunas discapacidades no pueden ser detectadas sino hasta después del cumplimiento de cierto número de años. Por tanto, si se encontrase una discapacidad de manera posterior, no se debería sancionar al menor de edad ni a sus padres.

¿Cómo asegura el Estado el cumplimiento de la norma? Pues apela a un esquema sancionatorio de muy poca efectividad. El Ministerio de Educación no cuenta con una tipificación de faltas que acarreen sanciones. En tal sentido, no hay una forma de obtener un resultado favorable si se inicia un trámite administrativo.³⁶⁰ No obstante, el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) sí cuenta con esas faltas tipificadas de acuerdo a la Ley General de la Persona con Discapacidad.³⁶¹ Sin embargo, la norma también deviene en inútil por la falta de un texto único de procedimientos administrativos que señale exactamente qué funcionarios pueden aplicar las sanciones.

Finalmente, esto también debería llevar a que los colegios tomen medidas de accesibilidad física para asegurar la inclusión de los estudiantes con discapacidad. En el Perú, lamentablemente, la norma de accesibilidad (establecida en el Decreto Supremo N°011-2006-VIVIENDA,³⁶² Reglamento Nacional de Edificaciones, norma A.120) ha sido pensada únicamente para la accesibilidad de adultos. Así, si bien las obligaciones de accesibilidad se aplican a públicos y privados, la norma no

³⁵⁸ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. General comment No. 16 (2013) on State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights. CRC/C/GC/16, p.30

³⁵⁹ Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Primera Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad, 2012. 92.4% de peruanos con discapacidad no cuenta con certificado de discapacidad.

³⁶⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Respuesta al cuestionario del Consejo de Derechos Humanos sobre educación de personas con discapacidad.* (2013). Disponible en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/SubmissionStudyEducation.aspx>

³⁶¹ Art. 81.4.d

Se consideran infracciones muy graves:

d) La negativa de permitir el acceso o permanencia a una institución educativa pública o privada por motivos de su discapacidad, de acuerdo con las directivas que para tal fin establezca el Ministerio de Educación.

³⁶² Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 6 de mayo del 2006.

ha sido adecuada para la realidad de los colegios y de los niños que requieren las medidas de accesibilidad en dicho espacio. Por tanto, es necesario que el Estado, en su función de garantía, emita disposiciones sobre accesibilidad en espacios que son utilizados mayoritariamente por niños. Ello es requerido por el Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad en su artículo 36.1:

El Ministerio de Educación, a través del órgano competente, formula normas técnicas de diseño arquitectónico para la construcción, equipamiento y mantenimiento de la infraestructura educativa, bajo el Principio de Diseño Universal y las normas técnicas establecidas en el Reglamento Nacional de Edificaciones, a fin de garantizar la accesibilidad de los estudiantes con discapacidad. Corresponde a los Gobiernos Regionales y Locales implementarlo y ejecutarlo, bajo la supervisión y coordinación de la Oficina de Infraestructura Educativa o la que haga sus veces.

A pesar de esta indicación, a la fecha, no existe aún un instrumento emitido por el Ministerio de Educación que asegure la accesibilidad en toda institución educativa.

3.4.2 La permanencia de estudiante inclusivo: los ajustes razonables para el niño con discapacidad

Otros de los temas pertinentes al hablar de educación inclusiva es el de la permanencia. No basta con lograr que el estudiante esté en las aulas. Es necesario que pueda desarrollarse en ellas. Para esto, será necesario que, bajo la concepción de la educación inclusiva, la institución educativa se adapte al niño y no viceversa.

3.4.2.1 Adaptaciones a la metodología y la currícula

En materia de adaptabilidad, como se ha señalado al inicio de este capítulo es necesario que existan modificaciones personalizadas para los estudiantes con discapacidad. Por ello, sería ideal que el Ministerio de Educación establezca directrices referentes a la educación inclusiva que sean aplicables a todas las instituciones y prestar su acompañamiento cuando sea necesario.³⁶³ Estas deben darse en la metodología y la currícula. Se entiende que estos conceptos son las “estrategias pedagógicas específicas que comprenden modificaciones para facilitar el acceso del niño o niña con

³⁶³ Tal obligación ha sido establecida en el Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad. Art. 35.1

discapacidad al currículo y los elementos del proyecto curricular general; asimismo, permiten superar la práctica y cultura pedagógica tradicional donde la atención educativa está diseñada de manera uniforme bajo la premisa de que se desarrollen las mismas actividades, en el mismo momento, con el mismo estilo y ritmo, de la misma forma y con los mismos materiales.”³⁶⁴ Estas adaptaciones, en tanto no se hacen de manera general y previa sino que se realizan atendiendo de manera específica a las indicaciones tendrán que darse como ajustes razonables.

Dicho esto, esta investigación plantea que incluso si el Estado no prestase ese acompañamiento, sería necesario que el colegio lo asuma plenamente. El modelo de las responsabilidades compartidas es, posiblemente, el más adecuado. No obstante, ante la necesidad de inclusión es imprescindible que los colegios brinden esos servicios, tengan el apoyo del Estado o no.

3.4.2.2 Los ajustes razonables³⁶⁵

Este concepto es una de las novedades que trae la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Si bien es una figura que se ha adaptado del Derecho Laboral³⁶⁶, hoy en día, por acción del fraseo en la Convención, tiene una aplicación general para el ejercicio de diferentes derechos. Así, la Convención establece la siguiente definición.

Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;³⁶⁷

La Convención, además, establece que la denegación de estos ajustes razonables constituye una forma de discriminación³⁶⁸. En tal sentido, brindar el ajuste (si es razonable) no es opcional, sino que es una tarea derivada de la obligación general de todos los Estados de no discriminar ni permitir la

³⁶⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe defensorial N° 155. Los niños y niñas con discapacidad. Alcances y limitaciones de en la implementación de la política de educación inclusiva en instituciones educativas de nivel primaria*, p. 146.

³⁶⁵ Esta sección se basa en un trabajo previo. Ver CONSTANTINO, Renato y Saulo GALICIA. *La configuración de los ajustes razonables en materia laboral en el Perú: definiciones, omisiones y propuestas*. Cuadernos de Trabajo CICAJ (en prensa).

³⁶⁶ Al respecto, ver <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7bkgrndra.htm>

³⁶⁷ CDPD. Art. 2

³⁶⁸ CDPD. Art. 2.

discriminación.³⁶⁹ Dicho de otro modo, solo es posible negar aquellos ajustes considerados no razonables, es decir, que genere lo que se conoce como “carga indebida”.

La concepción del ajuste razonable está íntimamente ligada a la posibilidad de ejercer los derechos de manera igualitaria. En estos casos, la forma efectiva de hacer que eso se cumpla es otorgar un trato diferente a las personas en razón de sus diferencias. Y es que en el caso de la discapacidad es posible ver cómo un trato igualitario desde una perspectiva meramente formal termina siendo injusto dadas las condiciones reales de nuestra sociedad y las barreras que establece para las personas con discapacidad. Y es que, en ocasiones, es necesario “un tratamiento desigual a las personas atendiendo a que estas pueden encontrarse en una situación de diferencia o desigualdad, que les resulte desfavorable o perjudicial”.³⁷⁰ Como resulta entendible, este tratamiento diferenciado no es una forma de discriminación hacia las personas sin discapacidad sino la posibilidad de hacer efectivo el derecho a la educación de las personas con discapacidad.

Como es posible apreciar, el enunciado de la Convención apunta a una definición general que incluye, de manera no exclusiva, el goce o ejercicio del derecho a la educación. En este mismo sentido, el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad ha manifestado “que la denegación de un acomodo razonable de los alumnos constituye discriminación y que la obligación de proporcionar un acomodo razonable a los alumnos es de aplicación inmediata y no está sujeta a la realización progresiva”.³⁷¹ En este sentido, si hay la posibilidad de ofrecer el ajuste razonable se debe otorgar y no se podrá alegar progresividad como una forma de negación del ajuste.

Por otra parte, en el ámbito peruano, la Ley General de la Persona con Discapacidad no establece una definición de ajuste razonable que no esté relacionada con lo su aplicación en el ámbito laboral. No obstante; el Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad (RLGPCD)³⁷²

³⁶⁹ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, p. 104

³⁷⁰ RUBIO CORREA, Marcial, Francisco EGUIGUREN PRAELI y Enrique BERNALES BALLESTEROS. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2011, p. 146.

³⁷¹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre España. 2011. CRPD/C/ESP/CO/1, p. 44.

³⁷² Aprobado por Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 8 de abril de 2014.

regresa al enfoque internacional e independiza el término de su aplicación en el ámbito laboral al definir a los ajustes razonables de la siguiente manera:

“Son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas en un caso particular que, sin imponer una carga desproporcionada o indebida, sirven para garantizar a la persona con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”³⁷³

Como se ha señalado, la idea de ajuste responde a modificaciones o cambios de “la cultura, las políticas y las prácticas” que se dan en las instituciones encargadas de ciertos derechos. Recogiendo parte de la definición de Pérez Bueno, podemos señalar que un ajuste razonable se compone de:³⁷⁴

- *Conducta positiva de actuación de transformación del entorno (elemento fáctico de cambio);*
- *Transformación que ha de dirigirse a adaptar y hacer corresponder ese entorno a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, en todas las situaciones concretas en que estas puedan hallarse, proporcionándoles una solución (elemento de individualización y satisfacción de las particularidades);*
- *que surge en aquellos casos no alcanzados por las obligaciones generales de protección de los derechos de las personas con discapacidad (elemento de subsidiariedad);*
- *y en todo caso su finalidad es la de facilitar la accesibilidad o la participación de las personas con discapacidad en análogo grado que los demás miembros de la comunidad (elemento de garantía del derecho a la igualdad).*

Los dos primeros elementos se refieren la modificación de un entorno. Como hemos señalado previamente, esto es insuficiente. En ocasiones, las modificaciones podrán ser de las prácticas o las políticas. El tercer elemento refiere a la vinculación con la accesibilidad. El ajuste razonable se dará cuando la accesibilidad prevista no sea suficiente. Finalmente, el ajuste tiene que permitir un ejercicio de derechos en igual condición que el resto.

³⁷³ RLGPCD Art, 3.2

³⁷⁴ PÉREZ BUENO, Luis Cayo. “La Configuración Jurídica de los Ajustes Razonables” en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Dir.) 2003 – 2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. Madrid: Ediciones Cinca. 2012, p. 166. De esta definición se ha decidido omitir la referencia a la carga desproporcionada en tanto no coincidimos con su inclusión dentro de la figura propia de ajuste razonable por motivos que explicaremos en la siguiente sección.

Con respecto a este tercer elemento, es importante resaltar que el ajuste es razonable cuando es efectivo.³⁷⁵ Es decir, su razonabilidad está determinada por la posibilidad de que el ajuste sirva para que la persona pueda ejercer el derecho del que se está hablando, en este caso, la educación. Al plantear esta idea, se debe entender la educación de manera holística y no simplemente como un proceso restringido a la impartición de conocimiento en las aulas. En este sentido, los ajustes razonables deberán permitir que el estudiante pueda desarrollarse de manera integral: aprender en las aulas, practicar en los laboratorios, almorzar en los comedores, utilizar los servicios higiénicos, jugar en las áreas recreativas, participar en las actividades extracurriculares, acceder a los materiales de la biblioteca, todo ello en igualdad de condiciones con el resto de sus compañeros. Es así que un ajuste dejaría de ser razonable cuando no tenga vinculación alguna con la educación (entendida desde un enfoque holístico). Por ello, al establecer los ajustes no solamente tenemos que pensar en cómo el estudiante se desarrollará en las aulas sino también en cómo evitar el estigma de la discriminación.³⁷⁶

La aplicación de ajustes razonables tiene que permitir una inclusión real, en este caso, en la educación. Esto significa que la persona con discapacidad debe estudiar en pie de igualdad con sus compañeros y, al mismo tiempo, disfrutar de las mismas opciones de esparcimiento e interacción que el resto de discentes. En este caso, cuando se dice que debe estudiar en igualdad de condiciones, es necesario señalar que no todos los niños estudian igual. Dicho esto, la adaptación puede llegar a ser muy intensa. De hecho, hay casos en que el niño ni siquiera podría compartir las clases con el resto de sus compañeros. No obstante, no hay razón para que otras de las actividades no puedan ser compartidas.

Si los ajustes razonables no permiten una verdadera inclusión social, es decir, si no permite que personas con discapacidad y personas sin discapacidad interactúen de manera igualitaria y horizontal sin rasgos de exclusión o paternalismo, entonces, no se ha alcanzado la efectividad requerida. Ese razonamiento debe ser seguido en el caso de las instituciones educativas. Sirve de

³⁷⁵ DE CAMPOS VEHLÓ MARTEL, Leticia. "Ajuste razonable: Un nuevo concepto desde la óptica de una gramática constitucional inclusiva" en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*. Vol. 8, número 14, junio de 2011, p. 107

³⁷⁶ SUNSTEIN, Cass R., "Cost-Benefit Analysis Without Analyzing Costs of Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms." *University of Chicago Law Review, Forthcoming; University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 325; University of Chicago, Public Law Working Paper No. 149*. 2007, p. 15

muy poco que un niño tenga adaptaciones curriculares en el aula si luego va a ser excluido en otros espacios de socialización como los comedores o los juegos de recreo.

3.4.2.2.1 La distinción teórica y práctica entre ajustes razonables y accesibilidad

Al plantear el tema de la discapacidad se suele realizar una vinculación inmediata con las rampas. La accesibilidad (física) es un principio de adaptación del entorno. A partir de dicho principio, se establece un derecho que obliga a los Estados a tomar medidas para lograr la plena accesibilidad “al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.”³⁷⁷ En ese sentido, la obligación de la accesibilidad se da principalmente con respecto a los entornos, los servicios y los sistemas de información y comunicación y tienen una vocación de generalidad. A estos conceptos hay que sumarles la concepción de diseño universal. Este vocablo se plantea como una forma de elaboración del entorno que piense en todas las formas de la diversidad humana, incluyendo la discapacidad. Así, no serán necesarias modificaciones especiales sino que todos podrán disfrutar del mismo producto sin problemas.

De vuelta a la discusión inicial, si bien accesibilidad y ajustes razonables se confunden con frecuencia, en base a la definición de accesibilidad planeada líneas arriba, es posible plantear las siguientes diferencias, relacionando también el concepto de diseño universal:

Los ajustes razonables, en cambio, son adaptaciones que se realizan de manera especial para cada caso. De acuerdo a Pérez Bueno, estos términos se relacionan de manera complementaria de dos maneras:³⁷⁸

- a) se utilizarán ajustes razonables cuando no se haya conseguido la accesibilidad al reconocer que es un objetivo de difícil consecución

³⁷⁷ CDPD. Art. 9. Véase también LGPCD, art. 15

³⁷⁸ PÉREZ BUENO, Luis Cayo. “La Configuración Jurídica de los Ajustes Razonables” en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Dir.) 2003 – 2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*. Madrid: Ediciones Cinca. 2012, p. 161

b) se utilizarán ajustes razonables al reconocer que incluso en entornos accesibles, no se puede terminar de satisfacer todos los requerimientos de las personas con discapacidad

Pasaremos a ejemplificar cada uno de los puntos propuestos. En un mundo donde el principio de accesibilidad hubiese sido respetado de manera cabal, las personas con discapacidad física severa tendrían sillas de ruedas automatizadas que los trasladen donde prefieran. No obstante, en tanto ello no es posible, sería necesario que tenga una persona a su lado para movilizarse en las instalaciones del colegio. Ello podría ser considerado como un ajuste razonable por falta de accesibilidad. Si el entorno fuese completamente accesible, no habría necesidad del ajuste, pero son pocas las veces que se puede lograr dicho contexto.

Como situación que ejemplifica el segundo caso podemos encontrar la evaluación de estudiantes con discapacidad visual en un colegio. Si bien es posible que se les entreguen los exámenes en formatos accesibles que puedan ser escuchados a través de un lector de pantalla, podría seguir siendo necesario que la persona cuente con más tiempo para la resolución de la prueba. En este caso, el examen en formato virtual cumple con el principio de accesibilidad pero tal aplicación es insuficiente por lo que se hace necesario el ajuste razonable de otorgar más tiempo para la realización de la prueba. La lógica del ejemplo mencionado nos permite abordar una cuestión general sobre la accesibilidad y el ajuste razonable. La accesibilidad es un principio y una precondition por lo que se brinda de manera general y previa, en cambio, el ajuste razonable se configurará ante la necesidad particular de a persona con discapacidad.³⁷⁹ A manera de resumen se presenta el siguiente cuadro³⁸⁰:

	Ámbito de modificación del entorno	Beneficiarios	Alcance de la obligación
Accesibilidad	General	Todas las personas con discapacidad	Deben adoptarse medidas de accesibilidad

³⁷⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility*. CRPD/C/GC/2, pág. 24 – 26.

³⁸⁰ BREGAGLIO, Renata. "Alcances del mandato de no discriminación en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad" en SALMÓN, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (eds.). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. IDEHPUCP: Lima. [en prensa]

Diseño Universal	General	Todas las personas	Deben promoverse estudios y normas técnicas en diseño universal
Ajuste razonable	Específico	Una persona con discapacidad	Aquel a quien se le solicita el ajuste puede oponer que este no resulta razonable

Elaborado por Renata Bregaglio.

En el ámbito educativo habría que distinguir ambas obligaciones. En ese sentido, un colegio no podrá señalar que realiza ajustes razonables cuando aplique el principio de accesibilidad si es que ello ya está previsto en otra disposición normativa. Así, por ejemplo, no podrá señalarse que hay un ajuste razonable cuando se cumpla con lo señalado por el Decreto Supremo N°011-2006-VIVIENDA,³⁸¹ Reglamento Nacional de Edificaciones, que en su norma A.120 establece que toda edificación pública, sea estatal o privada, debe cumplir con los requisitos de accesibilidad desarrollados por ella. Sí podrá argumentarse ello cuando hablemos sobre una modificación de accesibilidad que no se encuentre presente en dicha normativa o alguna futura de obligatorio cumplimiento. En ese sentido, cabe resaltar que la obligación de accesibilidad, a pesar de referirse a las posibilidades del ejercicio de libertades civiles o políticas, tiene un fuerte contenido de progresividad.³⁸² Por tanto, las obligaciones de accesibilidad independientes – como las del Reglamento Nacional de Edificaciones – no podrán ser consideradas ajustes razonables, en cambio, aquellas que no estén contempladas de manera independientes, sí podrán ser ajustes razonables.³⁸³

No obstante, son las modificaciones relativas a la metodología de enseñanza y la forma de diseñar los cursos los que podrían llegar a generar más problemas. En estos casos, la modificación siempre es un ajuste razonable puesto que las medidas se realizan de manera *ad hoc* para que cada estudiante pueda desempeñarse en el colegio en la medida de sus capacidades y habilidades.

³⁸¹ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 6 de mayo del 2006.

³⁸² Los derechos civiles y políticos también pueden tener mandatos progresivos. Véase BREGAGLIO LAZARTE, Renata Anahí. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de los tratados*. Tesis para obtener el grado de magíster en Derechos Humanos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2010, p. 49

³⁸³ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility*. CRPD/C/GC/2, pár. 26

3.4.2.2.2 La carga indebida

Finalmente, es necesario determinar la relación que existe entre ajuste razonable y carga indebida.

La doctrina identifica que puede haber tres tipos de relaciones entre ambos términos:³⁸⁴

(a) el ajuste será razonable si no impone dificultades o costos excesivos a quien detenta el deber de ajustar. Es usual que la lectura sea acompañada por un test más riguroso, la carga desproporcionada. Asimismo, un ajuste podrá ser considerado como no razonable sin que ni siquiera se haya aplicado el patrón de la carga. O, muy rara vez e incluso difícil de concebir, podrá ser razonable e implicar una carga indebida;

(b) el ajuste será razonable si es efectivo, o sea, si deja al individuo que lo solicitó en condiciones de realizar las actividades que dieron origen al pedido. Como defensa, el sujeto pasivo de ajuste puede alegar carga indebida o desproporcionada;

(c) el ajuste será razonable si es efectivo para el titular del derecho y no impone inconvenientes o costos excesivos al sujeto pasivo

El presente artículo se enmarca en la segunda concepción de la relación de artículos. Si bien es posible sustentar las otras posturas,³⁸⁵ no obstante, a partir de la redacción de la sección anterior, se deduce que la concepción del ajuste razonable debe leerse de manera separada del concepto de carga indebida. Es posible que existan casos en que el ajuste sea razonable para dos casos similares, no obstante, podría constituir carga indebida en uno de ellos y no en el otro por diferentes motivos.³⁸⁶

Es así que el concepto de carga indebida constituye una defensa del centro educativo para no realizar un ajuste razonable que resulte demasiado complejo u oneroso. Así, de haber alguna controversia judicial, la familia del estudiante deberá probar que el ajuste que propone es razonable, es decir, es efectivo. Por otro lado, el colegio tendrá la carga de probar que dicho ajuste configuraría una carga indebida.

³⁸⁴ WADDINGTON, L. "When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding a when disability accommodation is 'reasonable' from a comparative perspective". *Comparative Labor Law & Policy Journal*, v. 29, n. 3. 2008, p. 339 en DE CAMPOS VEHLO MARTEL, Leticia. "Ajuste razonable: Un nuevo concepto desde la óptica de una gramática constitucional inclusiva" en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*. Vol. 8, número 14, junio de 2011, p. 103-104

³⁸⁵ WEBER, Mark C., "Unreasonable Accommodation and Due Hardship" (August 3, 2010). *Florida Law Review*, Vol. 62, 2010.

³⁸⁶ Estos podrían ser por ejemplo: el tamaño del colegio, el número de alumnos, el presupuesto que maneja, las posibilidades de encontrar financiamiento, entre otros.

Es en estos momentos que resulta útil pasar a realizar un análisis económico de las implicancias de los ajustes razonables como un factor relevante para poder determinar si existe o no una carga indebida. Si bien el análisis a realizarse variará caso a caso,³⁸⁷ es posible reconocer los elementos que deberán ser tomados en cuenta: inicialmente el costo del ajuste y los beneficios que produce. Por tanto, no habrá carga cuando los costos no sean claramente desproporcionados a los beneficios que produce.³⁸⁸

Al momento de determinar la carga indebida es necesario evaluar cuánto cuesta realmente un ajuste razonable. Siguiendo a Stein, es posible identificar dos clases de costos: los fijos y los indeterminables³⁸⁹. Los costos fijos serán aquellos que involucren cambios directamente cuantificables a través del precio, por ejemplo, la compra de materiales educativos accesibles. En cambio, los costos indeterminados tendrán que ver con modificaciones en las prácticas o los procedimientos de trabajo, por ejemplo, la alteración de la currícula o de las metodologías de enseñanza. Como es posible apreciar, es complicado determinar cuáles son exactamente los costos que pueden llevar a involucrar estas adaptaciones. No obstante, si se desea alegar la existencia de una carga indebida, se tendrá que probar ello.

En los casos de ajustes razonables casi siempre habrá un costo. Como señala De Campos Velho Martel: “[c]arga habrá. Es el costo de proteger los derechos fundamentales y de diseñar una sociedad inclusiva.”³⁹⁰ Por tanto, los colegios no pueden aducir que cualquier carga económica sea motivo para denegar el ajuste razonable. Es complicado determinar qué es una carga indebida para todos los caso. En ese sentido la argumentación será casuística al tratarse este la carga indebida de un “concepto jurídico indeterminado”. Es posible hacer una analogía con el principio de no confiscatoriedad dado que también “su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino analizado y observado en cada caso”.³⁹¹ Aún así,

³⁸⁷ *U.S. Airways, Inc. v. Barnett*, No. C-94-3874, (N.D. Cal. July 29, 1996)

³⁸⁸ *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 44 F.3d 538 (7th Cir. 1995), p. 139

³⁸⁹ Stein utiliza los términos “soft” y “hard”. STEIN, Michael Ashley. “The Law and Economics of Disability Accommodations” en *Duke Law Journal*. Vol. 53, No. 1, octubre de 2003, p. 88

³⁹⁰ Canada Supreme Court. *Central Okanagan School District No. 23 v. Commission Scolaire Régionale de Chambly v. Bergevin* citado por DE CAMPOS VEHLO MARTEL, Leticia. “Ajuste razonable: Un nuevo concepto desde la óptica de una gramática constitucional inclusiva” en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*. Vol. 8, número 14, junio de 2011, p. 100

³⁹¹ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 21 de setiembre de 2004 recaída sobre los expedientes N° 0004-2004-AI/TC y acumulados. *Caso Colegio de Abogados del Cusco y otros*, p. 19.

en todos los casos se deberá tener en cuenta que se está hablando de derechos, por tanto, la única razón para limitar un derecho puede ser otro derecho. Al respecto, se puede citar a Rafael de Asís, quien señala que:

Limitar un derecho por su coste excesivo no es un argumento que pueda tener cabida en el discurso de los derechos, salvo que se demuestre que dicho coste daña de manera insoportable otros derechos. Lo relevante aquí no es el coste en sí sino la afectación al derecho. La economía es un instrumento que, como tal, debe estar al servicio de los derechos y no estos al servicio de la economía. El modelo económico pretende basarse y justificarse también en los valores de la libertad, la dignidad, la igualdad, etc., y, obviamente, son estos los que justifican también al Estado.³⁹²

En este sentido, es posible que algunos señalen a la libertad de empresa como ese otro derecho que permite hacer un contrapeso con respecto al ajuste razonable. No obstante, la libertad de empresa no puede servir como eximente a los ajustes razonables que plantea la norma pues, como establece la CDPD, la negativa a ellos constituye discriminación³⁹³. En el caso peruano, es posible nombrar como ejemplo el caso de Gisela Tejada, en el que el Tribunal Constitucional estableció la necesidad de un tratamiento diferenciado para una estudiante con discapacidad visual.³⁹⁴ En tal sentido, señaló que ella debía rendir evaluaciones orales en lugar de las de carácter escrito. Si bien la sentencia no señala el concepto de ajuste razonable, lo aplica.

De tal forma, las complicaciones no deben ser consideraciones que deban impedir el disfrute de un derecho. Más bien, son estas las que nos deben retar a conseguir soluciones reales a problemas de la realidad. En la experiencia comparada, podemos citar el caso a favor de los sordos contra la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul en el cual un tribunal brasileño exige a una universidad privada el contar con intérpretes de lenguaje de señas para sus alumnos. Así, señala:

*“O dever jurídico de a universidade prover seus estudantes portadores de deficiência do auxílio de intérprete de LIBRAS³⁹⁵ decorre, portanto, da **eficácia de diversas normas de direitos fundamentais (direito de não-ser discriminado por motivo de deficiência na permanência na escola; direito à educação; direito de liberdade de aprender e de divulgar o pensamento, a arte e o saber)**, que se dá de modo direto e imediato (art. 5º, p. 1º).*

³⁹² DE ASIS, Rafael. “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable” en SALMÓN, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (eds.). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. IDEHPUCP: Lima. [en prensa]

³⁹³ CDPD, art. 2

³⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 2013 recaída sobre el expediente N° 02362-2012-PA/TC Caso *Gisela Elva Tejada Aguirre*.

³⁹⁵ Nota del autor: LIBRAS son las siglas por la que se conoce a la Lengua de Señas Brasileña

*Contra esta conclusão não se argumente com a ausência de desenvolvimento legislativo do direito à educação concretizado como proibição de discriminação por motivo de deficiência ou da inexistência de dispositivo normativo expresso quanto ao dever de fornecer intérprete de LIBRAS. Isto porque, como está explícito nas Convenções Internacionais incorporadas no direito brasileiro, a recusa de adaptação razoável configura violação da norma do direito de igualdade proibitiva da discriminação por motivo de deficiência”.*³⁹⁶

Así, vemos que sí es posible pensar en la exigencia de este derecho de manera plena. Solo queda establecer el cómo. Dicho cómo deberá señalar: cómo se asume el costo y cómo se realizan dichas modificaciones de carácter técnico. Cabe señalar que no siempre los costos estarán asociados a lo monetario. Estas respuestas serán opciones de política pública.

3.4.2.3 Superada la carga indebida, ¿quién asume los ajustes razonables?

Probablemente lo más adecuado sería establecer una política pública en la cual el Estado garantice de manera adecuada la presencia de los apoyos educacionales necesarios. Para esto hay dos opciones: o el Estado los provee siempre o el Estado exige que el privado los tenga. Por el momento, no hay respuesta de política pública. Normativamente, el artículo 37 de la Ley General de la Persona con Discapacidad señala:

Las instituciones educativas de las diferentes etapas, modalidades y niveles del sistema educativo nacional están obligadas a realizar las adaptaciones metodológicas y curriculares, así como los ajustes razonables necesarios para garantizar el acceso y permanencia de estudiantes con discapacidad.

Visto de esta forma, son las instituciones (públicas o privadas) las que deben proveer de las adaptaciones. La pregunta es si acaso las instituciones privadas podrían cobrar extra por dicho ajuste.

Responder a la pregunta anterior no es sencillo. Se debe tomar en cuenta la realidad de los colegios en el Perú (que no suelen ser grandes corporaciones sino que pueden ser bastante sencillos). No obstante, también se debe tener en cuenta las necesidades del niño con discapacidad y de su

³⁹⁶ Sentencia proferida del Juez Federal Roger Raupp Rios, 4^a Vocal Federal de Porto Alegre, en el Juzgamiento de la Acción Civil Pública n.º 2005.71.00.017955-5/RS

familia. ¿Qué interés debe prevalecer en este momento? ¿Debería prevalecer el interés del menor o el argumento económico del colegio?

3.4.2.3.1 Lo que debe haber

Adaptando lo señalado por la Defensoría del Pueblo³⁹⁷, es posible señalar que en las instituciones educativas particulares deben contar con docentes preparados para la inclusión, con un equipo integral preparado para la inclusión (que haría las veces del SAANEE) y con materiales adaptados. La provisión de estos apoyos (humanos y materiales) se puede insertar en el carácter de disponibilidad de la educación. Al respecto cabe señalar que estas provisiones deben ser realmente adecuadas y cumplir estándares de calidad (aceptabilidad).³⁹⁸ Así, por ejemplo, cuando se señale la necesidad de contar con docentes preparados para la inclusión, se hace necesario más que una simple capacitación. Es necesario que los docentes cuenten con una preparación efectiva. Es indispensable un equipo interdisciplinario que pueda lograr la adaptación de la metodología y las currículas y también se requiere de materiales adaptados a cada necesidad educativa.

Lamentablemente, la normativa peruana para la creación y el funcionamiento de instituciones educativas en el Perú no establece requisitos previos referentes a la disponibilidad que necesitan los estudiantes con discapacidad. También es necesario el contar con el equipo profesional necesario para la inclusión. Esto quiere decir que las instituciones privadas deben tener entre sus filas a profesores que puedan manejar adecuadamente la diversidad en sus aulas, psicólogos, psicopedagogos y terapeutas del lenguaje.³⁹⁹

3.4.2.3.2 Propuesta

La idea de que un establecimiento es privado no significa para nada que no se le puedan imponer ciertas cargas especiales para que funcione. Como se señaló en el primer capítulo, los privados

³⁹⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe defensorial N° 155. Los niños y niñas con discapacidad. Alcances y limitaciones de en la implementación de la política de educación inclusiva en instituciones educativas de nivel primaria.*

³⁹⁸ Es interesante notar cómo los diferentes caracteres de la educación se entrecruzan constantemente.

³⁹⁹ Al respecto, ver Ley 26549 – Ley de Centros Educativos Privados; Ley 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor; Decreto Supremo 009-2006-ED - Aprueban Reglamento de las Instituciones Privadas de Educación Básica y Educación Técnico – Productiva; Resolución Ministerial 0622-2013-ED – Normas y orientaciones para el desarrollo del Año Escolar 2014 en la Educación Básica. Anexo 3: Orientaciones para la matrícula escolar por nivel y modalidad.

también están obligados a cumplir con los derechos humanos. Por tanto, las instituciones educativas deben proveer de manera adecuada el derecho a la educación. Como también se señaló en el primer capítulo, esta tarea es más minuciosa por ser el caso de un servicio público. Finalmente, cabe resaltar que también el Comité sobre los derechos del Niño también ha señalado que las empresas deben procurar proteger el interés superior del niño.⁴⁰⁰ En tanto la educación inclusiva le permite insertarse e incluirse de manera adecuada en la sociedad, se debe lograr que las empresas respeten el carácter de accesibilidad de la educación.

Al respecto, cabe resaltar que cuando planteamos este problema, tenemos dos modos de ver la educación: como servicio público y como bien de mercado⁴⁰¹. La Constitución defiende la primera de estas visiones en el párrafo 4 del artículo 14 de la Constitución que señala: “La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa”⁴⁰². Por otra parte, la segunda visión se estableció en el artículo 7 del Decreto Legislativo 882 – Ley de Promoción de la Inversión en la Educación que señala “Son de aplicación en las Instituciones Educativas Particulares las garantías de libre iniciativa privada, propiedad, libertad contractual, igualdad de trato y las demás que reconoce la Constitución, así como las disposiciones de los Decretos Legislativos N°s. 662 y 757, incluyendo todos los derechos y garantías establecidos en dichos Decretos. También son de aplicación a las Instituciones Educativas Particulares las disposiciones de los Decretos Legislativos N°s 701 y 716 y sus normas modificatorias, así como las demás disposiciones legales que garanticen la libre competencia y la protección de los usuarios”.

Estas dos visiones pueden estar contrapuestas y entrar en conflicto puesto que evidentemente el empresario educativo no necesariamente querrá invertir más para costear los ajustes razonables del niño con discapacidad. En todo caso, el fin de lucro entra en tensión de manera permanente con la posibilidad de mayor inclusión. No obstante, sostenemos que debe prevalecer el interés de este,

⁴⁰⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. General comment No. 16 (2013) on State obligations regarding the impact of the business sector on children’s rights. CRC/C/GC/16, pár. 16.

⁴⁰¹ TOMASEVSKI, Katarina. “LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos. 2003, pár. 20

⁴⁰² Sobre los principios constitucionales que guían la educación básica, ver CONSTANTINO, Renato. “Enseñando democracia: normativa, realidad y propuestas en torno a la educación para la ciudadanía en el Perú” en *Revista Derecho PUC* N° 68, 2012

porque se debe dar “prioridad al derecho público sobre el derecho privado, y a la protección de los intereses públicos más que a la de los intereses privados”⁴⁰³. Este interés es público porque la propia Constitución lo reconoce así en su artículo 9⁴⁰⁴ que debe ser interpretado de manera dinámica.

En nuestro país, podemos encontrar como ejemplo de ello, con respecto a otro derecho (el de seguridad social) la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI. En ella, se establece que los privados sí están obligados a tomar medidas para no discriminar a las personas con discapacidad en el acceso a los seguros privados de salud. Ello es positivo pero no debe soslayar el hecho de que los señores Vocales Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle y Hernando Montoya Alberti señalan en el párrafo 31 de su voto disidente que “las Compañías de Seguro, como Rímac no se encuentran obligadas legalmente a otorgar una póliza general de salud a una persona con discapacidad, como la señorita Céliz. Un razonamiento contrario desconocería la ausencia de una regulación expresa y vulneraría la libertad personal, libertad de empresa y libre iniciativa privada constitucionalmente protegidas”. Esto no debería ser más que una anécdota si no fuese que la resolución que mencionamos fue aprobada por voto disidente del presidente por lo que se puede apreciar que INDECOPI no parece ser una entidad que aún tenga clara la vigencia de los derechos humanos en las relaciones de consumo que se dan entre privados. Trasladando dicho razonamiento al ámbito educativo, podríamos pensar que en nuestro Estado es complicado exigir los ajustes razonables en una relación con un establecimiento privado. A pesar de ello, se debe buscar la prevalencia de los derechos

Por tanto, se puede obligar a que el colegio cubra estos costos y los incluya como parte de su pensión sin ninguna excepcionalidad para el niño con discapacidad. Para evitar que se incumpla esto, se podría pensar en un ente regulador que evite costos excesivos. Si este ya existe en otros servicios públicos que fueron abiertos a la competencia privada, podría plantearse una institución similar para servicios educativos.

⁴⁰³ Tomasevski, Katarina. “LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos. 2003, pár. 20

⁴⁰⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 9. Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Como se ha mencionado, la accesibilidad económica tiene que asegurarse también en las instituciones privadas. Por tanto, a pesar de sus intereses económicos, deberán lograr que la educación sea plenamente accesible sin discriminación. Al respecto, cabe señalar que el Relator sobre el derecho a la educación ha señalado que “el acceso a los centros de enseñanza privados, basado en la capacidad para pagar las tasas de matrícula, que en muchos casos pueden ser exorbitantes, va en contra de los motivos de discriminación prohibidos, fundamentados especialmente en conceptos como “origen social”, “situación económica”, “nacimiento” o “posición económica” según aparecen contemplados en los convenios y convenciones internacionales de derechos humanos.”⁴⁰⁵

Por tanto, es posible considerar que el plantear costos adicionales a los padres de niños con discapacidad terminaría siendo discriminatorio con respecto al acceso. Ello llama por una intervención estatal, que puede asumir los rasgos de regulación o de sanción.

3.4.2.3.3 Planteamientos de solución

De manera resumida, es posible afirmar que el tratar a la educación como un bien de mercado termina permitiendo la generación de barreras económicas. Si asumimos que la educación (y su calidad) debe ser atribuida a las personas de acuerdo a su nivel económico, estamos apostando por perpetuar diversas inequidades. Siguiendo la filosofía de la educación inclusiva, todos nos beneficiamos de la diversidad. Por ello, es necesario que la escuela (y el colegio privado también) fomenten la diversidad. Por tanto, se deberá apostar por un colegio que fomente un ambiente heterogéneo por razón de raza, religión, nivel económico y discapacidad. Este sería un requisito más de los colegios.

Siguiendo tal idea, la educación inclusiva pasa a ser un requisito. Pero es un requisito que beneficia a todos. Los colegios que aplican una inclusión adecuada proveen de servicios al niño con discapacidad pero también hacen charlas sobre el respeto a la diversidad para los otros alumnos y padres. Todo esto también se configura como un requisito de la inclusión pensada como un proceso para el beneficio de todos.

⁴⁰⁵ SINGH, Kishore. *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación*. A/69/402, 2014, pág. 45.

Por tanto, si establecemos que es necesario que el colegio cumpla con cierto número de requisitos pero que esto no puede llevar a generar barreras económicas en el acceso del niño a la educación inclusiva, resulta claro que la educación inclusiva en el ámbito privado no puede significar un mayor costo para las familias del niño con discapacidad. Cabe resaltar que la imposición de obligaciones a los privados en la educación no resulta ilegítima. En el caso de la India, por ejemplo, se ha planteado que los colegios privados deben separar un 25% de sus cupos para estudiantes en situación de pobreza.⁴⁰⁶

Al respecto, se vuelve fundamental el mandato de progresividad. Las obligaciones en materia de discapacidad suelen ser progresivas. Ante ello, se requiere que el Estado asuma una mayor participación en la regulación de los centros educativos particulares para que la progresividad no sea utilizada como una excusa para exoneración de obligaciones en derechos humanos. Para hacer viable el mandato de progresividad en el caso de los privados, el Estado tiene que regular periódicamente cómo se va a atender a los niños con discapacidad. Para que este deber tenga en cuenta las particularidades de cada centro educativo, se podría pensar en graduar los deberes de acuerdo a los ingresos de cada centro educativo pero sin transgredir un mínimo necesario para la inclusión.

3.4.2.3.4 Propuesta de prevención

Finalmente, cabe señalar que el Estado también tiene un deber de prevención. En este sentido, es necesario que se determinen más requisitos para que un colegio pueda abrir al público. Hoy en día las exigencias para abrir un colegio son mínimas y debería intentar ampliar. En esta línea planteamos las siguientes modificaciones.

- A continuación se plantean las modificaciones a la Ley 26549 – Ley de Centros Educativos Privados

⁴⁰⁶ SINGH, Kishore. *Report of the Special Rapporteur on the right to education, Kishore Singh. Justiciability of the right to education. A/HRC/23/35*, p. 65.

Norma vigente	Propuesta Normativa
<p>Artículo 3.-</p> <p>Corresponde a la persona natural o jurídica, propietaria de un centro educativo, establecer la línea axiológica que regirá su centro, dentro del respeto a los principios y valores establecidos en la Constitución; la duración, contenido, metodología y sistema pedagógico del plan curricular de cada año o período de estudios; los sistemas de evaluación y control de los estudiantes; la dirección, organización, administración y funciones del centro; los regímenes económico, disciplinario, de pensiones y de becas; las relaciones con los padres de familia; sin más limitaciones que las que pudieran establecer las leyes, todo lo cual constará en el Reglamento Interno del centro educativo.</p> <p>Las responsabilidades de ley por la actividad de los centros y programas educativos las asume la persona natural o jurídica propietaria o titular de los mismos.</p>	<p>Artículo 3.-</p> <p>Corresponde a la persona natural o jurídica, propietaria de un centro educativo, establecer la línea axiológica que regirá su centro, dentro del respeto a los principios y valores establecidos en la Constitución; la duración, contenido, metodología y sistema pedagógico del plan curricular de cada año o período de estudios; los sistemas de evaluación y control de los estudiantes; la dirección, organización, administración y funciones del centro; los regímenes económico, disciplinario, de pensiones y de becas; las relaciones con los padres de familia; sin más limitaciones que las que pudieran establecer las leyes, todo lo cual constará en el Reglamento Interno del centro educativo. Asimismo, deberá incluir una política de ajustes razonables para estudiantes con necesidades educativas especiales relacionadas con la discapacidad.</p> <p>Las responsabilidades de ley por la actividad de los centros y programas educativos las asume la persona natural o jurídica propietaria o titular de los mismos.</p>
<p>Artículo 4.-</p> <p>El Ministerio de Educación a través de sus órganos competentes registra el funcionamiento de los Centros Educativos. Para estos efectos los interesados presentan una solicitud, con carácter de declaración jurada, precisando lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Nombre o razón social, e identificación del propietario; b) Información sobre los niveles y modalidades de los servicios educativos que cubrirá el centro educativo; c) Resumen de los principios y metodología pedagógica; d) Número probable de alumnos y de secciones que funcionarán; e) Nombre del Director y de los miembros del Consejo Directivo, de ser el caso; 	<p>Artículo 4.-</p> <p>El Ministerio de Educación a través de sus órganos competentes registra el funcionamiento de los Centros Educativos. Para estos efectos los interesados presentan una solicitud, con carácter de declaración jurada, precisando lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Nombre o razón social, e identificación del propietario; b) Información sobre los niveles y modalidades de los servicios educativos que cubrirá el centro educativo; c) Resumen de los principios y metodología pedagógica; d) Número probable de alumnos y de secciones que funcionarán; e) Nombre del Director y de los miembros del Consejo Directivo, de ser el caso;

f) Proyectos de organización y de Reglamento Interno; y,

g) Inventario de los equipos y bienes con que contará el centro educativo al iniciar sus actividades.

Además acompañarán el informe de un arquitecto o ingeniero civil colegiado, que acredite la idoneidad de las instalaciones en que funcionará el centro educativo en relación con el número previsto de alumnos.

Presentada la documentación señalada en este artículo, la autoridad competente del Ministerio, en un plazo no mayor de 60 días calendario y bajo responsabilidad, emitirá la Resolución que aprueba o deniega el registro.

Transcurrido el plazo sin resolución de la autoridad competente el solicitante tendrá por registrado su Centro Educativo.

f) Proyectos de organización y de Reglamento Interno; y,

g) Inventario de los equipos y bienes con que contará el centro educativo al iniciar sus actividades.

Además acompañarán el informe de un arquitecto o ingeniero civil colegiado, que acredite la idoneidad de las instalaciones en que funcionará el centro educativo en relación con el número previsto de alumnos. **Tal informe también deberá señalar que el centro educativo cuenta con las mínimas medidas de accesibilidad para niños, niñas y adolescentes.**

Presentada la documentación señalada en este artículo, la autoridad competente del Ministerio, en un plazo no mayor de 60 días calendario y bajo responsabilidad, emitirá la Resolución que aprueba o deniega el registro.

Transcurrido el plazo sin resolución de la autoridad competente el solicitante tendrá por registrado su Centro Educativo.

Artículo 14.-

Los Centros educativos están obligados a brindar en forma veraz, suficiente, apropiada y muy fácilmente accesible a los interesados, antes de cada matrícula, la siguiente información:

a) Documentación del registro que autoriza su funcionamiento;

b) El monto, número y oportunidad de pago de las pensiones, así como los posibles aumentos. Las pensiones serán una por cada mes de estudios del respectivo año lectivo, pudiendo establecerse por concepto de matrícula un monto que no podrá exceder al importe de una pensión mensual de estudios.”

c) El monto y oportunidad de pago de cuotas de ingreso;

d) Requisitos para el ingreso de nuevos alumnos;

e) El plan curricular de cada año de estudios, duración, contenido, metodología y sistema pedagógico;

g) Los sistemas de evaluación y control de los estudiantes;

Artículo 14.-

Los Centros educativos están obligados a brindar en forma veraz, suficiente, apropiada y muy fácilmente accesible a los interesados, antes de cada matrícula, la siguiente información:

a) Documentación del registro que autoriza su funcionamiento;

b) El monto, número y oportunidad de pago de las pensiones, así como los posibles aumentos. Las pensiones serán una por cada mes de estudios del respectivo año lectivo, pudiendo establecerse por concepto de matrícula un monto que no podrá exceder al importe de una pensión mensual de estudios.”

c) El monto y oportunidad de pago de cuotas de ingreso;

d) Requisitos para el ingreso de nuevos alumnos, **los cuales no podrán ser de carácter discriminatorio;**

e) El plan curricular de cada año de estudios, duración, contenido, metodología y sistema pedagógico;

g) Los sistemas de evaluación y control de los estudiantes;

<p>h) El número de alumnos por aula; i) El horario de clases; j) Los servicios de apoyo al estudiante que pudiesen existir; k) El Reglamento Interno; y, l) Cualquier otra información que resultare pertinente y que pudiera interesar a los alumnos. Asimismo, en caso de discrepancia entre las características del servicio ofrecido y el efectivamente prestado, se aplicarán las sanciones previstas en el artículo 18 de la presente Ley.</p>	<p>h) El número de alumnos por aula; i) El horario de clases; j) Los servicios de apoyo al estudiante que pudiesen existir existentes; k) El Reglamento Interno; y, l) Cualquier otra información que resultare pertinente y que pudiera interesar a los alumnos. Asimismo, en caso de discrepancia entre las características del servicio ofrecido y el efectivamente prestado, se aplicarán las sanciones previstas en el artículo 18 de la presente Ley.</p>
--	--

La presente ley es la que habilita la creación de centros educativos privados. Por tanto, es de importancia capital el lograr que la obtención de permisos de creación pueda estar vinculada a la existencia de infraestructura y mobiliarios accesibles así como de servicios de apoyo a necesidades educativas especiales

Decreto Supremo 009-2006-ED - Aprueban Reglamento de las Instituciones Privadas de Educación Básica y Educación Técnico - Productiva

Norma vigente	Propuesta normativa
<p>Artículo 3.- Autorización Las Direcciones Regionales de Educación, autorizan el funcionamiento de las Instituciones Educativas, en coordinación y previa opinión de la Unidad de Gestión Educativa Local, en cuya jurisdicción está ubicada la Institución Educativa. En las Instituciones Educativas el proceso educativo se desarrolla con sujeción a los preceptos constitucionales, la Ley N° 28044, Ley General de Educación y sus respectivos Reglamentos, así como a los fines y objetivos de la correspondiente Institución Educativa.</p>	<p>Artículo 3.- Autorización Las Direcciones Regionales de Educación, autorizan el funcionamiento de las Instituciones Educativas, en coordinación y previa opinión de la Unidad de Gestión Educativa Local, en cuya jurisdicción está ubicada la Institución Educativa. En las Instituciones Educativas el proceso educativo se desarrolla con sujeción a los preceptos constitucionales, la Ley N° 28044, Ley General de Educación y sus respectivos Reglamentos, así como a los fines y objetivos de la correspondiente Institución Educativa.</p>
<p>Artículo 6.- La solicitud de autorización para el funcionamiento de la Institución Educativa se formulará con carácter de declaración</p>	<p>Artículo 6.- La solicitud de autorización para el funcionamiento de la Institución Educativa se formulará con carácter de declaración jurada</p>

jurada precisando lo siguiente:

- a) Nombre o Razón Social e identificación del propietario o promotor, incluyendo el número de su Registro Único del Contribuyente (RUC).
- b) Nombre propuesto para la Institución Educativa.
- c) Nombre del Director.
- d) Integrantes del Comité Directivo de ser el caso y número de personal docente y administrativo.
- e) Información sobre los niveles y modalidades que atenderá la Institución Educativa.
- f) Fecha prevista para el inicio de las actividades académicas, periodicidad y término del año escolar en el marco de la calendarización flexible y el cumplimiento del mínimo de horas de trabajo pedagógico. El inicio de la forma escolarizada debe coincidir con el inicio del próximo año lectivo establecido a nivel nacional y/o regional según corresponda.
- g) Número probable de alumnos y secciones que funcionarán al inicio del servicio educativo.
- h) Proyecto Educativo Institucional (PEI), Proyecto Curricular de Centro (PCC) conforme a las normas específicas, sobre la base del Diseño Curricular Nacional y su diversificación correspondiente y el Reglamento Interno (RI).
- i) Inventario de mobiliario escolar, material educativo pertinente, equipos y bienes con que contará la Institución Educativa al iniciar sus actividades.
- j) Plano de ubicación de la Institución Educativa por crearse.
- k) Plano de distribución del local que ocupará la Institución Educativa, acompañado del respectivo informe sobre la idoneidad de las instalaciones en relación al número previsto de alumnos, suscrito por un Arquitecto o Ingeniero Civil colegiado, así como el informe de Defensa Civil.
- l) Copia del título de propiedad del terreno o local o copia del contrato de alquiler del local

precisando lo siguiente:

- a) Nombre o Razón Social e identificación del propietario o promotor, incluyendo el número de su Registro Único del Contribuyente (RUC).
- b) Nombre propuesto para la Institución Educativa.
- c) Nombre del Director.
- d) Integrantes del Comité Directivo de ser el caso y número de personal docente y administrativo. **Se deberá consignar el número de personal psicopedagógico y de apoyo a las necesidades educativas especiales.**
- e) Información sobre los niveles y modalidades que atenderá la Institución Educativa.
- f) Fecha prevista para el inicio de las actividades académicas, periodicidad y término del año escolar en el marco de la calendarización flexible y el cumplimiento del mínimo de horas de trabajo pedagógico. El inicio de la forma escolarizada debe coincidir con el inicio del próximo año lectivo establecido a nivel nacional y/o regional según corresponda.
- g) Número probable de alumnos y secciones que funcionarán al inicio del servicio educativo.
- h) Proyecto Educativo Institucional (PEI), Proyecto Curricular de Centro (PCC) conforme a las normas específicas, sobre la base del Diseño Curricular Nacional y su diversificación correspondiente y el Reglamento Interno (RI).
- i) Inventario de mobiliario escolar, material educativo pertinente, equipos y bienes con que contará la Institución Educativa al iniciar sus actividades. **Se deberá probar la existencia de infraestructura y mobiliario accesible para niños, niñas y adolescentes con discapacidad**
- j) Plano de ubicación de la Institución Educativa por crearse.
- k) Plano de distribución del local que ocupará la Institución Educativa, acompañado del respectivo informe sobre la idoneidad de las instalaciones en relación al número previsto de alumnos, suscrito por un Arquitecto o Ingeniero Civil colegiado, así como el informe de Defensa Civil. **Tal informe deberá señalar que el local es accesible para niños, niñas y adolescentes con discapacidad.**

<p>que ocupará la Institución Educativa.</p>	<p>l) Copia del título de propiedad del terreno o local o copia del contrato de alquiler del local que ocupará la Institución Educativa.</p>
<p>Artículo 7.- La Unidad de Gestión Educativa Local verifica en el plazo no mayor de quince (15) días, el cumplimiento de los requisitos consignados en la solicitud de autorización de funcionamiento. De existir observaciones, lo devolverá a los interesados para la subsanación correspondiente. En caso de no existir observaciones o de haberse subsanado las efectuadas, lo elevará a la Dirección Regional de Educación para su respectiva autorización.</p>	<p>Artículo 7.- La Unidad de Gestión Educativa Local verifica en el plazo no mayor de quince (15) sesenta (60) días, el cumplimiento de los requisitos consignados en la solicitud de autorización de funcionamiento. De existir observaciones, lo devolverá a los interesados para la subsanación correspondiente. En caso de no existir observaciones o de haberse subsanado las efectuadas, lo elevará a la Dirección Regional de Educación para su respectiva autorización.</p>
<p>Artículo 12.- La ampliación de los servicios educativos procede por el incremento en la atención de grados de estudios, ciclos, niveles y modalidades educativas, dentro de la jurisdicción de la Unidad de Gestión Educativa Local y siempre que el propietario o promotor acredite lo siguiente: a) Plano del local, con los nuevos ambientes que se habilitarán, para la ampliación del servicio, incluyendo las facilidades de acceso para las personas con discapacidad. b) Material educativo y mobiliario escolar. c) Metas de atención, área de influencia e índice de crecimiento de la población escolar en los últimos años. d) Actualización del PEI, Reglamento Interno y el Proyecto Curricular del Centro. e) Fundamentación del Director de la Institución Educativa sobre la necesidad de su ampliación.</p>	<p>Artículo 12.- La ampliación de los servicios educativos procede por el incremento en la atención de grados de estudios, ciclos, niveles y modalidades educativas, dentro de la jurisdicción de la Unidad de Gestión Educativa Local y siempre que el propietario o promotor acredite lo siguiente: a) Plano del local, con los nuevos ambientes que se habilitarán, para la ampliación del servicio, incluyendo las facilidades de acceso para las personas con discapacidad. b) Material educativo y mobiliario escolar. En estos casos se deberá prever la existencia de material y mobiliario accesible c) Metas de atención, área de influencia e índice de crecimiento de la población escolar en los últimos años. d) Actualización del PEI, Reglamento Interno y el Proyecto Curricular del Centro. e) Fundamentación del Director de la Institución Educativa sobre la necesidad de su ampliación.</p>
<p>Artículo 49.- Las Instituciones Educativas, para efectos del control pertinente, informarán a los padres de familia e interesados, en forma veraz, suficiente y apropiada antes de la matrícula lo siguiente: a) Resolución que autoriza su funcionamiento.</p>	<p>Artículo 49.- Las Instituciones Educativas, para efectos del control pertinente, informarán a los padres de familia e interesados, en forma veraz, suficiente y apropiada antes de la matrícula lo siguiente: a) Resolución que autoriza su funcionamiento. b) Reglamento Interno c) Monto, número y oportunidad de pago de las</p>

- | | |
|---|--|
| <p>b) Reglamento Interno</p> <p>c) Monto, número y oportunidad de pago de las pensiones, así como de los posibles aumentos. Las pensiones serán una por cada mes de estudios del respectivo año lectivo, pudiendo establecerse por concepto de matrícula un monto que no podrá exceder al importe de la pensión mensual de estudios.</p> <p>d) Condición profesional del director y del personal jerárquico y docente.</p> <p>e) Requisitos para el ingreso de nuevos alumnos.</p> <p>f) Propuesta pedagógica.</p> <p>g) Sistema de evaluación y control de estudiantes.</p> <p>h) Número de alumnos por aula y horario de clases.</p> <p>i) Servicios de apoyo al estudiante que pudiera existir y</p> <p>j) Otra información relacionada con el servicio educativo que se ofrece que sea de interés para el alumno.</p> | <p>pensiones, así como de los posibles aumentos. Las pensiones serán una por cada mes de estudios del respectivo año lectivo, pudiendo establecerse por concepto de matrícula un monto que no podrá exceder al importe de la pensión mensual de estudios.</p> <p>d) Condición profesional del director y del personal jerárquico y docente, así como del personal psicopedagógico y de apoyo a las necesidades educativas especiales.</p> <p>e) Requisitos para el ingreso de nuevos alumnos.</p> <p>f) Propuesta pedagógica.</p> <p>g) Sistema de evaluación y control de estudiantes.</p> <p>h) Número de alumnos por aula y horario de clases.</p> <p>i) Servicios de apoyo al estudiante que pudiera existir existentes y</p> <p>j) Otra información relacionada con el servicio educativo que se ofrece que sea de interés para el alumno.</p> <p>k) En el caso de los literales f), g), h) e i) será necesario señalar los ajustes razonables considerados para estudiantes con necesidades educativas especiales relacionadas a la discapacidad.</p> |
|---|--|

3.5 Colofón

La educación es un tema fundamental para el desarrollo económico y social de un país. La intromisión de actores privados puede llevar a problemas graves si se permite que la lógica del lucro prevalezca sobre la lógica de los derechos. Como señala Michael Walzer “la moralidad del bazar está bien en el bazar. El mercado es una zona de la ciudad, no la ciudad entera.”⁴⁰⁷ Permitir la penetración de la lógica del mercado en el ejercicio de un derecho es tremendamente peligroso. Esto no significa que no pueda haber contraprestaciones. No obstante, sí resulta perjudicial para una cultura de derechos humanos el que sea el dinero el habilitante para la educación. En el caso de las

⁴⁰⁷ Walzer, Michael. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Traducción de Heriberto Rubio. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 120

personas con discapacidad, el condicionar el disfrute de sus derechos a la posibilidad de contar con dinero simplemente perpetúa un círculo vicioso de pobreza.



CONCLUSIONES

1. A pesar de la mayor participación de los privados en la vida social, es innegable la necesidad de la participación del Estado para asegurar los derechos humanos. En América Latina, la globalización generó la aplicación de políticas de liberalización y desregulación del sistema económico que tuvieron consecuencias en el acceso igualitario a los derechos de las personas pertenecientes a sectores en situación de vulnerabilidad. No obstante, hoy en día, los países latinoamericanos vienen tomando medidas para que el Estado vuelva a participar a través de sus órganos políticos y judiciales. En tal sentido, la neoliberalización de la última década del siglo XX retrocede para favorecer a los derechos humanos.

2. Las personas tienen derechos humanos pero también deberes. Durante mucho tiempo se ha hablado de los derechos de las personas, pero también se puede reconocer en el Derecho Internacional la existencia de instrumentos que recuerdan la existencia de deberes de las personas y las organizaciones privadas con respecto a los derechos humanos del resto. Esto, además de tener consagración normativa, tiene un fundamento ético que permite la convivencia social.

La inclusión de los derechos humanos en las relaciones entre privados trastoca el entendimiento común que existe sobre los contratos como una acción plenamente libre. Esta nueva forma de ver estas relaciones contractuales obliga a anotar que existen posiciones de poder que generan desigualdades en las que debe intervenir el Estado. Este deber de intervención se ve reforzado en los casos de servicios públicos puesto que la prestación sigue siendo responsabilidad del Estado a pesar de que se delegue el poder. La intervención del Estado genera una limitación en las libertades económicas de los privados. No obstante, cuando existan estas tensiones, se deberán preferir los derechos sociales por un deber de solidaridad que existe entre todos los privados que convivimos en la sociedad.

3. El Derecho Internacional ha reconocido que las acciones de los privados también pueden generar responsabilidad internacional de los Estados. Esto se debe a que los privados también tienen obligaciones de derechos humanos. A esto se le conoce como el efecto horizontal de los derechos humanos. Para asegurar que los privados cumplan con los

derechos, es necesario que los Estados desempeñen ciertas obligaciones. De acuerdo con los Lineamientos de Maastricht, a esta obligación se le conoce como proteger. En el sistema interamericano es un deber análogo al deber de garantía. No cumplir con ello, genera responsabilidad internacional del Estado.

Tales obligaciones determinan que el Estado tiene un deber primordial en el aseguramiento de los derechos humanos que dependen de los privados. En ese sentido, es necesario que realice acciones encaminadas a evitar las violaciones o que las investigue y sancione adecuadamente cuando sucedan. Adicionalmente, deberá reparar a las víctimas.

4. La existencia de un contrato no es un impedimento para la acción del Estado. Si bien tradicionalmente los contratos eran espacios en los cuales la intervención estatal estaba vedada, en la actualidad se ha llegado a aceptar que es necesario dar una nueva mirada al Derecho Privado desde la óptica de los derechos humanos y aceptar que hay ocasiones en las cuales es necesario asegurar ciertos valores de orden público dentro de los contratos. Es por ello que el Estado puede modificar cláusulas contractuales que se den en el marco de la prestación de un derecho si es que se considera que esto podría terminar afectando alguno de los aspectos de un derecho humano.

Los contratos privados que establecen una contraprestación por el acceso a un derecho humano requieren, por tanto, una estricta vigilancia por parte del Estado. Si no se provee de ello, es muy posible que los privados con mayor poder (usualmente empresas con poder económico) puedan aprovecharse de las situaciones de desventaja de las personas en situación de vulnerabilidad o, incluso, lleguen a excluirlas.

5. Los derechos económicos, sociales y culturales son equivalentes a los derechos civiles y políticos. Los intentos teóricos por plantear que los últimos tienen prevalencia sobre los anteriores no se pueden justificar. La teoría de las generaciones no se sostiene ni en el Derecho Internacional ni en el Derecho interno de los Estados. Tampoco se sostiene la teoría que señala que los derechos civiles y políticos son gratuitos y los derechos económicos, sociales y culturales cuestan puesto que los costos se dan en el aseguramiento de ambos derechos. Esto significa que ambos derechos generan las mismas obligaciones en los ámbitos público y privado.

6. La educación es un derecho humano básico para el desarrollo de las personas. En este sentido, no es posible justificar la exclusión de un grupo de personas del ejercicio de este derecho. De manera histórica, es posible apreciar que las personas con discapacidad han sido tradicionalmente excluidas de la educación regular. También es posible apreciar que en otras ocasiones se privilegió su segregación, es decir, se buscó educarlos pero no compartiendo aula con las personas sin discapacidad. Adicionalmente, es posible ubicar un modelo de educación integradora que apostaba por integrar al estudiante con discapacidad, siempre que pudiese adaptarse al sistema educativo.

Por el contrario, la educación inclusiva nace como una forma de lograr que sea el sistema educativo el que se adapte a los estudiantes y no que ocurra lo contrario. Tal cambio de mentalidad inicia con la publicación del Informe Warnock que señala la existencia de necesidades educativas especiales que pueden tener distintos niños y a las que la escuela (y el sistema educativo) deben adaptarse. No obstante, en el Derecho Internacional, la inclusión de las personas con discapacidad en la educación regular no siempre ha sido la norma. La mayor parte de instrumentos omitió cualquier mención a su condición. Los otros instrumentos, al mencionar a la discapacidad, lo hicieron, casi siempre, para relegarla del ámbito educativo regular.

7. La educación inclusiva es una obligación de los Estados y no se puede permitir la educación segregada. Este fue uno de los temas más debatidos en la redacción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Algunas delegaciones abogaban por la libertad de elección para elegir entre educación especial y educación inclusiva. Otras delegaciones señalaban que la educación especial podía ser necesaria en situaciones excepcionales. La redacción final del artículo sobre educación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no hace referencia a la segregación y es una victoria de la idea de la educación inclusiva.

Si bien es posible afirmar que existe una tensión con la libertad de educación en tanto los padres podrían preferir la educación segregada, esta investigación se reafirma en la necesidad de la educación inclusiva para una sociedad que permita la participación activa de las personas con discapacidad. No obstante, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no ha tenido una interpretación uniforme sobre la educación inclusiva. Si

bien la mayoría de sus Observaciones Finales señalan la necesidad de mejorar la educación inclusiva en diversos países, en una ocasión señaló que en los casos de educación especial, debía velarse por consultar la opinión de los padres. Si bien ello podría llevar a pensar que la educación especial es una opción, desde este trabajo consideramos que tal no es la intención de la Convención ni tampoco es lo más adecuado para asegurar los derechos de los niños con discapacidad.

8. La educación inclusiva es importante para los derechos humanos porque implica la posibilidad de que todos se eduquen de manera igualitaria y puedan aprender a conocer y apreciar la diversidad humana. De esta forma, es un proceso formativo que cumple un papel fundamental para ampliar las capacidades de la persona. Esto se vuelve más relevante en el caso de las personas con discapacidad. En tal sentido, la educación inclusiva no solamente es importante para las personas con discapacidad sino que también cumple un papel relevante para las personas sin discapacidad puesto que les enseña a apreciar la diversidad y fomenta el valor de la solidaridad.

Esta forma de educación es necesaria en la sociedad ya que solo a través de una educación inclusiva se puede generar una sociedad inclusiva.

9. En el Perú, la educación especial existe desde la década del 70. La educación inclusiva nace como apuesta desde el año 2003. Su implementación no ha estado exenta de problemas. En el ámbito privado, uno de los principales problemas es el acceso de los niños a los centros educativos. La obligación de accesibilidad ha sido desarrollada en el ordenamiento interno pero no siempre es cumplida a cabalidad porque el esquema sancionatorio estatal con respecto a las faltas de los centros educativos privados es de muy poca utilidad. Esto genera que los padres de familia tengan pocas herramientas para poder exigir educación inclusiva a los colegios.
10. La educación, como otros derechos sociales, tiene cuatro dimensiones: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. La dimensión de la accesibilidad incluye a la de accesibilidad económica, accesibilidad física y no discriminación. Tales dimensiones también pueden ser analizadas para descubrir el contenido de la educación inclusiva.

La disponibilidad requiere que las personas con discapacidad tengan todos los materiales necesarios para su educación. El contenido de accesibilidad física requiere que todo el entorno del colegio permita el libre desarrollo del estudiante con discapacidad. El contenido de adaptabilidad exige que la metodología y los contenidos puedan ser variados de acuerdo a las necesidades específicas de las personas con discapacidad. El contenido de aceptabilidad apunta a que toda la educación y los métodos pedagógicos sean de buena calidad.

Cabe resaltar que, en tanto derecho humano, la educación puede ser exigida en el ámbito privado con el mismo valor jurídico con que se realiza en el ámbito público. Lo que se necesita asegurar, en todo caso, es la posibilidad de que el Estado pueda garantizar el ejercicio del derecho en todo aspecto.

11. La adaptabilidad se logra a través de ajustes razonables que son modificaciones personalizadas del entorno. Estos ajustes deben permitir que la persona con discapacidad participe en igualdad de condiciones con sus compañeros. Por tanto, los ajustes razonables deben extenderse a todas las actividades escolares relevantes como son las clases, las excursiones, los paseos, los laboratorios, los recreos y las actividades extracurriculares. Excluir arbitrariamente al niño de cualquiera de esas actividades es un acto discriminatorio.

Los ajustes razonables se aplican de manera subsidiaria con respecto a la accesibilidad. En tal sentido, en ocasiones, los ajustes razonables podrán ser medidas de accesibilidad aún no obligatorias de manera general. Sin embargo, puede haber ocasiones en que el sujeto pasivo pueda señalar que no tiene que soportar la realización del ajuste: esto sucederá en los casos en que se configure una carga indebida. Cabe resaltar que el análisis para señalar si existe o no carga indebida debe realizarse en cada caso y teniendo en cuenta las particularidades del ajuste y de quien debe realizarlo. No obstante, es necesario entender que esto no aplica por la mera presencia de la carga. También es necesario entender que los costos, usualmente, deben subordinarse a la vigencia de los derechos humanos. Por ello, solo se podrá excluir de la realización del ajuste quien señale que existe una carga que no puede (o no debería) soportar: una de carácter indebido.

12. El contenido de la accesibilidad económica señala que no se puede excluir de la educación a alguien por su situación económica. Ciertamente, la discapacidad genera costos, pero no puede deducirse que ello genere la exclusión de la posibilidad de estudiar. Esto quiere decir, en el ámbito público, que no se puede excluir a alguien por no poder pagar y en el ámbito privado (donde el servicio educativo requiere una contraprestación económica) se debe asegurar que el costo no se convierta en una barrera para el acceso. También se debe velar porque la familia del niño con discapacidad no sea la única que deba lidiar con los costos de las adaptaciones educativas.

El colegio privado debe asegurar los derechos humanos por su efecto horizontal y, para ello, el Estado deberá tomar medidas de prevención como la inspección de colegios.

13. Adicionalmente, la accesibilidad económica genera una tensión con la educación privada y en especial con la que tiene fines de lucro. Cabe resaltar que la privatización de la educación es un fenómeno que genera inequidades porque vincula la calidad de la educación que se recibe con el dinero que se tiene para pagarlo. En el Perú, la educación privada estaba permitida como parte del contenido de la libertad de enseñanza. No obstante, el lucro recién es legal desde el gobierno de Fujimori. Esto genera una tensión con la provisión de derechos y con la configuración de la educación como derecho en tanto los colegios privados no querrán arriesgar sus posibles ganancias para favorecer la inclusión. En estos casos, es más necesaria la presencia estatal para que el lucro no se convierta en una barrera para el ejercicio de derechos.

14. Es necesario que en el Perú las instituciones privadas cumplan con regulaciones mucho más eficaces que aseguren que puedan responder de manera adecuada a las necesidades educativas especiales de los niños con discapacidad. Se propone que los centros educativos privados deban cumplir con un estándar alto de accesibilidad antes de iniciar sus acciones. También deberían contar con un equipo multidisciplinario que permita la adecuación efectiva de estudiantes con discapacidad.

Tales obligaciones deberían estar establecidas por el Estado de manera previa a la inauguración de un colegio como parte de su labor de prevención. Adicionalmente, debería generar mecanismos adecuados que puedan vigilar y sancionar a los colegios privados que

no cumplan con sus obligaciones. Solamente si se aseguran adecuadamente las necesidades educativas de los niños con discapacidad podremos estar frente a la real vigencia del derecho a la educación inclusiva.



BIBLIOGRAFÍA

Libros y Artículos

ALEXY, Robert.

- 2012 "Data y los derechos humanos. Mente positrónica y concepto dobletriádico de la persona" en ALEXY, Robert y Adolfo GARCÍA FIGUEROA. *Star Trek y los derechos humanos*. Tirant lo Blanch: México DF, 2012.

ALONSO PARREÑO, María José e Inés DE ARÁOZ SÁNCHEZ-DOPICO.

- 2011 *El impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española*. Ediciones Cinca: Madrid.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS.

- 2013 *Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación*. A/HRC/25/29

ARRIETA, Teresa

- 2011 "Educación, tolerancia e identidad" en *Tolerancia: Ética y Política*. Editores: ALEGRÍA, Ciro; PATRÓN, Pepi y TUBINO, Fidel. Centro de Estudios Filosóficos y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 2011.

ATRIA, Fernando.

- 2014 *Sobre la reforma educacional en la actual discusión*. Presentación en la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados de Chile. Disponible en <http://ict.camara.cl/pdf.aspx?prmID=18157&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

BERNARDI, Bruno Boti.

- 2013 "The inter-american human rights system and the justice and peace law in Colombia: domestic politics and the influence of international norms." En *Contexto int.* [online]. 2013, vol.35, n.1.

BIELICH SALAZAR, Claudia.

2009 *La guerra del centavo. Una mirada actual al transporte público en Lima Metropolitana.* Lima, :CIES, IEP. (Doc. de trabajo, 155. Serie Economía, 49)

BREGAGLIO LAZARTE, Renata Anahí.

2010 *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de los tratados.* Tesis para obtener el grado de magíster en Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima.

2015 “Alcances del mandato de no discriminación en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” en SALMÓN, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (eds.). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.* IDEHPUCP: Lima. [en prensa]

BREGAGLIO, Renata y Renato CONSTANTINO.

2014 *La educación inclusiva desde el enfoque de capacidades.* “Preparado para presentar en la V Conferencia de la Asociación Latinoamericana y del Caribe para el Desarrollo Humano y el Enfoque de Capacidades, Lima, Perú, del 14 al 16 de mayo 2014”

CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo.

2010 *La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia.* Editorial Temis: Bogotá. 2010

CANCADO TRINDADE, Antonio.

2006 *International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law.* Recueil des cours: collected courses of The Hague Academy of International Law 2005. Leiden: Martinus Nijhoff.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio.

1999 *Dignidad frente a la barbarie (La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después)*. Trotta: Madrid.

CASANOVA, María Antonia.

2011 *Educación inclusiva: un modelo de futuro*. Wolters Kluwer España: Madrid.

CLÍNICA JURÍDICA EN DISCAPACIDAD DE LA PUCP.

2013 *Respuesta al cuestionario del Consejo de Derechos Humanos sobre educación de personas con discapacidad*. Disponible en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/SubmissionStudyEducation.aspx>

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES.

1986 *Principios de Limburgo en la implementación del Pacto Internacional de DESC*. E/CN.4/7987/17, 2-6 de junio de 1986

1990 *Observación General 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Artículo 11[2] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/1991/23

1994 *Observación General N° 5. Personas con discapacidad*. E/C.12/1994/13

1999 *Observación General 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)* E/C.12/1999/10.

2000 *Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/2000/4.

2009 *Observación General 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* E/C.12/GC/2009.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

2007 *Observación No. 9 (2006). Los derechos del niño con discapacidad*. CRC/C/GC/9.

2013 *General comment No. 16 (2013) on State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights*. CRC/C/GC/16

2014 *Concluding observations on the third and fourth periodic reports of Morocco of 30 May 2012 (CRC/C/MAR/3-4), adopted by the Committee at its sixty-seven session (1-19 September 2014). CRC/C/MAR/CO/3-4*

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

2011 *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre España. CRPD/C/ESP/CO/1.*

2014 *General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility. CRPD/C/GC/2.*

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL.

2003 *Final report of the Special Rapporteur, Miguel Alfonso Martínez, on the Study requested by the Commission in its resolution 2000/63, and submitted pursuant to Economic and Social Council decision 2002/277. E/CN.4/2003/105. 17 de marzo de 2003.*

CONSTANTINO, Renato.

2012 "Enseñando democracia: normativa, realidad y propuestas en torno a la educación para la ciudadanía en el Perú" en *Revista Derecho PUC* N° 68.

CONSTANTINO, Renato y Saulo GALICIA.

2015 *La configuración de los ajustes razonables en materia laboral en el Perú: definiciones, omisiones y propuestas. Cuadernos de Trabajo CICAJ [en prensa].*

COOMANS, Foons y Antenor HALLO DE WOLF

2005 "Privatisation of Education and the Right to Education" en DE FEYTER, Koen y Felipe GÓMEZ ISA (eds.) *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*. Antwerp: Intersentia, 2005.

CORRADO, Michael Louis

2008 "Disability and Nationality: Martha Nussbaum on Justice." *Essays in Philosophy*, Vol. 9, No. 1, 2008; UNC Legal Studies Research Paper No. 1117633

CORREA, Rafael.

2009 *Ecuador: De Banana Republic a la No República*. Debate: Bogotá. 2009.

COURTIS, Christian

2006 "La prohibición de regresividad en material de derechos sociales: apuntes introductorios" en COURTIS, Christian. *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Del Puerto: Buenos Aires.

COUSO, Javier.

2014 "Las democracias radicales y el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'" en SELA 2013. *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*. Librería: Buenos Aires.

DE ASIS, Rafael.

2015 "Lo razonable en el concepto de ajuste razonable" en SALMÓN, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (eds.). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. IDEHPUCP: Lima. [en prensa]

1991 *Deberes y Obligaciones en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.

DE CAMPOS VEHLO MARTEL, Leticia.

2011 "Ajuste razonable: Un nuevo concepto desde la óptica de una gramática constitucional inclusiva" en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*. Vol. 8, número 14, junio de 2011.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (coord.).

2004 *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*. Fondo de Cultura Económica: México DF.

2010 *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y Programa Democracia y Transformación Global: Lima.

DEL ÁGUILA, Luis Miguel.

2015 “La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector” en SALMÓN, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (eds). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. IDEHPUCP: Lima. [en prensa]

DIARIO EL COMERCIO.

2013 (Editorial) *¿Quién acredita al acreditador?* Edición del 31 de mayo de 2013. Disponible en http://elcomercio.pe/politica/opinion/quien-acredita-al-acreditador_1-noticia-1583353

FREIRE, Paulo.

2011 *Educação como prática da liberdade*. Paz e Terra: Sao Paulo.

EIDE, Asbjorn.

2001 “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”. En: IDE, Asbjorn, KRAUSE, Catarina, y ROSAS, Allan *Economic, Social and Cultural Rights*. Martinus Nijhoff Publishers: La Haya.

EWIG, Christina.

2012 *Neoliberalismo de la segunda ola. Género, raza y reforma del sector salud en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos: Lima.

GARCÍA-SAYÁN, Diego.

2005 “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”. En: AA.VV, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

GÓMEZ ISA, Felipe

2005 “Globalisation, Privatisation and Human Rights” en DE FEYTER, Koen y Felipe GÓMEZ ISA (eds.) *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*. Antwerp: Intersentia, 2005.

HABERLE, Peter.

2003 *El Estado Constitucional*. UNAM y PUCP: Lima.

HARNACKE, Caroline.

2012 “Capability and Disability: The CRPD from the Perspective of the Capabilities Approach” en ANDERSON, Joel y Jos PHILIPS (eds.), *Disability and Universal Human Rights: Legal, Ethical and Conceptual Implications of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Utrecht: Netherlands Institute of Human Rights.

HOLMES, Stephen y Cass R. SUNSTEIN.

2012 *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo XXI Editores: Buenos Aires.

KLEIN, Naomi.

2008 *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*. Paidós: Buenos Aires.

KNOX, John H.

2008 “Horizontal Human Rights Law” en *The American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 1 (Jan., 2008),

MATTEI, Ugo.

2013 *Bienes comunes. Un manifiesto*. Trotta: Madrid.

MATTEI, Ugo y Laura NADER.

2013 *Saqueo. Cuando el Estado de Derecho es ilegal*. Palestra Editores: Lima.

MELISH, Tara.

- 2007 "The UN disability convention: historic process, strong prospects, and why the U.S. should ratify" en: *Human rights brief* Vol. 14, No. 2.
- 2008 "The Interamerican Court of Human Rights. Beyond Progressivity" en *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends In Comparative And International Law*, LANGFORD, Malcolm (ed.), Cambridge University Press.

MEIX CERECEDA, Pablo.

- 2014 *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*. Tirant lo Blanch: Valencia.

MENTAL DISABILITY ADVOCACY CENTER (MDAC)

- 2014 Complaint No. 109/2014. Disponible en http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/Complaints/CC109CaseDoc1_en.pdf

MIRANDA, Luis.

- 2014 *Padre denuncia discriminación en colegio Trener*. Cuarto Poder. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=MdGTnuSWB8Q>

MUÑOZ, Vernor.

- 2007 *El derecho a la educación de las personas con discapacidades*. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz. A/HRC/4/29

MUÑOZ, Vernor, CLADE & CEJIL.

- 2009 *Derecho a la Educación de las personas con discapacidad en América Latina y el Caribe*.

NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL

2002 *Resolución 56/83 Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.*
A/RES/56/83, 28 de enero de 2002.

NEIL, Michael,

2011 “Reasonably Confused: Human Rights and Intellectual Disability”. *APSA 2011 Annual Meeting Paper.*

NEVES MUJICA, Javier.

2012 *Introducción al derecho del trabajo.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima.

NUSSBAUM, Martha.

2007 *Las Fronteras de la Justicia.* Paidós: Barcelona.

2012 *Crear capacidades.* Paidós: Barcelona.

OVIEDO, Alejandro

2006 “Los Sordos y la Convención Internacional para la Protección de las Personas Discapacitadas (ONU)”. Disponible en: < http://www.cultura-sorda.eu/resources/Oviedo_Convencion_ONU_Discapacidad.pdf >

PALACIOS, Agustina.

2008 *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad.* Cinca: Madrid.

2011 “Una aproximación a la ley 27/2007 desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en CUENCA, Patricia. *Estudios sobre los derechos de las personas sordas.* Dykinson: Madrid.

PÉREZ BUENO, Luis Cayo.

2012 “La Configuración Jurídica de los Ajustes Razonables” en PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Dir.) 2003 – 2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. Ediciones Cinca: Madrid.

PERÚ. DEFENSORÍA DEL PUEBLO.

2001 *Informe Defensorial 63. Situación de la educación especial en el Perú: hacia una educación de calidad.*

2011 *Informe defensorial N° 155. Los niños y niñas con discapacidad. Alcances y limitaciones de en la implementación de la política de educación inclusiva en instituciones educativas de nivel primaria*

2013 *Respuesta al cuestionario del Consejo de Derechos Humanos sobre educación de personas con discapacidad.* Disponible en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/SubmissionStudyEducation.aspx>

PERÚ. MINISTERIO DE EDUCACIÓN.

2013 *Educación Básica Especial y Educación Inclusiva – Balance y Perspectivas.* 2013.

PISARELLO, Gerardo.

2001 “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en *Isonomía*, N° 15, octubre del 2001.

2007 *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción.* Trotta: Madrid.

RAWLS, John.

2010 *Teoría de la justicia.* México DF: Fondo de Cultura Económica.

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

2010 *Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente.*

RIESER, Richard.

2008 *Implementing Inclusive Education. A Commonwealth Guide to Implementing Article 24 of the UN Convention on the Rights of People with Disabilities.* Commonwealth Secretariat: Londres.

RIGHT TO EDUCATION PROJECT

2014 *Privatisation of Education. Global Trends of Human Rights Impacts.* Disponible en http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/RTE_Privatisation%20of%20Education_Global%20Trends%20of%20Human%20Rights%20Impacts_2014.pdf

RODOTÁ, Stefano

2014 *El derecho a tener derechos.* Trotta: Madrid.

RUBIO CORREA, Marcial, Francisco EGUIGUREN PRAELI y Enrique BERNALES BALLESTEROS.

2011 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución.* Fondo Editorial de la PUCP: Lima.

SADER, Emir.

2005 “Hacia otras democracias” en SANTOS, Boaventura de Sousa (coord.). *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa.* Fondo de Cultura Económica: México DF.

SALMÓN, Elizabeth.

2010 *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano.* Cooperación Alemana al Desarrollo – GTZ: Lima.

SARLET, Ingo Wolfgang.

2011 *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional.* Livraria do Advogado: Porto Alegre.

SASSÓLI, Marco.

2010 "Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law" en *International Humanitarian Legal Studies* 1.

SHELTON, Dinah.

2008 "Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" en *Anuario de Derechos Humanos* N°4.

SIEGEL, Lawrence M.

2008 *The human right to language*. Gallaudet University Press: Washington DC.

SINGH, Kishore.

2014a *Report of the Special Rapporteur on the right to education, Kishore Singh. Justiciability of the right to education. A/HRC/23/35*

2014b *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación. A/69/402.*

STEIN, Michael Ashley.

2003 "The Law and Economics of Disability Accommodations" en *Duke Law Journal*. Vol. 53, No. 1, octubre de 2003.

STEIN, Michael y Anita SILVERS

2007 "Disability and the Social Contract" en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 74.

SUNSTEIN, Cass R.

2007 "Cost-Benefit Analysis Without Analyzing Costs of Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms." *University of Chicago Law Review*, *Forthcoming*; *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 325*; *University of Chicago, Public Law Working Paper No. 149.*

TÁVARA, José I.

2006 "La regulación del poder de mercado y la transición a la democracia" en CRABTREE, John. *Construir instituciones: democracia, desarrollo y desigualdad en el Perú desde 1980*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico e Instituto de Estudios Peruanos: Lima.

TEDESCO, Juan Carlos.

2009 *Educación y Justicia Social en América Latina*. Fondo de Cultura Económica y Universidad Nacional de San Martín: Buenos Aires

TERZI, Lorella.

2003 "A Capability Perspective on Impairment, Disability and Special Needs: Towards Social Justice in Education". Paper prepared for the 3rd Conference on the Capability Approach: From Sustainable Development to Sustainable Freedom - Pavia, Italy, 7-9 September 2003. Disponible en <http://www-3.unipv.it/deontica/sen/papers/Terzi.pdf>

TOMASEVSKI, Katarina.

2001 *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable*. Right to Education Primers: Lund.

2003 *LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos*.

2004 *LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: EL DERECHO A LA EDUCACIÓN. Informe presentado por Katarina Tomasevski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación*. E/CN.4/2004/45

2005 "Globalizing What: Education as a Human Right or as a Traded Service?" En *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 12 (1), 1 – 78

TOVAR, Teresa.

- 2013a TOVAR TOMANEZ, Teresa. "Discapacidad, ¿a quién le importa?". *La Primera*. Columnistas y colaboradores. Lima, 16 de setiembre del 2013. Consulta: 19 de setiembre del 2013. <http://www.laprimerape.com.pe/online/columnistas-y-colaboradores/discapacidad-a-quien-le-importa_149551.html>
- 2013b *La década de la educación inclusiva 2003 – 2012. Para niños con discapacidad*. Lima: Consejo Nacional de Educación.
- 2015 "Debate y modelo de educación inclusiva" en SALMÓN, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (eds). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. IDEHPUCP: Lima. [en prensa]

UPRIMNY, Rodrigo y Mauricio GARCÍA-VILLEGAS.

- 2005 "Corte constitucional y emancipación social en Colombia" en SANTOS, Boaventura de Sousa (coord.) Fondo de Cultura Económica: México DF.

UNESCO

- 1997 *La educación encierra un tesoro. Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la Educación para el Siglo XXI*.
- 2005 *Guidelines for Inclusion*.

VVAA

- 1997 *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptadas entre el 22 y 26 de enero de 1997 por un grupo de expertos.

VIEIRA DE ANDRADE, J.C.

- 1987 *Os Direitos Fundamentais na Constitucao da República Portuguesa de 1976*. Coimbra; Almedina.

VIELMAS, Sebastián.

2013 «“Esta semana es Clave”: El rol de la Federación de Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica de Chile (FEUC) en la convocatoria a movilización y paro nacional del 12 de mayo de 2011.» Pontificia Universidad Católica de Chile.

WALZER, Michael.

2001 *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad.* Traducción de Heriberto Rubio. Fondo de Cultura Económica: México DF.

WADDINGTON, Lisa

2008 “When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding a when disability accommodation is ‘reasonable’ from a comparative perspective”. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, v. 29, n. 3.

WARNOCK COMMITTEE

1990 *Special Educational Needs: the Warnock Report*, London, D.E.S., 1978. [Informe sobre necesidades educativas especiales], *Siglo Cero*, N.º 120, julio-agosto 1990. Warnock, M. (1978) «Special Education Needs. Report of the Committee of Enquiry into the Education of handicapped Children and young People». London, her Majesty’s Stationery Office. «Meeting special education needs» London, her Majesty’s Stationary Office. (1981).

WEBER, Mark C.

2010 “Unreasonable Accommodation and Due Hardship” (August 3, 2010). *Florida Law Review*, Vol. 62.

Jurisprudencia

Jurisprudencia interna

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 3.540-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello. 1 de setiembre de 2005.

BRASIL. Juez Federal Roger Raupp Rios, 4^a Vocal Federal de Porto Alegre, en el Juzgamiento de la Acción Civil Pública n.º 2005.71.00.017955-5/RS

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 1118 de 2002.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 468 de 2003.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 763 de 2005.

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 133/2010, de 2 de diciembre del 2010.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. CORTE SUPREMA. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483. 1954

ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA DE CALIFORNIA. *Serrano v. Priest*, 5 Cal.3d 584. 1971

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. CORTE SUPREMA. *Wisconsin v Yoder*. 406 US 205, 221. 1972

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. CORTE SUPREMA. *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609. 1984.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. CORTE DE APELACIONES DEL SÉTIMO CIRCUITO. *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 44 F.3d 538 (7th Cir. 1995).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. CORTE SUPREMA. *U.S. Airways, Inc. V. Barnett*, No. C-94-3874, (N.D. Cal. July 29, 1996)

PERÚ. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 21 de setiembre de 2004 recaída sobre los expedientes N° 0004-2004-AI/TC y acumulados. *Caso Colegio de Abogados del Cusco y otros*.

PERÚ. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del 5 de octubre de 2004 recaída en el expediente 2016-2004-AA/TC. *Caso José Luis Correa Condori*.

PERÚ. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del 15 de febrero de 2005 recaída en el expediente 00034-2004-PI/TC. *Caso Luis Nicanor Maraví Arias, en representación de cinco mil ciudadanos (demandante) c. Congreso de la República (demandado)*.

PERÚ. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 3 de marzo de 2005 recaída en el expediente 4232-2004-AA/TC. *Caso Larry Jimmy Ormeño Cabrera*.

PERÚ. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del 17 de octubre de 2007 recaída en el expediente N.º 4646-2007-PA/TC. *Caso Feliciano Contreras*.

PERÚ. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 15 de marzo de 2010 recaída en Expediente N.º 00607-2009-PA/TC. *Caso Flavio Roberto Jhon Lojas*.

PERÚ. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 26 de julio de 2013 recaída sobre el expediente N° 02362-2012-PA/TC *Caso Gisela Elva Tejada Aguirre*.

Jurisprudencia internacional

CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Minority Schools in Albania*, PCIJ [1923], ser. A/B, N° 64, 19.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana De Derechos Humanos.

Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

Corte IDH. *Caso Masacre de Mapiripán v. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N° 49.

Corte IDH. *Caso Perozo y otros v. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195

Corte IDH. *Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

TEDH. *Campbell y Cosans v. Reino Unido*. Aplicación no. 7511/76; 7743/76. Sentencia del 25 de febrero de 1982.

TEDH. *X e Y v. Holanda*. Aplicación no 8978/80. Sentencia del 26 de marzo de 1985

TEDH. *Caso Fadeyeva v. Rusia*. Aplicación no. 55723/00. Sentencia del 09 de junio de 2005.

TEDH. *Konrad v. Germany*. Aplicación 35504/03. Decisión de inadmisibilidad de 11 de setiembre de 2006.

Normativa y otros instrumentos jurídicos

Normas jurídicas internas

CHILE. Ley Orgánica Constitucional de Educación. (N° 18.962) Publicada el 10 de marzo de 1990

PERÚ. Constitución Política del Perú de 1979 (derogada)

PERÚ. Código Civil – Decreto Legislativo 296, publicado el 25 de julio de 1984.

PERÚ. Constitución Política de 1993

PERÚ. Ley 26549 – Ley de Centros Educativos Privados, publicada el 1 de diciembre de 1996

PERÚ. Decreto Supremo N° 013-2004-ED, publicado el 3 de agosto de 2004.

PERÚ. R. M. N° 0054-2006-ED, que aprueba la Directiva N° 01-VMGP/DINIEP/UEE “Normas para la matrícula de estudiantes con necesidades educativas especiales en II.EE inclusivas y en Centros y Programas de Educación Básica Especial”, publicado el 31 de enero de 2006;

PERÚ. Decreto Supremo 009-2006-ED - Aprueban Reglamento de las Instituciones Privadas de Educación Básica y Educación Técnico – Productiva, publicado el 26 de abril de 2006

PERÚ. R. D. N° 354-2006-ED, que aprueba Directiva N° 076-2006-VMGP-DINEBE “Normas complementarias para la Conversión de los Centros de Educación Especial en Centros de Educación Básica Especial – CEBE y los Servicios de Apoyo y Asesoramiento a las Necesidades Educativas Especiales – SAANEE”, publicada el 16 de mayo de 2006

PERÚ. R. D. N° 0373-2006-ED, que aprueba la Directiva N° 081-2006-VMGP-DINEBE “Normas complementarias para la Organización y Funcionamiento de los Programas de Intervención Temprana - PRITE”, publicada el 19 de mayo de 2006.

PERÚ. Decreto Supremo N° 006-2006-ED que modifica el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Educación, publicado el 20 de febrero del 2006.

PERÚ. D. S. N° 001-2008-ED que modifica el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Educación, modificando la denominación de Dirección Nacional de Educación Básica Especial en Dirección General de Educación Básica Especial e incorpora sus funciones, publicado el 7 de enero de 2008.

PERÚ. D.S. N° 004-2008-MIMDES, que aprueba Decreto Supremo “Precisan que los estatutos de todas las formas de organización jurídica sin fines de lucro deberán adecuarse a las normas de la Constitución Política del Perú y de la Ley relativas a la igualdad jurídica del varón y la mujer” publicado el 4 de abril del 2008.

PERÚ. R. M. N° 0069-2008-ED que aprueba la Directiva N° 01-2008-VMGP- DIGEBE “Normas para la matrícula de niños, niñas, jóvenes con discapacidad en los diferentes niveles y modalidades del sistema educativo en el marco de la educación inclusiva”, publicada el 5 de febrero de 2008

PERÚ. R. V. M. N° 0025-2008-ED, que aprueba la Directiva N° 069-2008-ME/VMGP-DIGEBE que establece las normas referidas a la planificación, organización, ejecución, monitoreo y evaluación de las actividades de la Campaña Nacional de Sensibilización y Movilización por la Educación Inclusiva, publicada el 26 de junio de 2008.

PERÚ.R. D. N° 0650-2008-ED, que aprueba las normas complementarias para la creación, organización y funcionamiento de los Centros de Recursos de la Educación Básica Especial – CREBE, publicada el 10 de noviembre de 2008.

PERÚ. R. V. M. N°0037 -2008- ED, que constituye la Mesa de diálogo y acción conjunta por la educación inclusiva, publicada el 15 de noviembre de 2008.

PERÚ. Ley 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor, publicada el 2 de setiembre de 2010

PERÚ. Ley de Libertad Religiosa – Ley 29635, publicada el 21 de diciembre de 2010

PERÚ. Resolución Ministerial 0069-2008-ED – Normas para la matrícula de niños, niñas y jóvenes con discapacidad en los diferentes niveles y modalidades del sistema educativo en el marco de la Educación Inclusiva, publicado el 25 de junio de 2011.

PERÚ. Ley General de la Persona con Discapacidad – Ley 29973, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 24 de diciembre del 2012.

PERÚ. Resolución Ministerial 0622-2013-ED – Normas y orientaciones para el desarrollo del Año Escolar 2014 en la Educación Básica. Anexo 3: Orientaciones para la matrícula escolar por nivel y modalidad, publicado el 21 de diciembre de 2013

PERÚ. Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP - Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad, publicado el 8 de abril de 2014.

PERÚ. Ley Universitaria – Ley 30220, publicada el 9 de julio de 2014.

Normas jurídicas internacionales

Instrumentos de ámbito universal

Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 7 de marzo de 1966.

Declaración de los Derechos de los Impedidos, aprobada el 9 de diciembre de 1975.

Convenio 151 Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978. Art. 6

Convención sobre la Eliminación de todas las forma de Discriminación contra la Mujer, 18 de diciembre de 1979.

Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado el 7 de junio de 1989.

Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

Declaración Mundial sobre educación para todos "Satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje", aprobada en Jomtien el 9 de marzo de 1990

Declaración y Programa de Acción de Viena. A/CONF.157/23, aprobado el 25 de junio de 1993

Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, aprobado el 20 de diciembre 1993.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006.

Instrumentos de ámbito regional

Carta Social Europea, adoptada el 18 de octubre de 1961.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptado el 22 de noviembre de 1969.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada el 27 de julio de 1981.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", adoptada el 17 de noviembre de 1988

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada el 6 de julio de 1999

Documentos de los trabajos preparatorios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

A/AC.265/WP.2 Convención amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Documento de posición presentado por la Unión Europea.

A/AC.265/2003/CRP.13/Add.2. *Elements for an international convention*. Disponible en http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/a_ac265_2003_crp13_add2.htm

A/58/118 & Corr1. *Proyecto de informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad*.

Comprehensive and integral International Convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities. Draft Convention – India (disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-india.htm>). [documento sin código]

A/AC.265/2003/WP.1 *Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. Draft submitted by the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela*. (disponible en http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/a_ac265_2003_wp1.htm)

Position Paper of the Government of Japan on the Comprehensive and Integral International Convention to Promote and Protect the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-japan.htm>. [documento sin código]

A/AC.265/2004/WG.1. Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Grupo de Trabajo. *Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial*. 27 de enero de 2014.

A/AC.265/2004/5. *Informe del tercer período de sesiones del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad*. 9 de junio de 2004.

CENTER FOR STUDIES ON INCLUSIVE EDUCATION. *Inclusive education and article 17*. Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata24fiscments.htm#bizchut> [documento sin código]

Daily summary of discussion at the sixth session. 02 August 2005. Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum2aug.htm> [documento sin código]

*Daily summary of discussion at the sixth session
03 August 2005.* Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum3aug.htm>

[documento sin código]

*Daily summary of discussion at the sixth session
04 August 2005.* Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum4aug.htm>

Comentarios, propuestas y enmiendas propuestas a durante la sexta sesión. Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata24sscomments.htm>

A/60/266. *Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.* 17 de agosto de 2005.

A/AC.265/2006/1. *Carta de fecha 7 de octubre de 2005 del Presidente del Comité Especial dirigida a todos los miembros del Comité.* 14 de octubre de 2005.

*Daily summary of discussion at the seventh session
24 January 2006.* Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum24jan.htm>

A/AC.265/2006/2. *Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su séptimo período de sesiones.* 13 de febrero de 2006.

Propuestas de modificación al artículo 24. Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8qpcart24.htm>

Textos elaborados por el Comité de Redacción. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/drafting.htm>

Agradecimientos

Los textos de agradecimiento suelen ser cortos y esquemáticos. Enumeran – con un sinnúmero clichés – los sujetos que una persona suele pensar que han sido importantes en el proceso de la elaboración de la tesis. Me gustaría hacer algo así. No obstante, este texto va a tener más de justificación que de agradecimiento. Tampoco es un señalamiento de culpas, pero sí acudiré al repetitivo acto de señalar que asumo todos los errores de esta investigación y eximo de ellos a quienes, con gran ánimo solidario, decidieron leer y comentar este texto.

Decía Vargas Llosa, al referirse a la labor del novelista, que uno no encuentra el tema sino que el tema lo encuentra a uno. Sin caer en el pecado de querer comparar la labor artística con la académica, creo que eso también pasa en una tesis. Creo que la tesis se convierte en una labor de expiación, que plasma vicios, emociones y preocupaciones en un texto que intenta ser riguroso sin dejar de ser apasionado. En tal sentido, este texto tiene dos preocupaciones que traslucen claramente: la educación y la discapacidad.

La obsesión por la educación tiene algo de familiar. Me han machacado muchas veces su importancia, su necesidad, su lugar. Y esto es esencialmente relevante en familias que superan la pobreza. La educación (y sus fetiches como los títulos, los diplomas y todo eso) seduce porque es la vía para salir de la pobreza. Es la salida institucional que ofrece la sociedad. Y por eso es que, en una sociedad tan injusta, es necesario que la educación sea accesible para todos e igualitaria. Si bien es difícil pensar en una sociedad más justa, si al menos podemos pensar en una educación más justa, creo que habremos dado un gran paso como género humano.

La discapacidad es el otro tema de esta tesis. Y siempre estuvo presente en mi casa. Como tabú (a veces) y como normalidad (en otras tantas veces). Ha sido un tema que no pensé abordar académicamente jamás. Pero uno vuelve sobre sí muchas veces. Como el Catoblepas de Borges que se devora una y otra vez. Y así, uno, sin darse cuenta, escribe sobre esas pequeñas tensiones y miedos que siempre estuvieron y que ahora se traslucen.

Esta investigación, por tanto, recoge esas dos inquietudes. Y las busca aplicar a una realidad nacional para modificarla. Espero que el intento sea fructífero. Dicho, esto, vale la pena pasar a agradecer, a quienes fueron parte importante de esta tesis.

Debo agradecer a mis papás. En primer lugar, por pagarme la carrera. Pero en una descripción un poco más íntima y real les debo un agradecimiento especial a cada uno. A mi mamá, por siempre haber creído en la hipótesis de esta investigación; a mi papá, por haber sido un opositor tenaz a la hipótesis durante mucho tiempo hasta dejarse convencer. Si ese convencimiento fue real o fue cansancio, queda en él descifrarlo. No quiero dejar de agradecer a mi madrina. Si la discapacidad es diversidad y no tabú, es, principalmente por ella.

También tengo que hacerlo con los amigos que hice en la Universidad. A todos los amigos que hice en Coherencia Universitaria (cito, con el miedo de olvidarme de alguno a Ricardo Sifuentes, Eder Rojas, Karen Bertola, Noelia Chávez, Sergio Gianotti, Adrián Lengua, Rosa Arévalo, Marcelo Avendaño, Cristina Valega, Julio Cáceda, entre otros). Sin ellos, difícilmente creería en la importancia de la educación para formar ciudadanos comprometidos con un cambio. Es algo que pude aprender en grupo y que me mostró la importancia de reconocer en el otro a un compañero a pesar de la diferencia. No olvido las sesiones de formación y discusión, las asambleas casi eternas, las marchas alegres (y también las complicadas) y las conversaciones (usualmente animadas, envalentonadas y sostenidas por el alcohol). Todo eso me enseñó que la sociedad puede y debe cambiar: ellos me enseñaron, además, que la educación es la vía.

En otro ámbito, no olvido las lecciones aprendidas con los amigos que trabajan derechos humanos. Con algunos participé en concursos, fui a charlas o compartimos horario de trabajo en el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Gracias a Jean Franco Olivera, Pablo Rosales, Carlos Elguera, Bertha Prado, Fabiana Núñez del Prado por lo que me enseñaron sin darse cuenta.

Agradezco también a los amigos que han sido un poco más cómplices con este texto. Gracias a Pablo Rosales, de nuevo, por los textos que me facilitó. También le agradezco a Thamil Venthan Ananthavinayagan por haber hecho tantos esfuerzos para alcanzarme textos durante su estancia en

Galway. También agradezco el apoyo de Cristina Valega para la traducción del francés de algunos pronunciamientos internacionales y en la elaboración de alguna de las tablas.

No omito a Elizabeth Salmón, asesora de esta investigación. Su participación ha sido trascendental. Ella vio esta tesis desde que era una propuesta para un curso hasta lo que es hoy. Me ha brindado consejo (y reclamo) de madre, complicidad de amiga, severidad de maestra, asesoría, materiales y, por sobre todo, una honestidad que va más allá de lo que se puede expresar en estas líneas.

Finalmente, a Renata Bregaglio, quien ha sido inspiración, distracción, revisora, correctora e impulsora de esta tesis. Sus palabras y consejos, llenos de un amor que no merezco, hicieron de este trabajo una labor mucho más llevadera.

