

LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE INGRESO IRRESTRICTO A LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. UNA INTERPRETACIÓN CONTRARIA AL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Por José Ignacio López y Pablo Octavio Cabral

Sumario: I. Introducción.— II. El caso.— III. La sentencia de primera instancia.— IV. El recurso de apelación del Ministerio Público Fiscal.— V. La sentencia de Cámara.— VI. Nuestras reflexiones.— VII. Conclusiones provisionarias.

I. Introducción

La presente nota a fallo pretende poner de resalto un reciente pronunciamiento judicial (1) y los derechos que están en juego en el caso que comentamos. Se trata, ni más ni menos, que del derecho de acceso a la educación superior (2), de un lado, y la autonomía universitaria, por el otro, ambos consagrados en nuestra Constitución Nacional. Trataremos, en lo que sigue, de realizar un breve recorrido sobre el caso en cuestión, la sentencia del juez de primera instancia, el recurso del fiscal, nuestras consideraciones sobre el punto y unas conclusiones provisionarias en las que afirmamos que la decisión judicial en análisis es contraria a disposiciones expresas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

II. El caso

La Universidad Nacional de La Matanza, representada por su rector, Daniel Martínez, interpuso en diciembre del 2015 una acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad parcial de la ley 27.204. La norma impugnada, sancionada por el Congreso de la Nación el 28 de octubre del 2015, estableció, entre otras cuestiones, la responsabilidad del Estado en la Educación Superior, como así también el acceso libre e irrestricto a la misma, considerándola un "bien público" y un "derecho humano". La letra de esta norma modificó la ley 24.521 de Educación Superior, aprobada en 1995, cuyo texto contemplaba ciertos aspectos de mercantilización de los estudios, mayormente en actividades de posgrado, de acuerdo con la filosofía política imperante en la época que fue sancionada. Frente a la entrada en vigencia de la modificatoria, promulgada el 9 de noviembre pasado, la alta casa de estudios bonaerense la cuestionó judicialmente a través de un amparo en el Fuero Contencioso Administrativo Federal (3).

Sus objeciones recayeron sobre el artículo 2 (4) que establece, en lo que aquí interesa, como responsabilidad del Estado en el nivel de educación superior: "garantizar la igualdad de oportunidades y condiciones en el acceso, la permanencia, la graduación y el egreso en las distintas alternativas y trayectorias educativas del nivel para todos quienes lo requieran y reúnan las condiciones legales establecidas en esta ley" y sobre el artículo 4 (5) que dispone: "Todas las personas que aprueben la educación secundaria pueden ingresar de manera libre e irrestricta a la enseñanza de grado en el nivel de educación superior [...] Este

ingreso debe ser complementado mediante los procesos de nivelación y orientación profesional y vocacional que cada institución de educación superior debe constituir, pero que en ningún caso debe tener un carácter selectivo excluyente o discriminador", como también, sobre el artículo 6 (6) que contempla: "El aporte del Estado nacional para las instituciones de educación superior universitaria de gestión estatal no puede ser disminuido ni reemplazado en ningún caso mediante recursos adicionales provenientes de otras fuentes no contempladas en el presupuesto anual general de la administración pública nacional [...]", ello por considerar que dichas cláusulas resultan contrarias y lesivas, por un lado, de la autonomía y autarquía universitarias, tuteladas y reconocidas en el artículo 75, inciso 19, de la Constitución Nacional y, por el otro, de lo establecido en el artículo 13, inciso "c", del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc).

III. La sentencia de primera instancia

El titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 9, Pablo Cayssials, hizo lugar parcialmente a la acción de amparo deducida por la Universidad Nacional de La Matanza y declaró la inconstitucionalidad de la ley 27.204 en la parte que dispone el acceso libre e irrestricto a la educación superior.

En primer lugar, en torno al aspecto procesal, el juez consideró que la vía del amparo era idónea y procedente para cuestionar la conformidad de la ley 27.204 con la Constitución Nacional, en concreto, respecto a la autonomía y autarquía universitaria. Respecto al fondo, por un lado, el magistrado analizó lo referido al ingreso libre e irrestricto a las universidades públicas consagrado en el artículo 2 de ley 27.204 y concluyó que ello vulnera tanto la autonomía universitaria como lo establecido en el artículo 13, inciso 2, punto "c" del Pidesc y, por otra parte, respecto del financiamiento, el juez arribó a una decisión contraria, es decir, determinó que lo establecido por el legislador era acorde con los postulados de la Constitución Nacional.

A continuación desarrollamos estos aspectos en detalle. En torno al ingreso irrestricto, el juez hizo alusión a un reconocido precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno a la autonomía universitaria: el fallo "Monges" (7) y fundó en estos términos: "que, en este marco constitucional, corresponde abocarse en primer término al grado de adecuación existente en la ley 27.204 —en lo que se refiere al acceso, permanencia y egreso de las universidades— con el texto constitucional que garantiza, simultáneamente, los principios de gratuidad y equidad en la educación pública estatal y la autonomía y autarquía universitarias. Esto es, si tal como afirma la parte actora, las modificaciones introducidas en el articulado de la ley 24.521 en dichos aspectos, vulneran los principios referenciados. Al respecto, y sin desconocer que en el precedente citado se le otorgó validez a la norma que había sido impugnada (artículo 50, de la ley 24.521, mediante la cual el legislador autorizó a las facultades pertenecientes a universidades con más de cincuenta mil estudiantes, a fijar planes de admisión que garanticen la capacidad de los aspirantes), entiendo que la cuestión aquí planteada dista sobremanera de lo allí decidido, en tanto las modificaciones introducidas por

los artículos 2 y 4, de la ley 27.204 —referidas a garantizar la igualdad de oportunidades y condiciones en el acceso, la permanencia, la graduación y el egreso en las distintas alternativas y trayectorias educativas del nivel para todos quienes lo requieran y reúnan las condiciones legales establecidas en la ley, así como al ingreso de manera libre e irrestricta a la enseñanza de grado en el nivel de educación superior— desconocen no sólo la autonomía de las universidades, sino también —y sin perjuicio de las nobles intenciones que motivaron al Congreso Nacional— a lo normado en el artículo 13, inciso 2, punto "c", del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al que se hizo referencia en el párrafo precedente, en cuanto reconoce el pleno ejercicio del derecho a la educación superior, pero sobre la base de la capacidad de cada uno. Ello, pues de conformidad con las decisiones adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del Pacto Internacional mencionado, la diferencia más significativa, entre los apartados "b" y "c", del párrafo 2, del artículo 13, citado, estriba en que si bien la enseñanza secundaria debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno. Así, según el apartado "c", del párrafo 2, del artículo 13, la enseñanza superior no debe ser generalizada, sino sólo disponible sobre la base de la capacidad; capacidad que habrá de valorarse con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada cual (v. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General 13, El Derecho a la Educación (Artículo 13 del Pacto), (21º período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999), párrafo 19)". (8)

En cuanto al cuestionamiento a la cláusula del financiamiento, como adelantamos más arriba, el magistrado rechazó el planteo. Lo hizo en los siguientes términos: "Que, a distinta solución corresponde arribar en lo que se refiere al desfinanciamiento por parte del Estado Nacional, alegado por la amparista. Ello así, pues ésta adujo que la modificación realizada por la Ley 27.204, al artículo 58, de la Ley 24.521, implicó la renuncia de aquél a la obligación de efectuar los aportes necesarios para el sostenimiento de las instituciones universitarias nacionales; pero en realidad, como afirmó el demandado al momento de contestar los informes requeridos, lo cierto es que dicha obligación ahora se encuentra consagrada —por razones de técnicas legislativas— en la nueva redacción de los artículos 2 y 58, de la Ley 24.521, en cuanto establecen —en lo que aquí interesa— que el Estado es el responsable de proveer el financiamiento, la supervisión y fiscalización de las universidades nacionales, y que tales aportes no pueden ser disminuidos ni reemplazados mediante recursos adicionales provenientes de otras fuentes no contempladas en el presupuesto anual general de la Administración Pública Nacional" (9).

De esta forma, el juez Cayssials admitió parcialmente la acción de amparo deducida por la Universidad Nacional de La Matanza.

IV. El recurso de apelación del Ministerio Público

Fiscal

El Fiscal Federal ante los Juzgados Contenciosos Administrativos Federales se agravió al señalar que, en la primera vista del expediente donde le correspondió dictaminar, propuso desestimar la acción de amparo y el magistrado, por el contrario, la admitió parcialmente.

El representante del Ministerio Público Fiscal precisó que: el juez consideró que la cuestión objeto del pleito era diferente al precedente "Monges", en tanto, "[...] las modificaciones introducidas por los artículos 2 y 4 de la ley 27.204 [...] desconocen no sólo la autonomía de las universidades, sino también —y sin perjuicio de las nobles intenciones que motivaron al Congreso Nacional- a lo normado en el artículo 13, inciso 2, punto "c" del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales... en cuanto reconocen pleno ejercicio del derecho a la educación superior, pero sobre la base de la capacidad de cada uno". En ese sentido, agrega que "la enseñanza superior no debe ser generalizada sino sólo disponible sobre la base de la capacidad; capacidad que habrá de valorarse con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada cual".

También criticó la decisión del magistrado en cuanto éste, basándose en las disidencias de Fayt, Belluscio y Petracchi en "Monges", entendió que dentro de la autonomía universitaria correspondería incluir también la facultad de establecer los planes de estudio, el régimen de admisión, permanencia y promoción de los estudiantes, no pudiendo actualmente la misma ser ejercida por el Congreso Nacional.

El Ministerio Público Fiscal planteó que esta interpretación es contraria al derecho internacional de los derechos humanos. La igualdad de acceso a la enseñanza superior anudada a la capacidad de cada uno establecida en el PIDESC no puede ser interpretado como imposibilidad para el Poder Legislativo, en el marco de su potestad regulatoria sobre la vida universitaria que el tribunal expresamente reconoce, de mejorar dicho estándar internacional a través, por ejemplo, y como se da en autos, de la consagración de un acceso irrestricto e igualitario, en tanto ésta garantiza de una manera más tuitiva y robusta el derecho a la educación. De tal forma, la utilización que el tribunal hace del derecho internacional de los derechos humanos transforma a éste en un techo de máxima protección y no en un piso mínimo, lo cual resulta írrito de cara a la pauta hermenéutica —señera en la mencionada rama del derecho— del principio *pro homine* que ordena, según el artículo 5 del PIDESC.

Señaló, también, que la regulación establecida por el legislador supera el test de constitucionalidad no sólo porque maximiza la realización de un derecho fundamental a la educación sino además porque si bien garantiza el acceso libre e irrestricto a la enseñanza de grado en el nivel de educación superior, ello no descarta la posibilidad de las universidades —en tanto autónomas- de dictar las "normas sobre regularidad en los estudios que establezcan las condiciones académicas exigibles" y de realizar "procesos de nivelación y orientación profesional y vocacional que cada institución de educación superior debe constituir, pero que en ningún caso debe tener un carácter selectivo, excluyente o discriminador". La ley no afecta la autonomía dado que "preserva a su favor el conjunto de facultades

mencionadas reconociendo el 'acceso libre e irrestricto' como estándar inteligible que las instituciones de educación superior no podrán desconocer. A todo evento, la posibilidad de realización de nivelación y orientación profesional y vocacional por parte de cada instituto se adecua razonablemente a la exigencia internacional de acceso a la enseñanza superior sobre la base de la capacidad de cada uno".

Encontrándose en pugna entre dos principios constitucionales y convencionales: autonomía universitaria e igualdad de acceso a la enseñanza superior, el juez no ha efectuado una adecuada ponderación de los principios jurídicos en juego. (Adecuación — Necesidad — Proporcionalidad).

Concluyó que no se afecta la autonomía universitaria y se ve beneficiado el principio de igualdad de acceso a la educación superior por medio de la ley 27.204. Finalmente señala la contradicción en que incurre la sentencia dado que funda en el caso "Monges" en torno al alcance del concepto de autonomía universitaria, en cuanto a la autonomía académica, doctrinaria e institucional, que no se ve afectada por esta norma que versa exclusivamente sobre condiciones de ingreso para los estudiantes a universidades nacionales.

V. La sentencia de Cámara

La Sala III de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, con voto de los jueces Fernández y Grecco, desestimó el recurso del Ministerio Público Fiscal. Fundó su decisión en la situación de que, por un lado, los litigantes (Universidad Nacional de La Matanza y el Estado Nacional — Ministerio de Educación y Deportes) consintieron la sentencia de primera instancia y que, por otro lado, siendo que el Fiscal intervino en el proceso a los fines de dictaminar respecto de la inconstitucionalidad planteada en la causa y de la admisibilidad formal de la vía del amparo, es improcedente su recurso "pues el pronunciamiento que se emita no podría tener efecto respecto de las partes, para quienes la sentencia ha quedado firme".

Esto es así, consignaron los camaristas, debido a que por expresa instrucción del Ministerio de Educación de la Nación, la sentencia de instancia no fue recurrida por los letrados apoderados del Estado Nacional en el pleito y también se les indicó que deberán mantener ese criterio "en casos similares en los cuales se halle en contradicción los artículos de la Ley de Educación Superior cuestionados" y tampoco dedujo recurso de apelación la Universidad Nacional de La Matanza. Por ello, el Tribunal consideró que estaba ante "la ausencia de controversia actual que habilite la jurisdicción [...] por encontrarse firme la sentencia de primera instancia que ha sido consentida por la parte actora y la demandada, resulta improcedente la apelación intentada por el Sr. Fiscal a fs. 68/74 y mantenida por el Sr. Fiscal General a fs. 78".

VI. Nuestras reflexiones

1. Aplicación del Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales.

Entre los argumentos centrales del fallo —que sellan la inconstitucionalidad de la ley 27.204— se encuentra la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en tanto dispone en su artículo 13, inciso 2, punto "c", que la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible para todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean necesarios.

El magistrado entendió que "las modificaciones introducidas por los artículos 2 y 4, de la ley 27.204 —referidas a garantizar la igualdad de oportunidades y condiciones en el acceso, la permanencia, la graduación y el egreso en las distintas alternativas y trayectorias educativas del nivel para todos quienes lo requieran y reúnan las condiciones legales establecidas en la ley, así como al ingreso de manera libre e irrestricta a la enseñanza de grado en el nivel de educación superior— desconocen no sólo la autonomía de las universidades, sino también —y sin perjuicio de las nobles intenciones que motivaron al Congreso Nacional— a lo normado en el artículo 13, inciso 2, punto "c", del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al que se hizo referencia en el párrafo precedente, en cuanto reconoce el pleno ejercicio del derecho a la educación superior, pero sobre la base de la capacidad de cada uno.

Ello, pues de conformidad con las decisiones adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del Pacto Internacional mencionado, la diferencia más significativa, entre los apartados "b" y "c", del párrafo 2, del artículo 13, citado, estriba en que si bien la enseñanza secundaria debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno."

En la sentencia se destaca la interpretación realizada por el Comité Desc sobre el artículo 13, según la que "la enseñanza superior no debe ser generalizada, sino sólo disponible sobre la base de la capacidad; capacidad que habrá de valorarse con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada cual". (Obs. Gral. 13, párrafo 19).

Para analizar esta parte de la decisión judicial en estudio, abordaremos —en primer lugar— el criterio interpretativo derivado del principio de garantía mínima, luego —tratándose de un derecho social— someteremos el caso al principio de progresividad, para finalmente desarrollar dos cuestiones conexas referidas a los límites de intervención del derecho internacional sobre políticas públicas soberanas y la aplicación de una determinada idea de justicia (meritocracia).

1.1. Principio de garantía mínima (Artículo 5.2 del PIDESC).

Corresponde aquí decir que el juez obvió hacer referencia al propio texto del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que establece en su artículo 5°, punto 2, un criterio fundamental a la hora de interpretar sus disposiciones: "No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado."

Esta disposición, que el operador judicial no puede desconocer (al menos sin argumentar las razones de tal omisión), refleja un criterio interpretativo generalizado en materia de derechos humanos que encuentra su fundamento en los principios de garantía mínima y *pro persona*. Veamos: Por lo general, en los tratados de derechos humanos, se establece un criterio de interpretación que posibilita la subsistencia de normas internas que reconozcan con más plenitud y alcance determinados derechos fundamentales, aun cuando tales normas superen los estándares de los pactos o convencionales internacionales aplicables en la materia.

La Convención Americana de Derechos Humanos, al establecer sus normas de interpretación, dispone que. "ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados".

En igual sentido lo hacen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5.2 (10)), la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 53 (11)), entre otros. Los tratados de derechos humanos establecen un mínimo de protección a partir del cual, siempre es posible, que el derecho nacional o interno amplíe los alcances del derecho y de esa forma constituya una norma más protectora, quedando prohibido descender del piso de protección del instrumento internacional.

Explica Gabriela Rodríguez que "Los tratados de derechos humanos reconocen que los mismos establecen un mínimo de derechos humanos que no pueden ser violados por los Estados. Esta suerte de garantía mínima, no pretende agotar el ámbito de los derechos humanos que merecen protección. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ofrecen una protección coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados" (12)

El principio interpretativo *pro persona* implica que se deberá preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de aquella norma que otorgue una mayor protección a los derechos de la persona, independientemente que tal norma se encuentre en un tratado de derecho internacional o en una disposición de derecho interno.

Este gran criterio interpretativo se manifiesta en la preferencia de la norma más protectora y la conservación de la norma más favorable a la protección de la persona. Es decir, el propio juez dio cuenta de la transformación inclusiva que en

la historia de Occidente se había materializado en la apertura de las universidades a la población, al afirmar que: "en el pasado, y hasta la mitad del Siglo XX, las universidades se guiaron por el modelo de enseñanza que Guillermo von Humboldt inspiró para la Universidad de Berlín, con un número reducido de estudiantes, como centros de ciencia pura, investigación y enseñanza sin fines utilitarios, este modelo dejó de corresponder a las exigencias de la moderna sociedad industrial y, más aún, a las tendencias generales de la política educativa. Es por ello, que junto al cambio hacia la apertura de la educación superior para todos, se reconoció el derecho humano de acceder a los más altos grados del saber".

Resulta entonces que la ley 27.204, al sustituir el artículo 2°, de la ley 24.521 —que garantizaba el derecho a cumplir con el nivel de enseñanza superior a todos aquellos que quieran hacerlo y cuenten con la formación y capacidad requeridas— dispuso garantizar la igualdad de oportunidades y condiciones en el acceso, la permanencia y el egreso en las distintas alternativas y trayectorias educativas para todos los que lo requieran y reúnan las condiciones legales establecidas en la ley.

Según lo sostuvo el representante del Estado, el ingreso irrestricto significa que pueden ingresar un número no determinado de alumnos, sin limitaciones de cantidad, destacando que esta exigencia tiene por finalidad evitar que a través de la limitación de las vacantes quede excluida una parte de la población de la posibilidad de adquirir formación superior.

De la lectura de la propia sentencia queda claro que la nueva ley resulta más protectoria del derecho a la educación —en su nivel universitario— que la norma modificada, por lo que, en una correcta aplicación de los criterios interpretativos de las normas de derechos humanos implicadas (Art. 5.2 pidesc), hubiera correspondido el rechazo de la pretensión de inconstitucionalidad de la actora.

1.2. Principio de progresividad y prohibición de regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Habiendo entonces confirmado la idea —expuesta por el propio magistrado sentenciante— consistente en que la normativa en cuestión ha implicado un avance o progreso en el reconocimiento del derecho a acceder a la educación universitaria gratuita, procede analizar si ésta protección alcanzada puede ser desandada por una decisión judicial como la aquí en estudio. Y en este razonamiento se impone revisar la aplicación del principio de progresividad y —su consecuencia lógica— la prohibición de regresividad en el reconocimiento y protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Los derechos civiles y políticos reconocidos en los tratados de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, entre muchos otros) son operativos y deben ser garantizados y efectivizados a sus habitantes por los Estados. Este reconocimiento se expresa en tres tipos de obligaciones de los Estados en la materia: 1. Respetar los derechos protegidos; 2. Garantizar el

goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción y 3. Adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos. (13)

No ocurre lo mismo con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya que los instrumentos jurídicos internacionales que los reconocieron no dispusieron su plena efectividad o su exigibilidad directa e inmediata, sino que mediatizaron su satisfacción por el mecanismo de la progresividad. Los motivos centrales de esta limitación, además de aditamentos ideológicos, son de naturaleza económica y encuentran su núcleo en la escasez de recursos para afrontar la plena efectividad de los derechos sociales. (14)

El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (pidesc) establece que: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

En el ámbito regional la Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 26 similar criterio (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), reiterado luego en el art. 1 del Protocolo Adicional de San Salvador (Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo).

Estas normas acuñaron el principio de progresividad y -su consecuencia lógica- la prohibición de regresividad y otorgaron al sistema universal e interamericano de protección de los derechos humanos una disminuida herramienta de efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales. En palabras de Abramovich y Courtis; "se trata de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja la existencia de recursos limitados y las dificultades que representa para todo país asegurar la plena realización de los derechos sociales". (15)

No obstante la dificultad para efectivizar los derechos sociales que tal progresividad conlleva, la doctrina y jurisprudencia han intentado —con cierto éxito—limitar los alcances de tal principio estableciendo pautas para determinar un piso

mínimo de protección de esos derechos, los contenidos básicos a garantizar y disponer criterios precisos para medir el progreso en su goce efectivo.

A pesar de los intentos de optimizar las herramientas interpretativas que brindan estos principios, sus alcances se aplican sólo respecto a un estado general colectivo en el goce de un determinado derecho, limitándose su intervención en los casos de regresividad respecto de situaciones individuales. Por ello, como explica Oscar Parra: "La prohibición de regresividad no es, entonces, absoluta. Por el contrario, puede un Estado adoptar una política regresiva sin incumplir sus obligaciones, si demuestra que la misma está justificada en relación a todos los derechos del PIDESC (o de la CADH, o del PSS), teniendo en cuenta la utilización del máximo de los recursos disponibles. Es decir, si la medida regresiva en relación a un derecho se adopta a efectos de posibilitar la satisfacción de otros derechos o su goce de modo más igualitario y, teniendo en cuenta los recursos con los que cuenta el Estado, tal medida era ineludible para lograr los objetivos antedichos, entonces no se estará incumpliendo el Pacto. De todas formas, una medida regresiva se presume violatoria del tratado. Esto quiere decir que, llegado el asunto al examen de algún organismo de control, será el Estado quien deba probar que la medida regresiva está justificada". (16)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó la efectivización de los derechos sociales al interpretar la aplicación del artículo 26 de la CADH, determinando los alcances del principio de progresividad en la materia. Así lo hizo en los precedentes "Cinco Pensionistas vs. Perú" y "Acevedo Buendía vs. Perú".

En el caso "Cinco Pensionistas vs. Perú" (17) la Comisión Interamericana y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares alegaron el incumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana, en cuanto el Estado, al haber reducido el monto de las pensiones de las presuntas víctimas, no cumplió el deber de dar el desarrollo progresivo de sus derechos económicos, sociales y culturales, particularmente no les garantizó el desarrollo progresivo al derecho a la pensión. Respecto de la progresividad en el pleno goce de los derechos sociales dijo la Corte que: "Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente

En el caso "Acevedo Buendía y otros vs. Perú" (18) la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó el principio de progresividad afirmado que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate distinguiendo las obligaciones estatales cuando se trata de un derecho civil (propiedad y garantías judiciales) respecto de los casos en que está en juego un derecho social (progresividad).

Dijo el Tribunal que: "Como correlato de lo anterior, se desprende un deber — si bien condicionado — de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá "determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate".

Es pertinente entonces abordar desde la dimensión colectiva el estado general en el goce del derecho a la educación superior, y en especial aquello referido al ingreso a la universidad pública argentina. Se puede arriesgar que desde el regreso de la democracia (1983), y en especial en el último decenio (2003/2013) el derecho de la población a acceder a la educación universitaria ha ido en crecimiento constante evidenciando una mejora constante en su satisfacción progresiva. Ello obedece a una clara política de asignación presupuestaria por parte del Estado Nacional, que se materializó en la creación de nuevas universidades nacionales distribuidas geográficamente en las zonas más alejadas del centro del país -así como en sectores del conurbano con población con mayores carencias económicas- y en la ampliación y modernización de las casas de estudios superiores ya existentes.

Así, se puede ver la cantidad de universidades públicas nacionales existentes y su crecimiento, desde las 9 casas de estudio que había en 1960, pasando por las 38 en el año 2003 (19), para llegar a las 57 relevadas en 2013 (20). También resulta central, con el fin de acercarnos a la problemática del caso desde la realidad social sobre la que impactará la decisión judicial, evaluar el número de ingresantes al sistema universitario. En 1960 había 160.000 estudiantes universitarios en el país, representando un 0.8 del total de la población. Esta cifra total se fue incrementando progresivamente durante las últimas tres décadas, al igual que la proporción sobre el universo de la población del país. En 2010 había más de 1.700.000 estudiantes, más de diez veces más que cincuenta años atrás y abarcaban el 4.3 % de la población total. En 2013 había, entre alumnos de pregrado y grado, 1.830.743 estudiantes, más 144.264 alumnos de posgrado. En tal año se registraron 425.650 nuevos inscriptos en el sistema universitario argentino (21). Entre 2001 y 2011 se sumaron 395.000 estudiantes al sistema universitario, lo cual implica un crecimiento del 28 % en un decenio.

Como sostuvo Alejandro Grimson: "Una cifra que se acerca a dos millones —de estudiantes universitarios- no refleja a una pequeña elite. Una gran parte de los estudiantes trabaja y estudia, y un elevado porcentaje, que alcanza el 70 % en muchas universidades nuevas, no son hijos de universitarios. Son por lo tanto, la primera generación universitaria de sus familias. La ampliación del acceso es un avance altamente significativo" (22).

En este marco general de progreso real en el acceso a la educación superior se inserta la decisión judicial aquí en estudio. Resulta entonces que la sentencia de primera instancia en estudio, al declarar la inconstitucionalidad de la ley 27.204, en sus artículos referidos al acceso irrestricto a la universidad pública y gratuita, impacta regresivamente sobre el ordenamiento jurídico de forma tal que, a partir de quedar firme tal decisión, el acceso de los estudiantes a las aulas de la Universidad de La Matanza se verá restringido o limitado, al menos respecto de la normativa vigente hasta su declaración de inconstitucionalidad por el magistrado en cuestión. Estos efectos pueden, por su parte, extenderse a otras jurisdicciones, según los alcances de la propia decisión judicial que declaró la inconstitucionalidad de la ley.

Nos encontramos, entonces, frente a un caso en el que la modificación de la legislación protectora de derechos y la disminución de su efectividad no proviene de una decisión política adoptada —en el marco del sistema democrático por el poder legislativo, sino de una medida dispuesta por un magistrado integrante del poder judicial federal.

1.3. Revisión de los modelos políticos y económicos de los Estados y de los criterios de justicia de sus ordenamientos jurídicos.

En su fallo, el magistrado parece interpretar que nuestro sistema universitario, por disposición del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, debe estructurarse sobre la base del criterio de la capacidad, y que habrá de valorarse con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada cual. Se pretende imponer un determinado criterio de justicia distributiva en la esfera de la educación universitaria, sin considerar que el propio Comité de DESC ha reconocido que la efectividad de los derechos humanos se debe garantizar, en forma independiente al modelo político e ideológico sobre el que se organiza la sociedad. Esto incluye, por supuesto, la concepción sobre la justicia que adopta una sociedad en determinado momento de su historia.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N° 3 abordó la cuestión relativa a la relación entre el tipo de gobierno o sistema económico y la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. En el punto 8 de la OG N° 3 se puede leer lo siguiente al respecto: "8. El Comité observa 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 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. A este respecto, el Comité reafirma que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de

que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos, como se afirma entre otros lugares en el preámbulo del Pacto, se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata. El Comité también señala la pertinencia a este respecto de otros derechos humanos, en particular el derecho al desarrollo".

En el área de la filosofía del derecho dedicada al desarrollo de la idea y concepto de la justicia existe una importante producción teórica de autores (Robert Nozick, Ronald Dworkin, John Rawls, Richard Posner, Wojciech Sadursky, Karl Marx, Jürgen Habermas, Charles Taylor, Michael Sandel, Michael Walzer, Thomas Nagel, Jeremy Waldron, Gerald Cohen, John Elster, Michel Foucault, entre otros) que, enmarcados en determinadas corrientes ideológicas y políticas (Utilitarismo, Libertarismo, Liberalismo, Comunitarismo, Marxismo, Socialismo), han constituido el actual mapa de las diferentes visiones sobre el contenido ético y jurídico del término justicia. Un panorama general de las actuales teorías éticas de la justicia se puede ver en las obras de Tom Campbell (23), Brian Barry (24) así como en la de Roberto Gargarella (25).

En el ámbito de la filosofía política se han desarrollado diversas teorías éticas de la Justicia que reflejan opuestas visiones ideológicas sobre la sociedad y la forma de distribución de bienes a su interior. Como lo explica Campbell en su desarrollo descriptivo de las diversas teorías éticas de la justicia, "detrás de las diferentes perspectivas sobre la justicia que se trazaron más arriba, y más allá de ellas, se ubican ideologías políticas y sociales rivales, diferentes visiones del mundo que combinan compromiso sobre valores básicos con un conjunto de presupuestos respecto de la naturaleza humana y de la sociedad...La justicia adopta distintos ropajes en diferentes ideologías políticas y estas ideologías adoptan la noción de justicia de manera que se adecue con mayor facilidad a su aspecto preferido" (26).

Así, siguiendo las clasificaciones de Campbell, Barry y Gargarella, podemos identificar —a priori- las siguientes corrientes ideológicas que desarrollaron una postura teórica respecto de la justicia: Justicia libertaria (Nozick); Justicia liberal (Rawls Dworkin); Justicia comunitarista (Taylor, Sandel, Walzer, MacIntyre); Justicia marxista (Cohen, Elster, Przeworski, Roemer, Brenner, Van Parijs, Van der Veen, Bardam, Steier, Owles, Wright).

Adoptar un criterio de justicia en la esfera del acceso a los estudios superiores, como el que pretende aplicar el sentenciante, que sólo considere la capacidad del estudiante al momento de pretender ingresar al sistema universitario público genera una serie de dificultades producto de nuestro sistema social y económico capitalista que, a lo largo del recorrido educativo de los estudiantes, selecciona con un rigor desigual según el origen social de los sujetos con aspiraciones de acceder a la enseñanza superior.

Explican Bourdieu y Passeron -en un estudio sociológico del ingreso a la educación superior en Francia- que: "en el nivel de enseñanza superior, la desigualdad inicial de las diversas capas sociales ante la educación se muestra ante todo en el hecho de que están muy desigualmente representadas. Pero habría que observar que el

porcentaje de estudiantes originarios de las diversas clases refleja sólo de modo incompleto la desigualdad educativa, siendo las categorías sociales más representadas en la educación superior al mismo tiempo las menos representadas dentro de la población activa...el sistema educativo pone objetivamente en funcionamiento una eliminación de las clases más desfavorecidas bastante más total de lo que se cree. Pero es menos habitual que se perciban ciertas formas ocultas de la desigualdad ante la educación, como la relegación de los niños de clases inferiores y medias en ciertas disciplinas y su retraso o estancamiento en los estudios" (27).

El mecanismo de selección del sistema educativo denunciado por los sociólogos franceses citados es trasladable a nuestra sociedad, más allá de los reconocidos esfuerzos del Estado Nacional, a partir de 1983, de permitir progresivamente la inclusión de nuevos estudiantes universitarios provenientes de las capas sociales bajas y medias, cuyos resultados fueron expuestos arriba. Si bien podríamos afirmar que el sistema económico actual, respecto del acceso a los estudios superiores implica un mecanismo de selección que discrimina en razón de la condición social del estudiante violando el artículo 2.2 del PIDESC (28), resultan evidente los esfuerzos del Estado por revertir dicha tendencia, alcanzando un incremento progresivo en el goce y disfrute de tal derecho por parte de sectores relegados de nuestra sociedad.

Volviendo al comienzo del punto, la política educativa elegida por una nación soberana, al igual que su sistema económico o el modelo político e ideológico sobre el que se organiza la sociedad, o la idea de justicia sobre la que se construye su ordenamiento jurídico, no pueden ser contrastados con el catálogo de derechos establecidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, en tanto y en cuanto, no afecten su goce o efectividad. Por el contrario, en nuestro caso, la ley de educación superior impugnada es parte de una serie de políticas públicas inclusivas que piensan en un modelo de Estado presente que incentive y establezca las condiciones para que más ciudadanos puedan acceder a los ámbitos universitarios. La dirección de tales políticas educativas fue definida democráticamente, quedando en todo caso en manos de las nuevas mayorías torcer el rumbo adoptado y modificar el paradigma de intervención estatal, sin afectar con medidas regresivas los niveles de protección alcanzados.

Es decir, más allá de la concepción de justicia que haya adoptado nuestro ordenamiento jurídico —cuestión que excede el presente comentario—, la pretendida aplicación de una suerte de criterio meritocrático a la esfera de la educación universitaria, implica una introducción de estándares de justicia que exceden los mecanismos de revisión de políticas públicas en base a instrumentos internacionales de derechos humanos.

Como lo interpretó el Comité de Desc, el tipo específico de gobierno o de sistema económico, así como el modelo respectivo de justicia adoptado por un Estado, es una cuestión no revisable —en forma autónoma— a la hora de evaluar el cumplimiento y efectividad en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales de un determinado país. Los sistemas políticos y económicos adoptados por una sociedad (sistema

socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laissez-faire*) no resultan, en sí mismo, cuestiones judiciales en los sistemas de protección de derechos humanos. Ello siempre que no afecten derechos fundamentales protegidos internacionalmente.

1.4. Fundamentos jurídicos para una educación superior inclusiva.

Resuelta ya la cuestión abordada en el punto anterior, cuyas conclusiones nos permiten pensar en la regulación legal de los derechos sociales, por sobre el piso establecido por la normativa internacional, pero sin un techo para sus alcances y desarrollo, quisiéramos buscar argumentos jurídicos que justifiquen una disposición legal como la declarada inconstitucional por el fallo en comentario.

En otras palabras: ¿Existen fundamentos jurídicos para justificar una ley que abre de par en par las puertas de ingreso a la universidad con la finalidad de atenuar los efectos selectivos del sistema educativo que dificulta el acceso a las clases bajas y medias de la sociedad?

Luigi Ferrajoli, al desarrollar su teoría del derecho, desgana las diferencias estructurales entre derechos fundamentales —en tanto universales (de los derechos de libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los derechos políticos y sociales)— y derechos patrimoniales —en cuanto singulares (del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito)—, que en nuestra opinión, justifican por sí el tratamiento jurídico diferenciado, basado en una visión jurídico-política más igualitaria de la sociedad. Comienza por establecer que "los derechos fundamentales son los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos —potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar" (29), caracterizándolos como derechos subjetivos —intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas-, universales —pertenecientes a todos en condiciones de igualdad— e indisponibles y que "se afirman una y otra vez como leyes del más débil, en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia" (30).

Agrega que estos derechos "pertenecen sólo a las personas naturales y no también a las artificiales: estas últimas si acaso no son más que un instrumento para su tutela, como sujetos no autónomos sino heterónomos, no constituyentes sino siempre constituidos".

Así, en virtud de tales caracteres, los derechos fundamentales se corresponden con deberes absolutos (*erga omnes*), pudiendo ser dirigidos a todos —como la prohibición de matar, garantía del derecho a la vida- o a determinados sujetos públicos —como la obligación de la asistencia sanitaria, garantía del derecho a la salud—, y en tanto conferidos en el interés de todos, postulan para su garantía funciones de carácter público.

A partir de esta configuración teórica, Ferrajoli distingue los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales de la siguiente forma: "La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical, residiendo en el hecho de que los derechos patrimoniales, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un lado singulares en lugar de universales, y por otro lado disponibles en lugar de indisponibles...el rasgo estructural de los derechos patrimoniales es la disponibilidad, a su vez conectada a la singularidad: estos últimos, contrariamente a los derechos fundamentales, no están establecidos inmediatamente a favor de sus titulares por normas téticas, sino predisuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos de adquisición o disposición por ellas previstos...Las dos clases de derechos se hallan por ello en relación de contrariedad: los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales y viceversa." (31)

Los derechos patrimoniales parten de la exclusión de aquellos que no son sus titulares, a diferencia de los derechos fundamentales que se caracterizan por ser inclusivos y formar parte de la base de igualdad jurídica. La relación de esta clasificación con la igualdad radica en la necesidad que desde el ordenamiento jurídico positivo se intervenga mediante políticas públicas garantizando el conjunto de situaciones de las que todos somos titulares y que no son producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía, ello porque "mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales —para los que además el derecho positivo, aunque sólo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces- están en la base de la desigualdad jurídica." (32)

Es decir, frente a la existencia de diferencias sociales y económicas entre distintos grupos de personas dentro de una sociedad (diferencias como hechos) el ordenamiento jurídico puede reaccionar con indiferencia (las diferencias no son tuteladas ni reprimidas, ni protegidas ni violadas, simplemente ignoradas) mediante un contenido mínimo de la esfera pública y por el libre y desregulado juego de los poderes privados; también puede otorgar una jerarquía diferente a las distintas identidades sociales; o —por último- las diferencias pueden ser homologadas jurídicamente, es decir negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad (las diferencias son reprimidas o violentadas como desviaciones, en el cuadro de una neutralización uniformadora).

Frente a dichas respuestas insuficientes ante la configuración jurídica de las diferencias Ferrajoli opone un modelo de igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. Afirma este autor que: "Lo opuesto a la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad, sea jurídica o antijurídica. Son desigualdades jurídicas (contrarias a la igualdad) las desigualdades económicas y sociales generadas por los derechos patrimoniales y por las demás situaciones singulares de las que cada uno es titular de modo distinto a los otros; son desigualdades antijurídicas (contradictorias con la igualdad) las generadas por la violación del principio de igualdad, o sea, por las discriminaciones de las diferencias. Las primeras son reducidas, si no eliminadas, por la efectividad de los derechos

sociales, que imponen niveles mínimos de la que llamamos igualdad sustancial: la cual no es ya contradicha sino no actuada, si de hecho son ignoradas las necesidades vitales que tales derechos imponen satisfacer. Las segundas son impedidas por la efectividad de los derechos individuales, que imponen aquella que llamamos igualdad formal; la cual a su vez es, no ya contradicha, sino violada, cuando de hecho resultan discriminadas las diferencias que tales derechos obligan a tutelar." (33)

En breve síntesis de lo hasta aquí dicho, la respuesta que el Estado debe dar frente a la existencia de personas que sufren carencias económicas y sociales derivadas de una determinada forma de distribución de recursos y bienes, es garantizar mediante acciones positivas y tutelas legales diferenciadas el ejercicio y efectividad de sus derechos fundamentales, entre los que se encuentra el acceso a la educación superior en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. Dicho esto, la protección diferenciada, que en el caso se expresa en el reconocimiento legal al acceso irrestricto a la educación universitaria, tiene suficiente fundamento normativo en el nuevo sistema integrado de protección de los derechos humanos nacido de la última reforma de la Carta Magna federal.

Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el PIDESC ha dicho que "Los Estados Parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás" (Observación General Nº 4, párr. 11).

2. ¿Los Derechos Humanos como arma de doble filo?

La incorporación —a través de la reforma constitucional del año 1994— de los principales tratados internacionales de Derechos Humanos revolucionó el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico nacional impactando tanto en el derecho público como privado. Las valoraciones sobre las consecuencias y alcances de esta internacionalización de nuestro ordenamiento jurídico —a priori favorable a la inclusión y protección de las personas más vulnerables de la comunidad— no debe olvidar que el derecho, en su carácter instrumental, tiene por objeto esencial imponer en la sociedad un régimen determinado de ordenación y constituye en sí mismo un conjunto de reglas que fuerzan a un orden dado de la sociedad y sus miembros.

A partir de tal reforma se produjo al interior del campo jurídico una modificación sustantiva del sistema de fuentes por la cual se incorporaron normas internacionales de derechos humanos que reconocen expresamente un gran número de derechos sociales y plantean la posibilidad de su exigibilidad frente al Estado. Esta nueva constitución modificó las reglas de conductas del campo jurídico, determinando un cambio en lo que les está permitido hacer y lo que no lo está, a los agentes e instituciones jurídicas. A pesar del

nuevo texto constitucional la visión monopólica legitimada para interpretar el derecho, resistió el cambio y limitó los alcances y posibilidades de transformación de la nueva norma.

Paralelamente, en la misma década en que se reformó la Constitución, se impuso en nuestro país un modelo económico neoliberal que; disminuyó la intervención estatal, privatizó empresas públicas, desreguló los mercados, congeló el gasto público, flexibilizó la regulación legal de la relación laboral, redujo salarios y prestaciones sociales, aumentó geométricamente la deuda externa, cerró muchísimas fábricas nacionales, eliminó pequeñas y medianas empresas, suplantó la producción propia por importaciones y promovió la concentración económica en grandes empresas de capitales locales e internacionales.

En los sucesivos gobiernos de Menem y De la Rúa se incrementó en forma considerable la cantidad de personas desempleadas y aumentó en igual modo la pobreza y la indigencia. Esta política económica —similar a la impuesta en los países de nuestra región por el FMI y conocida como el Consenso de Washington— desconoció en los hechos todos los derechos sociales que se plasmaron en la nueva constitución reformada y generó en la población un desinterés por la participación política y un descreimiento en cualquier idea de transformación del sistema capitalista, adoptado ahora en su versión neoliberal.

Este distanciamiento entre dos ámbitos de la realidad se expresó en que, por un lado el derecho formal — Constitución de 1994— constituyó nuevas situaciones jurídicas igualitarias e inclusivas, tanto en lo político (Democracia participativa) como en lo económico (Derechos sociales), y por otro, la estructura económico-social se caracterizó por un aumento de la pobreza y la desigualdad y una disminución de la participación política de la población, desconociendo de esta forma los avances establecidos en el texto constitucional reformado. No obstante las sucesivas crisis económicas y políticas provocaron la reacción de parte de la sociedad que acudió, además de a la organización y a la lucha social, a las propias herramientas que el nuevo ordenamiento jurídico les brindaba para intervenir en modificaciones sectoriales mediante intervenciones legales (administrativas y judiciales).

Así, en los años sucesivos existieron crecientes prácticas concretas por las que actores y participantes del campo jurídico, con fundamento en la nueva Constitución, cuestionaron las reglas que distribuyen el poder al interior del propio campo. Grupos sociales, organizaciones no gubernamentales, partidos políticos, defensores públicos, abogados de interés público, funcionarios y autoridades políticas, jueces, profesores de derecho, iniciaron acciones judiciales, presentaron demandas, dictaron sentencias en las que se reconocía el derecho subjetivo de una persona o un grupo de ellas al efectivo goce de un derecho social (alimentación, vivienda, salud, etc.) ordenando al Estado a brindar la prestación en cuestión.

Este conflicto o competencia por establecer el monopolio de decir el derecho dentro del campo jurídico, se ramificó afectando ya no sólo a los participantes en el juego, sino a las reglas por las cuales los participantes se regirán en el futuro al interior del campo. Siguiendo a Antonio Gramsci, una necesaria visión instrumental del derecho supone la liberación de todo residuo de trascendencia y de absoluto, eliminando todo vestigio de

fanatismo moralista (34). El conjunto de reglas jurídicas obligatorias, integra un sistema abierto que se relaciona con el sistema institucional, político y social, y lo que el derecho aporta a la sociedad constituye sólo el medio para que se alcance un determinado orden social. Ahora bien, la viabilidad de cualquier interpretación normativa, no dependerá sólo del texto de la convención, constitución o las leyes en cuestión, sino del éxito que logre el discurso que propone un modelo de Estado Social y Democrático, en la lucha en el terreno ideológico por el predominio en la construcción de la significación del derecho. (35)

Así, como explica Boaventura de Sousa Santos, dentro del campo jurídico existe una concepción hegemónica de los Derechos Humanos destinada a reproducir el orden social capitalista, colonialista y sexista que domina nuestro tiempo. Ello porque la matriz liberal concibe los derechos humanos como derechos individuales, y privilegia los derechos civiles y políticos. Frente a esta postura se alza una visión contra hegemónica de tales derechos, orientada a la construcción de una sociedad más justa y más digna (36). Un ejemplo de esta postura lo constituyen las concepciones de los derechos humanos inspiradas por las ideas marxistas y, de modo más general, socialistas, que reconocen derechos colectivos y privilegian los derechos económicos sociales y culturales.

En el fondo, la pregunta que se esconde en esta cuestión de interpretación legal es si los derechos humanos son eficaces en ayudar a las luchas de los excluidos, los explotados y los discriminados o si, contrariamente, los hacen más difíciles.

Bartolomé Clavero nos recuerda que el camino hacia las políticas más inhumanas está empedrado de las intenciones más humanas, confundiendo humanidad e inhumanidad. Dice: "la historia idealista de los derechos humanos es uno de los mecanismos que sirven más eficazmente, como mínimo, para enervar y, como máximo, para neutralizar su defensa y promoción. El camino de la inhumanidad también lo asfalta la academia". (37)

La decisión judicial en análisis resulta un claro ejemplo de la limitación de derechos humanos fundamentales a partir de esgrimir normas de derecho internacional que también reconocen derechos humanos fundamentales.

VII. Conclusiones

El acceso a la educación superior constituye un derecho de máximo rango en nuestro ordenamiento jurídico y nuestra historia cultural da cuenta que, a través de él, miles de personas pudieron mejorar su calidad de vida y efectuar trascendentes aportes a la sociedad.

Quienes suscribimos estas reflexiones, no podríamos estar haciéndolo de no ser por nuestro paso por las aulas de la universidad pública que nos recibió con las puertas de acceso abiertas. Reconociendo estas realidades, el legislador buscó

maximizar la incidencia de este derecho, consagrando el acceso libre e irrestricto a las universidades públicas lo que constituye, sin dudas, un avance normativo.

Desde esa mirada, la sentencia bajo análisis configura -a nuestro juicio- una interpretación contraria al derecho internacional de los derechos humanos, por cuanto, viola la hermenéutica del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que, en caso de no ser revertida, podría acarrear responsabilidad internacional del Estado Argentino.

El pleito aún no ha llegado a su fin, bregamos por que el Máximo Tribunal de nuestro país resuelva esta cuestión con miras en el aspecto más trascendente: la educación superior constituye un derecho fundamental que, mientras más ampliamente garantizado por nuestro derecho interno se encuentre, mejor será para nuestra sociedad.

(1) Juz. Nac. Cont. Adm. Fed. Nº 9, "Universidad Nacional de La Matanza y otro c/ EN-M Cultura y Educación s/ amparo ley 16.986", Expte. 80419/2015. Resolución del 22 de marzo de 2016. También se puede leer una nota a la sentencia en Giles, Alejo J. "Una redada al acceso irrestricto a las universidades", disponible en línea en www.palabrasdelderecho.blogspot.com.ar.

(2) Desde la sociología se ha consignado, con rigor, que: "en las posibilidades de acceder a la enseñanza superior se lee el resultado de una selección que se ejerce a todo lo largo del recorrido educativo con un rigor muy desigual según el origen social de los sujetos...Un integrante de clase alta, con más de una posibilidad sobre dos de concurrir a la facultad y que siente a su alrededor, e incluso en su familia, que los estudios superiores son un destino banal y cotidiano, no puede tener la misma experiencia del futuro educativo que el hijo de un obrero que, al tener menos de dos posibilidades sobre cien de acceder a la universidad, sólo conoce a los estudiantes a través de personas o medios interpósitos". Véase Bourdieu, Pierre. "La elección de los elegidos". Editorial Siglo XXI. Frente a esas asimetrías fácticas es que los Estados, a través del derecho, deben hacer que el acceso a la educación superior esté al alcance de todos los ciudadanos que deseen formarse.

(3) Expediente que puede ser consultado con el número consignado en la nota supra a través del Sistema de Consultas Web del Poder Judicial de la Nación.

(4) Modificatorio del artículo 2 de la ley 24.521 de Educación Superior.

(5) Modificatorio del artículo 7 de la norma citada en la nota anterior.

(6) Modificatorio del artículo 58 de la norma precitada.

(7) CSJN, Fallos 319: 3148. En dicho caso se solicitó, en el marco del procedimiento previsto por el artículo 32 de la Ley de Educación Superior 24.521, la nulidad de la resolución 2314/95 dictada por el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires, que dejó sin efecto su par 1219/95 del Consejo Directivo de la Facultad de Medicina por la que se creó el Curso Preuniversitario de Ingreso. La Cámara hizo lugar a lo peticionado. Contra dicha decisión la Universidad de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, confirmó la sentencia recurrida.

(8) Véase considerando VI de la sentencia citada supra.

(9) Véase considerando XII.

(10) PIDCyP, Art. 5. 2. "No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".

(11) Convenio Europeo de Derechos Humanos, Art. 53: "Protección de los derechos humanos reconocidos. Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte".

(12) Steiner, Christian y uriba, Patricia (Eds.), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014.

(13) PINTO, Mónica, "Temas de derechos humanos", Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2011.

(14) Para ver el origen de los dos pactos gemelos, consultar Nikken, Pedro, ob. cit; "Por iniciativa del Consejo Económico y Social, la propia Asamblea General resolvió en 1952 que habría dos pactos: uno relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, y otro a los derechos civiles y políticos. Esta cuestión estaba llamada a representar uno de los aspectos polémicos que se planteó desde el primer momento, cuyo trasfondo no deja de exhibir connotaciones conceptuales e incluso ideológicas, pero que se manifestó como una cuestión política, dentro del enfrentamiento entre los dos bloques que protagonizaron la llamada Guerra Fría. Se trataba de un asunto capital, atinente al contenido, alcance y entidad de la convención destinada a plasmar un compromiso formal y general de los Estados en materia de derechos humanos. El problema consistía en determinar si la misma debía proteger los derechos económicos, sociales y culturales al igual que los civiles y políticos".

(15) ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, "El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional", Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.

- (16) PARRA VERA, Oscar, "Protección Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos", San José de Costa Rica, 2008, p.140.
- (17) Cfr. Caso "Cinco Pensionistas Vs. Perú". Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
- (18) Cfr. Caso "Acevedo Buendía y otros vs. Perú". Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.
- (19) Anuario 99-03 de Estadísticas Universitarias, Ministerio de Educación, Ciencia y Técnica de la Nación.
- (20) Anuario de Estadísticas Universitarias —Argentina 2013—, ISSN 1850-7524, Secretaría de Políticas Universitarias del Ministerio de Educación de la Nación. Dirección de la publicación a cargo de la Lic. Leticia Mirás.
- (21) Anuario de Estadísticas Universitarias —Argentina 2013—, citado.
- (22) Diario Página 12, 13 de mayo de 2016, Sección Opinión, "Universidades: tensiones y fantasmas".
- (23) CAMPBELL, T.; "La Justicia. Los principales debates contemporáneos", Editorial Gedisa, 2008, Barcelona.
- (24) BARRY, B.; "Teorías de la Justicia", Editorial Gedisa, Barcelona, 2001.
- (25) GARGARELLA, R.; "Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política", Editorial Paidós, Barcelona, 1999; La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Ariel Editores, Barcelona, 1996; Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014.
- (26) CAMPBELL, T.; "La Justicia. Los principales debates contemporáneos", Editorial Gedisa, 2008, Barcelona, p. 18.
- (27) Bourdieu, Pierre y Passeron, Jean-Claude; Los herederos. Los estudiantes y la cultura., Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2014, p. 13.
- (28) PIDESC, Art.2. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- (29) FERRAJOLI, L, "Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia". 1. Teoría del derecho, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 686.
- (30) FERRAJOLI, L, "Principia iuris...", ob. cit., p. 776.
- (31) FERRAJOLI, L, "Principia iuris...", ob. cit., p. 718. Agrega luego: "Se manifiesta de este modo un ulterior perfil de la igualdad en los derechos fundamentales y de la desigualdad en los patrimoniales. Los derechos fundamentales son iguales no sólo en el sentido de que pertenecen a todos, sino también en el sentido de que les pertenecen invariable y normativamente en igual forma y medida. Los derechos patrimoniales son en cambio desiguales en el doble sentido de que son contingentes y mudables a causa de las vicisitudes a las que están sometidos, tanto en los titulares como en los contenidos. Éstos se acumulan y se extinguen, aquéllos permanecen siempre iguales a sí mismos. Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento o igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas distintas y en diferente medida. Se puede ser y llegar a ser más o menos rico, mientras que no se puede ser ni devenir más o menos libre. Los derechos patrimoniales, al tener por objetos cosas o prestaciones patrimoniales, se adquieren, se cambian y se venden. Los derechos fundamentales, al contrario, no se cambian ni se acumulan. Unos son alterables en su cantidad y calidad y acaso es posible que se extingan por su ejercicio; los otros permanecen invariables, cualquiera que sea su ejercicio. Se consume, se vende, se permuta o se da en arriendo una cosa que se posee. No se consumen en cambio, y tampoco pueden venderse, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, o los derechos civiles y políticos, a menos que se transformen en derechos patrimoniales", p. 722.
- (32) FERRAJOLI, L, Principia iuris..., ob. cit., p. 718.
- (33) FERRAJOLI, L, Principia iuris..., ob. cit., p. 752.
- (34) GRAMSCI, Antonio: "Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado Moderno", Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2003, p.105.
- (35) ALTHUSSER, Luis: "Ideología y aparatos ideológicos del Estado", Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1988, p. 28.
- (36) De Sousa Santos, Boaventura. Si Dios fuese un activista de los derechos humanos, Editorial Trotta, Madrid, 2014. Al respecto dice: "Esto explica por qué los grupos sociales oprimidos no pueden por menos de plantearse la siguiente pregunta: Incluso si los derechos humanos forman parte de la propia hegemonía que consolida y legitima la opresión, ¿pueden utilizarse para subvertirla? Dicho de otra manera: ¿podrían los derechos humanos utilizarse de un modo contra hegemónico? Y, en tal caso, ¿cómo? Estas dos preguntas conducen a otras dos. ¿Por qué hay tanto sufrimiento humano injusto que no se considera una violación de los derechos humanos? ¿Qué otros discursos de la dignidad humana existen en el mundo y en qué medida son compatibles con los discursos de los derechos humanos?".
- (37) CLAVERO, Bartolomé, "Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos". Editorial Trotta, Madrid, 2014.