

# EDUCATIONIS MOMENTUM

Vol. 8, n.º 1, pp. 137-174, ISSN (impr.): 2414-1364; (online): 2517-9853

<https://doi.org/10.36901/em.v8i1.1498>


## La educación como derecho constitucional y servicio público\*

### Education as a Constitutional Right and Public Utility

Guillermo CHANG CHUYES

Universidad de Piura, Piura, Perú

[guillermo.chang@udep.edu.pe](mailto:guillermo.chang@udep.edu.pe)

 <https://orcid.org/0000-0002-6426-0421>

Recibido: 2022.09.19

Aprobado: 2022.11.22

---

\* Estas líneas se basan en anteriores artículos del autor. Los citamos aquí para evitar constantes referencias a pie de página o citas entrecorridas: «Prolegómenos para entender la regulación de la calidad en la enseñanza universitaria», *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, 17 (2016): 89-188; «Servicio público e iniciativa universitaria en el derecho peruano actual», *Organización de la universidad y la ciencia. Actas y ponencias del XIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, coord. F. López Ramón (Madrid: INAP, 2018): 123-132; «Concurrencia y competencia en la prestación de derechos sociales bajo el régimen de servicio público en el ordenamiento peruano», *XI Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano. La buena administración para la realización de derechos sociales fundamentales* (Deputación Provincial da Coruña: A Coruña, 2019): 267-276; «El principio de subsidiariedad como medio para combatir las desigualdades sociales», *La Constitución de 1993: presente y futuro*, ed. F Bobadilla Rodríguez (Lima: Themis, 2022): 30-59; «En torno a la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo: una revisión necesaria», *Aportes al desarrollo del Derecho Administrativo en el Perú: análisis y perspectivas sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo a los 20 años de vigencia*, ed. T. Zúñiga Fernández (Lima: CDA-Yachay, 2022): 445-467; «¿Es la RSU verdadera RSU?: un análisis jurídico», *Revista de Derecho de la Universidad de Piura, pro manuscripto* (2022).

### Resumen

Este artículo describe la regulación del derecho a la educación en la legislación peruana. En primer lugar, analiza la relación entre educación y derecho. La educación es un término metalegal; la ley solo garantiza formalidades en torno a la educación, excepcionalmente, algún principio metajurídico sobre la educación. Luego, el autor describe la educación como una relación. Finalmente, determina las relaciones educativas protegidas en el Perú: padres-hijos, educación pública y educación religiosa.

This article describes the regulation of the right to education in the Peruvian legislation. Firstly, analyzes the relationship between education and law. Education is a meta legal term. The law only guarantees formalities around education and exceptionally some meta-legal principle about education. Then, the author describes education like a relationship. Finally, determines protected educational relationships in Perú: parent-child, public education, and religious education.

**Palabras clave:** educación, constitución, servicio público

**Keywords:** education, constitution, public utilities

### Sumario

I. La educación como relación y su regulación por el derecho. II. Las relaciones educativas protegidas en el ordenamiento jurídico peruano, en especial la relación paterno-filial. III. El contenido constitucional del derecho a la educación brindado por el Estado. IV. Su prestación por medio del servicio público educativo. V. Conclusiones.

## I. La educación como relación y su regulación por el derecho

Jaeger inicia el prólogo de su famosa *Paideia*<sup>1</sup> describiendo la relación entre la educación y el derecho. Su razonamiento parte del estudio de la educación en el mundo griego, que se mantiene vigente hasta la actualidad. Para el autor, esta actividad es propia de las comunidades que alcanzan cierto grado de desarrollo. Por ello, la educación es el *principio mediante el cual la comunidad humana*—ya sea una familia, una clase social, una estirpe o el Estado—*conserva y transmite su peculiaridad física y espiritual*. En ese sentido, la educación se constituye como el conjunto de organizaciones materiales y espirituales para alcanzar ese fin. Sin embargo, esta organización no existe en el vacío, sino que necesita de las leyes. La estructura de toda sociedad, y de la organización de la transmisión de la cultura, descansa en las normas escritas y no escritas que unen y ligan a sus miembros. Por ello, la educación *es el producto de la conciencia viva de una norma que rige una comunidad humana*.

Para Jaeger, la educación depende de la estabilidad de las normas de la comunidad. Así, menciona: *a la estabilidad de las normas válidas corresponde la solidez de los fundamentos de la educación. De la disolución y la destrucción de las normas resulta la debilidad, la falta de seguridad y aun la imposibilidad absoluta de toda acción educadora. Esto ocurre cuando la tradición es violentamente destruida o sufre una íntima decadencia. Sin embargo, la estabilidad no es signo seguro de salud. Reina también en los estados de rigidez senil, en los días postreros de una cultura.*<sup>2</sup>

Coincidimos plenamente con la descripción de la relación entre la educación y el derecho que detalla Jaeger en el prólogo esbozado. Sin embargo, habría que matizarlo con una idea: la materia educativa es metajurídica. En efecto, el derecho no define lo que es la educación o la cultura. A pesar de ello, se legisla mucho: competencias que deben desarrollar los educandos, el plan educativo, las técnicas de educación, regulación de las escuelas tanto públicas como privadas, régimen de los profesores, derechos de los padres de familia y tutores de los menores, entre otros. En todos estos casos, a la legislación—y al derecho— le corresponde determinar lo justo y lo injusto

---

1 W. Jaeger, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, 15.a ed. (Fondo de Cultura Económica, 2001), 10 y ss.

2 Ibid., 11.

jurídico.<sup>3</sup> Sin embargo, el contenido razonable de lo que sea justo o injusto, en principio, dependerá de lo que mencionen varias ciencias: el derecho —y con este, la legislación— es solo un instrumento. Por un lado, involucra a las propias ciencias vinculadas con la metodología para la enseñanza como la pedagogía, la psicología, la moral individual, la antropología, las ciencias de la salud, entre otras. Por otro lado, también implican otras ciencias como la política, la sociología, la etnología, la moral social, entre otras, respecto de las políticas públicas. Es preciso recordar que en esas ciencias no hay un acuerdo en todos los temas: no son ciencias exactas.

Dentro de todas estas ciencias, conviene subrayar la importancia de la política como antesala para la determinación del injusto jurídico. Es en ese foro donde ocurre el desfile de las ciencias antes señaladas. Por ello, es en ese momento donde se debe tener en cuenta una interdisciplinariedad realista, que no se debe quedar en la teoría, sino que debe mirar a los destinatarios de estas políticas públicas. Este debate es importante porque, a la larga, afecta a todos los ciudadanos de una comunidad.

Teniendo en cuenta lo expuesto, al derecho —y a la legislación— solamente le corresponde analizar si la educación es un derecho y, en caso de serlo, establecer los parámetros de su plena vigencia dentro del respeto a la dignidad de las personas que conforman la comunidad y sus derechos. Sin embargo, esto no se puede determinar si no se tiene un concepto claro en torno a lo que implica la educación y su vinculación con la naturaleza humana.

---

3 Cabe señalar que es importante distinguir el injusto jurídico del injusto moral. En principio todo injusto jurídico es a su vez un injusto moral; sin embargo, viceversa no ocurre lo mismo. La vulneración del *dar a cada uno lo suyo* es jurídicamente relevante cuando lo prevea el ordenamiento jurídico. Cabe señalar que esto no es una postura positivista. En la actualidad, es insostenible dogmáticamente el positivismo jurídico porque la legislación debe interpretarse teniendo en cuenta la dignidad humana de cada persona. Esto se ha asentado especialmente luego de los totalitarismos del siglo XX. Sin embargo, es importante resaltar que, si en la actualidad muchos ordenamientos jurídicos no respetan esta dignidad, no es por culpa de los principios de las ciencias jurídicas sino por la manipulación política de los intereses de un determinado grupo social. Estos manipulan la legislación para sus fines particulares, desviándola de su razón de ser: el bien común. En ese sentido, el estado de derecho no puede cargar con las culpas de la mala política porque solo es un instrumento al servicio del interés general.

Partiendo de la exposición de Jover y otros,<sup>4</sup> definimos la educación como una *relación de ayuda asimétrica y temporal que implica la mejora personal del educando*. En primer lugar, es una relación de ayuda porque implica la acción del educador y la participación del educando en la misma. No es una relación unidireccional educador-educando o viceversa, sino que se necesita de ambas voluntades para alcanzar el fin. En segundo lugar, es asimétrica. Ello implica que el educador tiene una *auctoritas* respecto de algo que el educando desea adquirir. Finalmente, la educación tiene como fin la mejora personal del educando, ya sea por medio de la adquisición de algún conocimiento o habilidad.

A continuación, es necesario analizar si esta relación deber ser considerada un derecho natural. Si la relación se fundamenta en un contrato o en la legislación, obviamente estaremos frente a un derecho. Sin embargo, lo más importante aquí es determinar si este es un derecho natural o meramente un derecho positivo. Para ello, es importante partir de qué se debe entender por derecho natural. Menciona Hervada Xiberta<sup>5</sup> que los derechos naturales *están atribuidos a cada hombre precisamente porque es persona: hay cosas que son del hombre en virtud de su naturaleza. La condición de persona reparte necesariamente cosas, porque al ser la persona dueña de sí, al menos su propio ser le pertenece*.

Independientemente de la antropología filosófica y de la postura en torno a los derechos naturales que se tenga, no cabe duda de que la educación es algo esencial a la persona humana por el mero hecho de tener esa naturaleza, siguiendo el concepto de Hervada. Es de justicia natural que todo ser humano sea educado con miras a vivir en la comunidad. Aun cuando es un cuento infantil, *El libro de la selva* de Kipling<sup>6</sup> puede servirnos para mostrar

---

4 G. Jover, V. Gozávez y M. Prieto, *Una filosofía de la educación del siglo XXI* (Madrid: Síntesis), 49-52.

5 J. Herbada Xiberta, *Introducción crítica al derecho natural*, 11.a ed. (Pamplona: EUNSA, 2011), 80 y ss.

6 R. Kipling, *El libro de la selva*, trad. Gabriela Bustelo (Barcelona: Planeta, 2016), 15-56. Somos conscientes del origen estoico de la noción de ley natural y de que su mayor elaboración, como derecho, lo ha realizado el pensamiento aristotélico-tomista. Sin embargo, la cita de Kipling muestra (en el sentido tomista del término) la necesidad de la educación de forma existencial. En ese sentido, desde un punto de vista antropológico, pensamos que la noción de *vulnerabilidad* de MacIntyre como algo

esta evidencia. La descripción que hace el autor de la vulnerabilidad humana del cachorro de hombre muestra la necesidad de la educación. Incluso, el bautismo bajo el nombre de Mowgli (rana), refleja la realidad humana frente a la naturaleza de los otros animales. Además, el debate en la manada refleja dos ideas. Primero, la necesidad de aprender a vivir en comunidad, reflejado en el ofrecimiento de Baloo a educarlo y la orden de Akela: *llévenselo y adiéstrelo para que sea un miembro digno del pueblo libre*. Por otro lado, se reafirma la vulnerabilidad por medio de las voces de los miembros de la manada que responden con indiferencia a la incorporación del cachorro de hombre a su sociedad: *¿Qué importa? Morirá con las lluvias del invierno. Se abrasará al sol. ¿Qué daño nos puede hacer una rana desnuda?*

La necesidad de la relación educativa es patente. Sin embargo, la cuestión gira en torno a determinar quién es el obligado a dar esa educación y cuál es el contenido y el fin de esta actividad. En principio, históricamente han sido los padres quienes hacían esta actividad: ellos han sido los principales obligados. Así, cada familia establecía el fin y los medios de la educación de los hijos. Esta ha sido la regla hasta el final del antiguo régimen. Con la aparición del cristianismo surgió otro actor: la Iglesia católica. El *munus docendi* habilitaba a los clérigos a enseñar los dogmas de la fe. Empero, su educación no se circunscribió a las verdades de fe, sino que se vieron con la necesidad de entrar en los denominados *preambula fidei* para poder transmitirla. Ello amplió el contenido de la enseñanza a muchas cuestiones extradogmáticas.

Con el fin de la edad media, en el siglo XVI, el renacimiento también impactó en la educación. En el caso de la reforma protestante, el ideal de Lutero de *sola scriptura* exigía que toda la población fuera alfabetizada. Por ello, rápidamente en los territorios alemanes se implantó el primer sistema educativo. Y con ello, los reinos (y posteriormente el Estado) aparecen

---

propio de lo humano es más acertado para mostrar la necesidad de estos derechos. Sin embargo, coincidimos con las críticas de Ramis Barceló, quien señala que la falta de familiaridad de MacIntyre con los conceptos jurídicos y con el lenguaje de los juristas hace que su obra tenga algunas falencias en estos aspectos. Cfr. A. MacIntyre, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos de virtudes* (Barcelona: Paidós, 2001), *in totum*; R. Remis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar: la contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico* (Madrid: Universidad Carlos III, 2012), 381-426.

como sujetos también de la relación educativa. Así, se convirtieron en un tercer actor en la educación.

La realidad peruana ha repetido este proceso. En la época precolombina la educación era propia de los caciques, pero no incluía a los ayllus y a las tribus y culturas anexadas al Tahuantinsuyo. Ahí, la educación dependía de cada familia. Algunas de ellas tenían su propia identidad y también su modo concreto de transmitirla. Con la implantación del virreinato del Perú, la Iglesia se encargó de la educación, teniendo en cuenta la situación de la clase a la que pertenecía cada persona y con miras a la transmisión de la fe. Así, había colegio para españoles, indios (hijos de los caciques) y un sistema educativo en torno a las reducciones indígenas, tras su implantación por el virrey Toledo. El sistema cambió con la implantación de la República, donde el Estado aparece como nuevo actor en torno a la educación.<sup>7</sup>

En fin, desde el inicio de la modernidad, se ha dado un debate en muchos foros en torno al objetivo de la educación y los sujetos obligados a brindarla: los padres de familia, la Iglesia católica —y en general otras organizaciones religiosas— o el Estado. No es el momento de hacer un recuento de pensamientos y pensadores en torno a ese tema.<sup>8</sup> Actualmente, es importante reconocer que tanto *de iure* como *de facto*, esta función ha sido absorbida cada vez más por el Estado en detrimento de los padres de familia y de las organizaciones religiosas. *De iure*, porque el Estado es básicamente quien determina cuál es el contenido a enseñarse en las escuelas públicas de un país y concentra la mayor cantidad de infraestructura educativa. *De facto*, porque la situación actual de la sociedad impide que los padres de familia puedan pasar tiempo con sus hijos. En efecto, pasan más tiempo en la convivencia escolar que en la vida familiar.<sup>9</sup>

---

7 Hace algunos años, la Derrama Magisterial ha publicado una colección de quince tomos denominada *Pensamiento educativo peruano*, donde se analiza la historia del pensamiento sobre la educación, así como la organización del sistema educativo desde la época precolombina hasta la actualidad.

8 Cfr. M. García Amilburu y J. García Gutiérrez, *Filosofía de la educación: cuestiones de hoy y de siempre* (Madrid: UNED-Narcea, 2012), 81-126; Jover, Gozávez y Prieto, *Una filosofía de la educación del siglo XXI*, 203-248.

9 Recientemente se ha promulgado la Ley N.º 31572, Ley del Teletrabajo. Esta norma establece en el artículo 1 que se tiene en cuenta la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral. Aun cuando el detalle de la norma se enfoca en materia laboral,

No parece que esta realidad jurídica y fáctica sea la conveniente. La historia, como *magistra vitae*, nos puede ilustrar en torno a la conveniencia de un modelo educativo donde solamente existe un obligado a brindar esa educación. Por un lado, si solamente son los padres de familia, nos encontramos en un modelo de clanes —o ayllus— encerrados en sí mismos. En la otra orilla, si solamente es el Estado u otra organización religiosa, se puede opacar la realidad personal de cada ciudadano. En ese sentido, la educación formaría *another brick in the wall*, como dice la famosa canción de Pink Floyd. Más aun, el peligro es que la educación sirva como instrumento para desterrar la sociedad democrática. Así, se instituiría un despotismo ilustrado, o lo que es peor, un totalitarismo como lo ha descrito magistralmente Hanna Arendt el siglo pasado.<sup>10</sup> A la larga, se forman clanes un poco más grandes, encerrados en sí mismos.

Por ello, es importante evitar las discusiones en torno al monopolio del sujeto obligado a brindar la educación —y a establecer el fin y contenido de esta— y reconocer la necesidad de la participación de todos ellos. La cuestión aquí es determinar cuál es el ámbito de cada uno de estos sujetos. Parece ser que la familia se centra en la persona en sí misma; la organización religiosa en la visión trascendente de la comunidad con la cual se comparte el credo; y el Estado, en la convivencia social independientemente de la persona y religión de cada ciudadano. Sin embargo, lograr este equilibrio exige que el derecho positivo, luego de un debate político alturado, establezca los medios razonables para tal fin. A continuación, analizamos cómo el ordenamiento jurídico peruano organiza la educación de sus ciudadanos. En ese sentido, nuestro baremo es el equilibrio descrito en las líneas anteriores.

---

hay determinados derechos que impactan en la vida familiar de los trabajadores en beneficio de su familia y con ello en la educación de los padres con sus hijos. Podemos resaltar dos. El primero es el de desconexión digital, regulado en el artículo 22. Este derecho garantiza el disfrute del tiempo libre y el equilibrio entre la vida laboral, privada y familiar. El segundo es el teletrabajo en beneficio de población vulnerable y otros, establecido en el artículo 16. Esta norma fomenta el teletrabajo en caso de personas con discapacidad, gestantes y en periodo de lactancia materna, personas responsables del cuidado de niños, adultos mayores, discapacitados, grupos de riesgo por factores clínicos o enfermedades preexistentes, familiares directos con enfermedad en estado grave o terminal. La norma prevé que el reglamento establezca el procedimiento para evaluar la naturaleza de las funciones y el perfil del puesto que desempeña el trabajador.

10 H. Arendt, *Los orígenes del totalitarismo* (Madrid: Alianza Editorial, 2006), *in totum*.



## II. Las relaciones educativas protegidas en el ordenamiento jurídico peruano, con especial referencia a la relación paternofamiliar

Antes de entrar a detallar el texto de la Constitución, es importante hacer una breve exposición de la metodología que se sigue para determinar el contenido constitucional de los derechos protegidos en ese texto.

### A. Breve referencia a la teoría de la determinación del contenido esencial de un derecho constitucional

Para esta parte seguimos *in totum* el pensamiento de Luis Castillo Córdova.<sup>11</sup> La naturaleza humana es una realidad compleja que tiende a la perfección. Haciendo una *expositio terminorum*, el autor explica que es una realidad compleja porque es pluridimensional (material, espiritual, individual y social). En el caso de la tendencia a la perfección explica que cada una de esas dimensiones presenta una serie de exigencias y necesidades que reclaman ser atendidas y satisfechas convenientemente. Estas exigencias solo pueden ser satisfechas por bienes. Ahí es donde ingresa el derecho. Este debe convertirse en una herramienta eficaz que posibilite efectivamente a la persona alcanzar los mayores grados de perfeccionamiento humano, por medio del acceso a estos bienes. Por ello, es fin del derecho favorecer la convivencia humana a través de la regulación de las relaciones humanas. Esto implica no solo la mera convivencia, sino también que de ella las personas alcancen su pleno desarrollo. En fin, para esto, el derecho debe tener como punto de partida a la persona humana.

Con este marco conceptual, podemos definir los derechos humanos: conjunto de bienes humanos que han de ser reconocidos y garantizados por el derecho, a fin de permitir a las personas alcanzar cuotas de perfección humana en la medida en que logra satisfacer necesidades o exigencias propias y efectivamente humanas. Estos son obligatorios porque se fundamentan en la dignidad humana. Ya dependerá de cada ordenamiento jurídico su positivización. Normalmente estos derechos humanos están constitucionalizados, aunque no todos los derechos constitucionales sean fundamentales.

---

11 Luis Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general* (Lima: Palestra, 2007).

En el Derecho peruano, esto se ve reflejado en el artículo 1 de la Constitución: la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Como bien señala Orlando Vignolo Cueva,<sup>12</sup> estamos frente al principio de subsidiariedad erigido como canon hermenéutico del todo el ordenamiento jurídico. Esta *primacía de la persona*, en la terminología de Luis Castillo Córdova,<sup>13</sup> se concretiza en varios subprincipios que rigen la hermenéutica de todo el ordenamiento jurídico. El primero de ellos es la interpretación *pro homine*, que implica que todo debe entenderse en beneficio de la persona humana. En segundo lugar, implica una visión armonizadora para interpretar los conflictos de derechos fundamentales. Esto se basa en la unidad y coherencia de la propia naturaleza humana. Las necesidades humanas son satisfechas sin vulnerar la pluridimensionalidad de la persona y en tanto que una de estas dimensiones es social, sin afectar a las demás. Por ello, los conflictos de derechos solo son conflictos de pretensiones y no de la naturaleza humana. *Contrario sensu*, no es posible interpretar los derechos fundamentales con teorías que impliquen ponderar la primacía de uno u otro derecho en un conflicto, sino solamente de la pretensión y de los medios probatorios. Menos aún, esto no implica establecer *a priori* una primacía de algunos derechos sobre otros.

Una última consecuencia es la necesidad de delimitar el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Se ha mencionado antes que el ser humano es una unidad coherente que tiene necesidades satisfechas por determinados bienes jurídicos. En ese sentido, no es posible el ejercicio incorrecto de un derecho, salvo caso de abuso de este. Por ello, delimitar implica establecer hasta dónde termina el correcto ejercicio del derecho y a partir de dónde se afecta el derecho de terceros. Esta delimitación se realiza, en primer lugar, por lo que define la Constitución, tanto en la disposición concreta (interpretación literal) como a lo largo del texto (interpretación unitaria), buscando una unidad de interpretación. Luego, se acude a las normas internacionales vinculantes sobre derechos humanos y a la jurisprudencia que sobre ella han emitido los tribunales internacionales con competencia para ello (cláusula internacional). Ello, en cumplimiento de la cuarta disposición final y transitoria de la Carta Magna. A continuación, se toma como criterio el bien humano

---

12 O. Vignolo Cueva, *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal* (Lima: Palestra, 2019), 88.

13 Ibid., 51.

que se protege detrás del derecho fundamental (interpretación teleológica). Finalmente, se analizan las concretas circunstancias del caso concreto para justificar el alcance de protección constitucional (concordancia práctica).

Habiéndose determinado el contenido, se puede distinguir la doble dimensión protegida de cada derecho fundamental. Por un lado, se encuentra la dimensión subjetiva que contiene las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que exige la abstención por parte del poder público y de otros privados. En el otro lado, se encuentra la dimensión objetiva (o institucional) que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesarias, a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad.

## **B. Las relaciones educativas establecidas en la Constitución**

Conviene realizar dos advertencias metodológicas antes de entrar de lleno a analizar el texto constitucional. La primera tiene que ver con las citas de los tratados internacionales. Como se ha señalado, la determinación del contenido esencial de cualquier derecho constitucional exige la consulta de los tratados internacionales suscritos por el Perú en esa materia, siguiendo la cuarta disposición final y transitoria de ese documento. Por ello, y con la finalidad de no ser repetitivo, citaremos los tratados internacionales a pie de página, salvo que el texto del tratado se explicita en un nuevo contenido constitucional del derecho a la educación, con lo cual lo incluimos en el texto principal. Por otro lado, cabe señalar que para el análisis realizado solo hemos tomado en cuenta la parte de la Carta Magna que se refiere a las relaciones educativas. Otras disposiciones constitucionales referidas a regímenes del personal educativo, beneficios tributarios, entre otros, no son parte de este trabajo y exigirían un estudio de las mismas dimensiones que el presente.

La Carta Magna peruana regula en su título I lo referido a la persona y la sociedad. Por ello, este título lleva ese nombre. A su vez, este está dividido en varios capítulos. El primero, denominado «Derechos fundamentales de la persona» tiene un doble contenido. Por un lado, el artículo 1 que establece el principio de primacía de la persona respecto del Estado y la sociedad. Por otro, una lista de derechos fundamentales (en el artículo 2) que no es taxativa. En efecto, el artículo 3 permite que puedan ser protegidos otros derechos que se fundan en la dignidad del hombre. Cabe señalar que, dentro

de esta lista, no se enuncia a la educación. Sin embargo, esto no hace que los derechos que se regulan en otras partes de la Constitución tengan un régimen jurídico distinto: todos tiene la misma categoría.<sup>14</sup>

El segundo capítulo de la Constitución regula los denominados derechos sociales y económicos. Es en este grupo que se encuentra el derecho a la educación. Se regula en los artículos 13 a 19 de esta norma. Quizá la norma más importante es la que establece la finalidad de la educación. Así, el artículo 13 establece *ab initio* que el fin es el desarrollo integral de la persona humana. Ello es lógico, teniendo en cuenta que el artículo 1 ya citado establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Además, el artículo 13 establece también que la educación prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad. En esa línea, el artículo 6 de la Ley General de Educación, Ley N.º 28044 (en adelante LGE), señala que la formación ética y cívica es obligatoria en todo proceso educativo, prepara a los educandos para cumplir con sus obligaciones personales, familiares y patrióticas, y para ejercer sus derechos y deberes ciudadanos. Además, el artículo 9 de la LGE, al establecer los fines de la educación hace referencia a las dimensiones individual y social de la persona humana. Por lo expuesto, el desarrollo integral de la persona no implica un aislarse, sino que se dirige también a formar la vida en sociedad.<sup>15</sup>

---

14 Para una comparación con el ordenamiento jurídico español que sí diferencia derechos dentro de la constitución, cfr. L. Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales*, 99 y ss.

15 El numeral 2 del artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene una redacción similar: *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 grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el desarrollo de la paz.* Por su parte, el artículo 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales detalla que la educación debe orientarse al pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales. Además, 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 naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

A estos tratados internacionales hay que añadir algunos otros que establecen fines específicos a la educación. El artículo 7 del Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial establece que la educación coopera

Por otro lado, la norma fundamental también establece quiénes son aquellos que pueden brindar esa educación. En primer lugar, dentro de los derechos y deberes en torno a la familia, el artículo 6 establece expresamente el deber de los padres de educar a los hijos (que se reitera posteriormente en el artículo 13 *in fine* de forma expresa). La segunda es la relación entre educando y Estado por medio de la escuela. Aun cuando la desarrollaremos más adelante, es importante tener en cuenta que es una relación compleja porque involucra a muchas Administraciones Públicas y en algunos casos a privados. A ello responden otros artículos de la Carta Magna que se refieren expresamente a la cuestión económica del financiamiento de la educación y que se analizará en el último ítem de este estudio. Finalmente, los artículos 192 y 195 de este texto normativo establecen competencias en materia de educación para los gobiernos regionales y locales, respectivamente.

Por otro lado, puede parecer que la Constitución política no prevé expresamente la participación de las organizaciones religiosas; sin embargo, esto no es así.<sup>16</sup> En primer lugar, el derecho a la libertad religiosa es un derecho

---

en el combate de los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y ayuda a promover la comprensión, tolerancia y amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos. El artículo 10.c del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer establece que la educación coopera en la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos sus niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr ese objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza. El artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala fines similares a los citados en el párrafo anterior. Lo novedoso está en que se incluye como fin el respeto de sus padres, respeto al medio ambiente, entre otros. El artículo 30 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece fines similares para las personas que tienen estas condiciones. El artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre establece que la educación debe capacitar para lograr una digna subsistencia, el mejoramiento del nivel de vida y ser útil a la sociedad. El artículo 3.m de la Carta de la Organización de Estados Americanos menciona que la educación de los pueblos debe orientarse a la justicia, la libertad y la paz. En principio, estos tratados establecen nuevos objetivos que ayudan a concretizar el mandato constitucional respecto del fin de la educación y deben ser tenidos en cuenta en el plan educativo nacional.

16 Sobre el ejercicio de la libertad religiosa, cfr. L. Carpio Sardón, *La libertad religiosa en el Perú: derecho eclesiástico del estado* (Piura: UDEP, 1999); *El derecho fundamental de la libertad religiosa*, coord. S. Mosquera Monelos (Lima: Palestra, 2014); *Libertad*

fundamental reconocido en el inciso 3 del artículo 2 de la Carta Magna, ya sea de forma individual o asociada. Este mismo artículo también reconoce el libre ejercicio público de todas las confesiones, siempre que no ofenda a la moral ni altere el orden público. En segundo lugar, la propia Constitución también reconoce la vertiente asociativa de este derecho fuera de la lista del artículo 2. El artículo 50 de este texto normativo establece el principio de cooperación entre el Estado y las organizaciones religiosas. En ese sentido, estas organizaciones no solo tienen el derecho de brindar la educación dentro de sus lugares de culto; sino también el Estado, como contrapartida, se ha obligado a cooperar con esa educación. Por ello, la educación que brindan las organizaciones religiosas tiene un régimen jurídico bifronte. Por un lado, tiene el derecho de impartir educación dentro de sus establecimientos, bajo el régimen jurídico privado; y por otro, que el Estado acoja el contenido dogmático de la organización religiosa como parte del plan educativo. En este último caso, las organizaciones religiosas podrán determinar parte del contenido a enseñarse e incluso intervenir para determinar quiénes son las personas capacitadas para esa actividad. Además, el segundo párrafo del artículo 14 de esta norma establece que la educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias. Este artículo rige para cualquier proceso educativo.<sup>17</sup>

Finalmente, también hay que tener en cuenta que el artículo 14 *in fine* de la Constitución establece que los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural de los ciudadanos. La LGE, por su parte, también establece obligaciones respecto de la sociedad (artículo 22) y las empresas (artículo 24). La razón de ser

---

*religiosa y aconfesionalidad del Estado peruano*, eds. F. Bobadilla Rodríguez, J. Chirinos Pacheco y J. Ferrer Ortiz (Lima: Yachay Legal, 2020).

- 17 En el año 1980, el Estado peruano y la Santa Sede suscribieron un concordato. Los artículos XIX y XX regulan varios derechos concedidos a la Iglesia Católica: a) libertad de establecer centros educativos en todos los niveles, según la legislación peruana; b) la enseñanza religiosa es materia ordinaria en los colegios públicos; c) venia del obispo para la contratación del profesor de religión en las escuelas públicas; d) reconocimiento de seminarios y centros de formación de comunidades religiosas como de educación superior; e) otorgar títulos a nombre de la nación; entre otros. En principio, las organizaciones religiosas reconocidas por el Estado peruano pueden acceder a los mismos derechos que la Iglesia Católica, si así lo solicitan.

de estas obligaciones es una noción amplia de educación. La Constitución no define qué es educación, sin embargo, la LGE la define de la siguiente manera: *proceso de aprendizaje y enseñanza que se desarrolla a lo largo de toda la vida y que contribuye a la formación integral de las personas, al pleno desarrollo de sus potencialidades, a la creación de la cultura, y al desarrollo de la familia y de la comunidad nacional, latinoamericana y mundial. Se desarrolla en instituciones educativas y en diferentes ámbitos de la sociedad.*

Este concepto es distinto del concepto estricto-relacional con el que iniciamos este análisis. No podemos negar que la afirmación del legislador es correcta porque responde a la naturaleza humana: la persona está en constante aprendizaje. Sin embargo, pensamos que es inexacta para el análisis jurídico. En primer lugar, porque es más moral que jurídica. Recordemos lo que la propia Carta Magna establece en su artículo 2.24.a: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

En ese sentido, el derecho solamente puede regular aquellas concretas relaciones educativas previstas en el ordenamiento, como las analizadas en este estudio. Por otro lado, no todas las relaciones educativas están preestablecidas en la legislación. Por medio de actos jurídico-privados, los ciudadanos, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Civil y respetando los fines de la educación previstos en la Carta Magna, pueden establecer muchas relaciones educativas. Estas están protegidas por las propias normas civiles, o de ser el caso, por normas de protección al consumidor.

En el caso de los medios de comunicación, las empresas y la sociedad, no se genera una relación educativa como la descrita en el *introito* de este documento. Por ello, su participación puede ser previa o instrumental. Es previa cuando participan en la definición del Proyecto educativo nacional. Por otro lado, es meramente instrumental cuando cooperan en alguna relación

educativa concreta, como ocurre con el caso de los medios de comunicación<sup>18</sup> o con los convenios de prácticas pre o profesionales.<sup>19</sup>

### C. La relación paternofilial

De esta tríada de relaciones, analizamos en este epígrafe el régimen jurídico de la educación paternofilial. La razón es muy sencilla: la relación paternofilial es anterior al Estado y a la Constitución. Básicamente es una relación de derecho privado que se basa en los vínculos sanguíneos, principalmente. Sin embargo, como mencionábamos anteriormente, la Carta Magna también se aplica a las relaciones jurídico-privadas. Empero, la vinculación a este texto normativo es distinta a las otras relaciones educativas. En efecto, el artículo 2.2.24.b establece taxativamente: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Empero, ello no implica que los padres puedan actuar arbitrariamente con sus hijos. Dentro de los

---

18 La Ley N.º 28278, Ley de Radio y Televisión menciona a la educación como parte de sus fines (artículo II del Título Preliminar o artículo 4). Sin embargo, el artículo 9 diferencia los servicios de radiodifusión según su finalidad. Por un lado, está la radiodifusión comercial, destinada al entretenimiento y recreación del público, así como a abordar temas informativos, noticiosos y de orientación a la comunidad, dentro del marco de los fines y principios que orientan el servicio. En segundo lugar, se regulan los servicios de radiodifusión educativa, por medio de los cuales la programación está destinada al fomento de la educación, la cultura y el deporte. Finalmente, se regula la radiodifusión comunitaria para las comunidades campesinas, nativas e indígenas, áreas rurales o de preferente interés social. En los últimos casos, habrá que determinar si estos medios de comunicación son instrumento de una verdadera relación educativa. En caso contrario, solo tendrán como fin acrecentar el acervo cultural de los ciudadanos.

19 La Ley N.º 28518, Ley sobre modalidades formativas laborales, regula las prácticas pre y profesionales. Esta se complementa, para el caso del sector público, con el Decreto Legislativo N.º 1401, que aprueba el régimen especial que regula las modalidades formativas de servicios en el sector público. La primera de estas normas, aplicable también a las modalidades formativas del sector público, establece como uno de sus principios la complementariedad entre la formación recibida y la experiencia práctica en el seno de la empresa. Para ello, se menciona expresamente el principio de *adecuación a la realidad* del proceso formativo (artículo I.3). En ese sentido, queda claro que la labor de la empresa es instrumental respecto de la relación educativa con el centro de formación. Por otro lado, hay situaciones en las cuales la propia empresa se convierte en un centro de formación con una relación educativa propia, como es el caso de la capacitación laboral juvenil o la actualización para la reinserción laboral.



finés de la educación establecidos por la Carta Magna, los padres pueden educar a la prole según su leal saber y entender, respetando los derechos fundamentales de sus hijos.<sup>20</sup>

Existe muy poca regulación de esta relación educativa en la Constitución. Solamente se menciona a los padres en los artículos 6 y 13, estableciendo un deber y dos derechos. Por un lado, establece el deber de educar a la prole.<sup>21</sup> Por otro lado, les reconoce dos derechos: el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo. No hay más regulación al respecto a nivel constitucional.

En el caso de los tratados internacionales, una mención especial refiere lo establecido en el artículo 5.b de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Este obliga al Estado a garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. Cabe señalar que, en el caso peruano, no existe una regulación específica sobre esta materia en la relación paternofamiliar.

---

20 Cabe señalar que en el artículo 10 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reconoce que se debe conceder a la familia la más amplia protección y asistencia posible, especialmente (...) mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

21 Recientemente Monge Morales ha tratado el tema de los deberes constitucionales. No compartimos su postura por dos razones. En primer lugar, confunde deberes y obligaciones. Además, establece que solo son deberes constitucionales aquellos que son aplicables de modo general a toda persona. En ese sentido, el deber de educar a la prole de los padres quedaría excluido al no ser aplicable a todos los ciudadanos. Respecto al concepto de deber, compartimos la opinión de Garrido Falla. Para este autor, el deber tiene un carácter genérico y la obligación se refiere a un bien determinado. Por ello, los deberes pueden realizarse de muchas maneras, mientras que la obligación tiene un contenido más limitado. En ese sentido, el deber de educar a la prole es un verdadero deber porque puede realizarse de muchas maneras, según lo decidan prudentemente los titulares de la patria potestad. Por otro lado, la aplicación de modo general no es esencial al concepto de deber constitucional. Básicamente los deberes constitucionales lo son por el hecho de estar positivizados en la Carta Magna, sin cambiar su naturaleza. Cfr. G. Monge Morales, «Tratamiento de los deberes constitucionales de la persona en el Perú: una introducción», *Forseti*, vol. 9, n.º 13 (Lima, 2021): 46-26; F. Garrido Falla et al., *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general*, vol. I (Tecnos, 2010).

Analizamos a continuación solamente el deber de educar a los hijos, dado que los derechos antes señalados se insertan en la educación que brinda el Estado y que se detalla en el siguiente epígrafe. El deber de educar es desarrollado legislativamente por tres normas importantes: el Código Civil, el Código de los Niños y Adolescentes, Ley N.º 27337 (en adelante CNA) y la LGE. Antes de analizar el contenido de estas normas, es importante recordar que el Código Civil fue promulgado nueve años antes de la Constitución vigente. Por ello, podría parecer que una interpretación conjunta de normas civiles y constitucionales es complicada. Sin embargo, como se apreciará a continuación, una interpretación armonizadora es posible. Así, no existe contradicción entre la norma constitucional y la civil. Básicamente, como se demostrará en las siguientes líneas, se aprecia que el deber de educación, dentro de todos los deberes y derechos que exige la patria potestad, ha sido elevado al rango constitucional.

A nivel legislativo, el deber de educar a la prole está incluido dentro de la patria potestad. El artículo 418 del Código civil define a esta institución como el *deber y derecho de los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores*. El fundamento de la patria potestad es de justicia natural. Con otra terminología, señala Cornejo Chávez: *el ser humano durante la primera etapa más o menos prolongada de su vida no se halla en aptitud de proveer su propia subsistencia, ni de cautelar sus intereses, ni de defender sus derechos, ni de formar su propia personalidad. Este estado explica y fundamenta la figura de la patria potestad.*<sup>22</sup> Esta cita evoca en su totalidad el texto de Kipling citado en el apartado anterior.

La patria potestad está vigente hasta que la prole adquiera la plenitud de la capacidad de ejercicio, a los 18 años, como lo establece el artículo 42 del Código Civil. Pasada la mayoría de edad, tal como lo dispone el artículo 424 del mismo texto legal, subsiste la obligación de proveer sostenimiento a los hijos que están siguiendo con éxito estudios de una profesión y oficio hasta los 28 años. Ello implica, básicamente, el financiamiento de los estudios, más que educación brindada por los propios padres.

El Código Civil establece, además, taxativamente el deber de los padres de educar a los hijos en los artículos 235, 287, 316 y 423.1. Sin embargo, algunos artículos detallan un poco más este deber. En primer lugar, el artículo 423.2 establece el derecho de los padres de dirigir el proceso educativo de los hijos

---

22 H. Cornejo Chávez, *Derecho familiar peruano* (Lima: Gaceta Jurídica, 1999), 517.

y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y actitudes. Por otro lado, el artículo 423.3 establece el derecho de aprovechar los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición, sin perjudicar su educación. Finalmente, el artículo 472 incorpora como parte de la noción de alimentos a los gastos indispensables para la educación (entendemos que se refiere a la educación escolarizada). Cabe señalar que la patria potestad puede variar según lo establecido en el propio ordenamiento jurídico, como es el caso del tutor. Por ello, el artículo 526 aplica al tutor, de ser el caso, la obligación de educar al menor de edad. Además, el artículo 531 prohíbe que el tutor disponga de los bienes del menor cuando sean necesarios para su educación. Por su parte, el CNA también desarrolla el derecho a la educación dentro de la relación paterno-filial. En ese sentido, el artículo 74 establece la provisión de la educación como deber de los padres. Asimismo, el artículo 92 incluye a la educación como parte de los alimentos. Finalmente, el artículo 54 de la LGE reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y es el responsable en primer lugar de la educación integral de los hijos.

Finalmente, debemos resaltar que la protección del derecho a la educación dentro de la relación paterno-filial está íntimamente vinculada a la patria potestad. El juez no puede intervenir en la relación paterno-filial por cuestiones educativas sin afectar la patria potestad. En ese sentido, los artículos 75 y 77 establecen, dentro de las causales para la suspensión y extinción de la patria potestad, algunas que se refieren a la educación. Así, dentro de las causas se establecen: dar órdenes, consejos o ejemplos que corrompan a la prole; permitir la vagancia; maltratos físicos o mentales; negarse a prestar alimentos; entre otros.

En conclusión, la educación dentro de la relación paterno-filial no tiene una regulación jurídica expresa en torno al fin y contenido de esta. Es un deber jurídico dentro de los deberes de la patria potestad elevado al rango constitucional. Basta con lo establecido en los artículos 13 y 14 de la Constitución ya descritos para saber cuál es el fin. Además, la libertad de los padres está matizada por las normas antes señaladas y la moral y buenas costumbres del lugar donde residen.

#### **D. El contenido constitucional del derecho a la educación brindada por el Estado**

Analizamos a continuación la relación educativa que se realiza entre el educando y el Estado. Para este análisis, es menester recordar dos ideas ya descritas en páginas anteriores. La primera es metodológica: la relación educativa se analiza teniendo en cuenta las dos dimensiones de los derechos constitucionales: subjetiva y objetiva. La segunda, es que la relación educativa inicia cuando el educando es menor de edad y acaba cuando ya ha adquirido la mayoría de edad. Por ello, es lógico que se debe mencionar a los padres del menor durante parte de la relación educativa con el Estado.<sup>23</sup>

En primer lugar, analizaremos la dimensión subjetiva del derecho a la educación. En el caso de los educandos, además de los derechos establecidos en el capítulo I del título I de la Carta Magna, la Constitución establece que el educando tiene derecho a una formación que respete su identidad, así como al buen trato psicológico y físico (artículo 15). Además, asegura que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas (artículo 16).<sup>24</sup> Esto se desarrolla en el artículo 3 de la Ley General de Educación.

---

23 No citamos el Exp. N.º 091-2005-PA/TC porque, desde el punto de vista metodológico, no habla de relaciones educativas sino solamente enumera derechos. Sin embargo, por caminos distintos, el contenido es el mismo.

24 El numeral 1 del artículo 26 *ab initio* de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 13 *ab initio* del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre establecen que toda persona tiene derecho a la educación. A estos tratados internacionales generales se deben añadir algunos específicos. El artículo 5 del Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial prohíbe la discriminación y, por ende, fomenta la igualdad en el acceso al derecho a la educación y a la formación profesional. El artículo 10 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer garantiza la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de educación. El artículo 30 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares garantiza este derecho para los hijos de los trabajadores migrantes. Los artículos 24 y 30 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad también garantiza esto. Asimismo, el artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre señala que el derecho a la educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los

Respecto del Estado, la Constitución establece algunas normas y principios. El artículo 16 *ab initio* establece que tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados. Por ello, es coherente que los artículos 192 y 195 de este texto normativo prevean competencias en materia educativa para los gobiernos regionales y locales. Además, la parte *in fine* del mismo artículo 16 señala que se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del presupuesto de la República. Finalmente, es importante señalar que no existe un monopolio estatal en torno a las instituciones educativas, independientemente del tipo de relación, como se señalará a continuación.<sup>25</sup>

La Constitución no menciona el derecho de las comunidades campesinas e indígenas para establecer sus propios centros educativos. A pesar de ello, el artículo 27 del Convenio N.º 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes sí les reconoce este derecho. Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 de la Carta Magna, puede considerarse a esta mención como un derecho constitucional de las comunidades indígenas. Sin embargo, este derecho no tiene un desarrollo legislativo. Por ello, se les aplicará el régimen que tiene cualquier ciudadano para establecer centros educativos.

El texto constitucional regula dos tipos de relaciones educativas, según el contenido. La primera relación es la que surge de la educación denominada básica (artículo 17 de la Constitución). Tiene dos características: es obligatoria para todo ciudadano y es planificada en el contenido. La obligatoriedad está establecida en el mismo artículo 17 de la Carta Magna y en el artículo 12 de la LGE.<sup>26</sup>

---

casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado.

25 El artículo 13.4 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el 29.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño señalan que la interpretación de su texto no puede generar restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respete las disposiciones del Pacto y las normas mínimas que prescribe el Estado.

26 El artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que la instrucción elemental es obligatoria. Por su parte, el segundo párrafo del artículo 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 28.a de la Convención sobre los Derechos del Niño y el 49.a y b de la Carta de la Organización de los Estados Americanos señalan que solamente la educación primaria debe ser obligatoria, mientras que la secundaria debe ser generalizada. El

Por otro lado, la planificación se desprende de varios artículos. El artículo 16 señala que el Estado coordina la política educativa, formula los lineamientos de los planes de estudios, supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación. Además, el artículo 17 *in fine*, garantiza la erradicación del analfabetismo,<sup>27</sup> fomenta la educación bilingüe e intercultural según las características de cada zona, preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país y promueve la integración nacional. Como contrapeso a la planificación, la Carta Magna reconoce y garantiza la libertad de enseñanza que se aplica tanto a centros educativos como a profesores (artículo 13 de la Constitución y 5 de la LGE). La LGE desarrolla la planificación por medio del Proyecto educativo nacional, regulado en su artículo 7. Así se señala que ese proyecto lo conforma el conjunto de políticas que dan el marco estratégico a las decisiones que conducen al desarrollo de la educación. Se construye y desarrolla en el actuar conjunto del Estado y la sociedad a través del dialogo nacional, consenso y concertación política a

---

artículo 24.2.b del Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad recoge este derecho para las personas con esa condición. En los párrafos siguientes también establece principios para su adaptación a la vida social. Además, el artículo 26 del Convenio 169 de la OIT, sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes, permite que los pueblos interesados puedan adquirir una educación a todos los niveles en pie de igualdad con el resto de sus conciudadanos. El artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre señala que toda persona tiene derecho a recibir, por lo menos, gratuitamente la educación primaria. Frente a estas disposiciones, la Constitución peruana ha optado por hacer obligatoria la educación básica a todos sus ciudadanos, sin distinción.

- 27 El artículo 13.2.b del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados deben fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria. Por su parte, el artículo 10.e del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer señala que deben existir las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación permanente, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras a reducir lo antes posible toda diferencia de conocimientos que exista entre hombres y mujeres. El artículo 14 de este mismo convenio se refiere a la discriminación de la mujer en las zonas rurales. Así, garantiza que la mujer de la zona rural pueda obtener todos los tipos de educación y de formación, académica o no académica, incluidos los relacionados con la alfabetización funcional, así como, entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación a fin de aumentar su capacidad técnica. Por su parte, el artículo 50 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece que el Estado debe prestar especial atención a la erradicación del analfabetismo.

efectos de garantizar su vigencia. Aquí se refleja la limitación del derecho en torno a la educación, que describíamos al inicio de este estudio. Por ello, el debate político es de suma importancia porque afecta a la sociedad. Además, la Constitución ha establecido la distribución de la educación básica en tres niveles: educación inicial, primaria y secundaria. Así lo establece el artículo 17 de la Carta Magna. Esta división se desarrolla entre los artículos 31 y 39 de la Ley General de Educación.

Es en esta relación educativa, obligatoria y planificada en el contenido, donde intervienen los padres de los menores o aquellos que tienen la patria potestad sobre ellos.<sup>28</sup> Como se mencionó en el epígrafe anterior, el artículo 13 de la Constitución les garantiza dos derechos: escoger el centro educativo y participar en el proceso educativo. Ambos derechos, a su vez, están recogidos textualmente en el artículo 5 de la LGE. En el caso del primero, la dimensión subjetiva implica la libertad de los padres de escoger el lugar —y con ella, el tipo de educación— que desean para su prole: ya sea pública o privada; y dentro de esta última, religiosa o laica. En este último aspecto, el mismo artículo 5 de la LGE menciona el respeto de las convicciones y creencias de los padres de familia.<sup>29</sup>

Cabe señalar que este derecho va acompañado de una concreta obligación. En efecto, el artículo 12 de la LGE detalla que corresponde a los padres, o a quienes hagan sus veces, asegurar la matrícula oportuna de los estudiantes y su permanencia en los centros y programas educativos. Para ello, deberán suscribir un contrato, tanto para el ámbito privado como para el público.

---

28 El artículo 16.e del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer otorga los mismos derechos al hombre y a la mujer para decidir la educación de los hijos.

29 Dentro de los Tratados Internacionales, el artículo 18.4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el 12.4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos establecen que el Estado se compromete a respetar la libertad de los padres, y en su caso, los tutores legales para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Esto mismo lo expresa el artículo 12.4 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares. Cabe señalar que estos tratados también establecen un límite al contenido del plan educativo.

Respecto del Estado, la dimensión negativa le obliga a abstenerse de intervenir en la decisión de los padres o tutores. Finalmente, la dimensión positiva de este derecho viene recogida en el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución. Ahí se señala la posibilidad de que el Estado subvencione la educación privada, con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa. El artículo 5 de la LGE va en la misma línea: la iniciativa privada contribuye a la ampliación de la cobertura, a la innovación, a la calidad y al financiamiento de los servicios educativos. En efecto, sin pluralidad de oferta, el derecho de escoger el centro educativo es una quimera.<sup>30</sup>

El segundo derecho de los padres es el de participar en el proceso educativo. Se ha desarrollado en dos formas: la participación en la relación educativa —ya sea a título individual o colectivo— y en la determinación de los contenidos del plan educativo. La participación en la relación educativa se regula íntegramente en la LGE: el artículo 52 establece que los padres de familia forman parte de la comunidad educativa; el artículo 54 reconoce el derecho de participar y colaborar en el proceso educativo de sus hijos (literal c), de organizarse en asociaciones a fin de contribuir al mejoramiento de los servicios que brinda la institución educativa (literal d); y se les permite ser parte del órgano de participación y vigilancia en el caso de colegios públicos (artículo 69). Finalmente, reitera el derecho de participación —individual o grupal— en el caso de instituciones privadas. Cabe señalar que la participación grupal en la educación pública se regula en la Ley N.º 28628, ley que regula la participación de las asociaciones de padres de familia en las instituciones educativas públicas y su reglamento.

La segunda forma es la participación de los padres en la determinación del contenido del plan educativo, esto es del Proyecto Educativo Nacional antes descrito. Esto se ha regulado recientemente en la Ley N.º 31498, ley que impulsa la calidad de los materiales y recursos educativos en el Perú. Aun cuando no se expresa textualmente, la finalidad de esta norma es evitar que el contenido del plan educativo (o de las enseñanzas de algunos docentes)

---

30 El artículo 13.3 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que el Estado se compromete a respetar la libertad de los padres, y en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas a las creadas por las autoridades, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza.



atente contra las convicciones y creencias de los padres de familia. Así, se establecen como principios imperativos: legalidad, respeto a la edad de crecimiento de los menores, equidad entre varón y mujer, respeto a la libertad religiosa de los padres y educandos, prohibición de imposición ideológica, entre otros. Básicamente la participación se realiza de forma asociativa, por medio de las organizaciones previstas por la propia LGE respecto de la participación en la relación educativa. En fin, se ha añadido una función adicional a estas organizaciones.

La segunda relación educativa regulada en la Constitución es la educación superior. Esta se caracteriza por ser voluntaria y no planificada.<sup>31</sup> Es voluntaria porque dependerá de la decisión de cada persona acceder a ella. Obviamente eso no exime al Estado de la obligación de velar por que exista educación superior con la calidad exigida por la realidad. Por otro lado, es no planificada porque los planes de estudios no dependen del Estado sino de cada institución.<sup>32</sup> En este nivel se encuentra la educación técnica y la universitaria. Respecto de la educación técnica, la Carta Magna no establece una regulación específica sobre los sujetos y el contenido de la relación educativa. Básicamente se centra en el régimen económico, que comparte con la educación universitaria. La educación técnica se regula entre los artículos 40 y 45 de la Ley General de Educación.

En el caso de la educación universitaria, el artículo 18 detalla el elemento subjetivo (miembros) y el objetivo (fines) de la universidad. Se considera que la universidad es una comunidad de profesores, alumnos y graduados.

---

31 El artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que la instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada y que el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 13.2.c del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 28.c de la Convención sobre los Derechos del Niño y el 24.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

32 Cabe señalar que el artículo 10 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes señala que la educación incluye información completa sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea este civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.

Además, establece como fines de la universidad: la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. Luego, también prevé la autonomía de régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico de cada universidad. En ese sentido, se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes. La Ley 30220, Ley Universitaria (en adelante LU), desarrolla la regulación constitucional.

### **E. Su prestación por medio del servicio público educativo**

Como hemos señalado en otras ocasiones, la vertiente positiva de la dimensión objetiva de los derechos sociales, como es el caso de la educación, se instrumentaliza por medio del concepto de servicio público. En ese sentido, corresponde analizar qué se entiende por servicio público en el ordenamiento jurídico peruano, para luego analizar su aplicación a la prestación de la educación por parte del Estado.

#### *a) Breve referencia al concepto de servicio público en el ordenamiento jurídico peruano*

La Constitución peruana menciona varias veces el término servicio público, y, al igual que en otros ordenamientos, este calificativo ha sufrido vaivenes. Siguiendo a Juan Miguel de la Cuétara Martínez,<sup>33</sup> podemos decir que hay varias definiciones de tal término. Hay un consenso en que el servicio público hace referencia a actividades de interés general que deben ser universales, continuas, de calidad, y adaptables a las nuevas tecnologías (cláusula de progreso). Pero, la distinción de los conceptos está en la función del Estado en esas actividades.

Uno de los conceptos hace referencia a que esta actividad está publicitada, esto implica una titularidad pública exclusiva (servicio público en sentido estricto), mientras el otro menciona que el Estado no tiene tal titularidad, pero puede regular la actividad de los privados (servicio público en sentido amplio). Las consecuencias jurídicas de la adopción de uno u otro concepto son muy prácticas. En el caso del servicio público en sentido amplio, los

---

33 Juan Manuel de la Cuétara, «Tres postulados para el nuevo servicio público», *El nuevo servicio público*, ed. Gaspar Ariño (Madrid: Marcial Pons, 1997).

privados pueden realizar tales prestaciones y deben ser reguladas por técnicas de policía administrativa y, a lo mucho, imponer obligaciones de servicio público (técnicas ablatorias). Por otro lado, en caso se opte por el significado en sentido estricto, los privados solamente pueden realizar estas prestaciones bajo el régimen de concesión de servicios públicos.

El Tribunal Constitucional ha señalado que, en el Perú, el servicio público no incluye su publicación (STC 0034-2004-PI/TC). En la doctrina nacional, antes de la publicación de esa sentencia, Zegarra Valdivia<sup>34</sup> había señalado que el concepto gira en torno a la publicación; y después de la misma, Francia Acuña sigue con la misma postura. Por otro lado, Baca Oneto<sup>35</sup> y Baldeón Miranda<sup>36</sup> señalan que la Constitución reconoce el régimen de servicio público en sentido amplio, dado que no existe publicación de actividades.

Recientemente, la STC que acumula los Exps. 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC se pronunció nuevamente sobre este tema. El problema surge porque la Ley N.º 30220, Ley Universitaria, califica a la actividad universitaria como servicio público esencial. El Tribunal mencionó que «la educación es un derecho y un servicio público que explica una de las funciones fines del Estado, cuya ejecución puede operar directamente o a través de terceros (entidades privadas), aunque siempre bajo fiscalización estatal». Se puede apreciar que el mencionado Tribunal interpreta el término servicio público en sentido estricto (como si estuviera publicado), cuando este mismo ha señalado desde hace diez años que nuestra Carta Magna no incluye la publicación.

Lo correcto sería señalar que la Constitución peruana menciona, bajo el significativo servicio público, un significado que no incluye la publicación (servicio público en sentido amplio). Esto evita los problemas interpretativos y confusiones en cuanto al régimen aplicable. En ámbito internacional,

---

34 Diego Zegarra Valdivia, *El servicio público: Fundamentos* (Lima: Palestra, 2005), 350.

35 Víctor Baca Oneto, «Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el derecho peruano», *Teoría de los servicios públicos*, ed. Orlando Vignolo Cueva (Lima: Grijley, 2009): 376 y ss.

36 C. Baldeón Miranda, *La autorización de servicio público* (Lima: Adrus, 2014), 89.

nuestro régimen es similar al de las *public utilities* norteamericanas, al servicio esencial español o a los servicios de interés general europeos.<sup>37</sup>

Es necesario precisar, siguiendo a Baldo Kresalja,<sup>38</sup> que no todos los servicios públicos son derechos sociales. Valga para ello aplicar la distinción que realiza el derecho europeo entre servicios de interés de tipo económico de aquellos de tipo social. Menciona José Carlos Laguna,<sup>39</sup> que si la actividad está presidida por el ánimo de lucro (maximización de la eficiencia económica) es de tipo económico y si lo rige el principio de solidaridad, es de tipo social. Ello implica que, en el primer caso, los privados financian el costo del servicio (aunque pueda matizarse esto con subsidios cruzados) y en el segundo, son los fondos públicos los que asumen la mayor parte del costo. Recordemos que, en el caso de los servicios públicos de tipo social, lo que se busca garantizar es una básica igualdad material.

b) *La educación como servicio público de tipo social*

Tanto la LGE (artículo 4) como la LU (artículo 3) definen la educación como servicio público. En cambio, la Ley N.º 30512, Ley de Institutos y Escuelas de Educación Superior y de la carrera pública de los docentes (en adelante LIEES) no establece que sean un servicio público expresamente. A pesar de ello, al regular el principio de inclusión social (artículo 7.d) refiere el término servicios públicos de calidad. Por lo expuesto hasta ahora, combinando lo constitucional y lo doctrinal, podemos afirmar que la prestación de servicios educativos es parte del derecho constitucional a la educación, en su vertiente objetiva o prestacional y que, a su vez, se corresponde con los servicios públicos de tipo social, cuya organización se basa en el principio de solidaridad. Sin embargo, esta última afirmación debe corroborarse con la realidad legislativa. Para ello, analizamos el régimen del financiamiento del servicio y de la infraestructura.

---

37 José Carlos Laguna de Paz, *Derecho administrativo económico* (Cizur Menor: Aranzadi, 2009), 252.

38 Baldo Kresalja Roselló et al., *Derecho Constitucional Económico* (Lima: PUCP, 2009), 564 y ss.

39 Laguna de Paz, *Derecho administrativo económico*, 100.

Respecto de la educación básica, la Constitución prevé que sea gratuita<sup>40</sup> (artículo 17 de la Constitución y 4 de la LGE). En las privadas, no lo es. Sin embargo, el mismo artículo 17 establece que la ley deberá fijar el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades (incluyendo la comunal y la cooperativa), con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, en favor de quienes no pueden sufragar su educación. En el caso de la educación superior, la Carta Magna prevé que la educación es gratuita en la universidad para aquellos alumnos que mantienen un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación. Ambas normas no tienen desarrollo legal.

Respecto de la infraestructura educativa, como ya hemos señalado, no existe un monopolio estatal. El artículo 15 *in fine* de la Constitución y el artículo 5 de la LGE establecen que toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas. Además, el artículo 16 señala que el Estado formula los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos y supervisa su cumplimiento. En esa línea, desde el punto de vista de la eficacia, la Constitución también promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera. Sucede lo mismo en el caso de las universidades. Estas pueden ser promovidas por entidades públicas o privadas y reenvía a la ley la regulación de la participación de los promotores en el gobierno de la universidad.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podría parecer que la prestación del servicio educativo no es un servicio público de tipo social porque no se sustenta en el principio de solidaridad, sino más bien sería de carácter económico. Esto sería correcto al aplicarse directamente el criterio establecido en el derecho europeo. Pero, es importante resaltar que el financiamiento público no es el único medio para lograr objetivos sociales y que no nos encontramos ante un régimen de servicios públicos en sentido amplio.

---

40 El artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos también prevé la gratuidad de la educación, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental. Por su parte, el artículo 13.2.e del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que se debe implantar un sistema adecuado de becas.

En primer lugar, analicemos el fin: la igualdad material. Como se indicó, la finalidad de estas prestaciones es la búsqueda de una igualdad material. Menciona Antonio Pérez Luño,<sup>41</sup> que:

[...] la distinción entre igualdad formal e igualdad material más que una alternativa implica un proceso de ampliación del principio de igualdad en las sociedades pluralistas y democráticas. En dicha concepción material-formal de la igualdad [...] su dimensión jurídica no puede desconectarse de las condiciones políticas, económicas y sociales que gravitan sobre su realización; al tiempo que su dimensión material no puede abordar su programa de equilibrio en la distribución de las oportunidades y los bienes sin contar con los cauces formales que, en el Estado de derecho, garantizan a los ciudadanos de los abusos de quienes desempeñan el poder.

El Tribunal Constitucional peruano reconoce esta doble vertiente del derecho a la igualdad. Así, señala que:

[...] en su dimensión formal impone una exigencia al legislador para que este no establezca diferencias injustificadas; pero también a la Administración pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley). En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no solo una exigencia negativa, es decir, la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales.<sup>42</sup>

Estas exigencias positivas, como menciona Susana Mosquera Monelos,<sup>43</sup> se traducen en técnicas de discriminación positiva.

---

41 Antonio Pérez Luño, *Dimensiones de la igualdad* (Madrid: Dykinson, 2005), 22.

42 STC N.º 2210-2007-PA/TC.

43 Susana Mosquera Monelos, «El derecho a la igualdad y medidas de garantía en el proyecto de ley orgánica de igualdad», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 10 (2006), 780-781.

En segundo lugar, analicemos el medio para lograr la igualdad: el principio de solidaridad. El Tribunal Constitucional peruano<sup>44</sup> ha señalado que «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». Este principio, según el propio Tribunal, puede presentarse como una exigencia ética y como un criterio en el ámbito jurídico-político.<sup>45</sup> En el primer caso, nos encontramos antes la virtud de la solidaridad que realizan los privados en el marco de su libertad.<sup>46</sup> En el segundo, ante los deberes que el Estado se impone a sí mismo o a terceros. Sobre este segundo aspecto, es donde se encuadran los derechos sociales y su prestación por medio del régimen de servicios públicos no publicados. Se aprecia que el principio de solidaridad va más allá del mero financiamiento público. Lo importante es la ayuda mutua entre los hombres, que se organiza de forma distinta según cada circunstancia.

La realización de la igualdad material, aun cuando tiene un punto de llegada común en todos los ordenamientos, tiene un punto de partida distinto (la realidad de cada país). Por ello, los medios para alcanzar tal igualdad no son iguales. No es necesario realizar un estudio sobre las diferentes realidades sociales y económicas entre los países europeos y los de América Latina. Incluso, algunos países europeos tienen brechas similares a estos últimos. En sociedades homogéneas es lógico que se pretenda brindar los mismos servicios a todas las personas (ya sea por medio del Estado o por privados). Distinto es el caso de sociedades

---

44 STC N.º 4-2010-PI/TC. Aun cuando se refiere que el caso concreto es sobre medio ambiente, el Tribunal detalla en abstracto el alcance de este principio.

45 Esta redacción es muy similar a la que establece la Doctrina Social de la Iglesia respecto del principio de solidaridad: tanto como principio social y como virtud moral. En el primer caso, se superan las estructuras de pecado por estructuras de solidaridad por medio de la creación y modificación de leyes, reglas de mercado y ordenamientos. En el segundo supuesto, es una determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común, por medio de la justicia y la caridad. Cfr. Pontificio Consejo Justicia y Paz, *Compendio de Doctrina Social de la Iglesia*, N.º 192.

46 Sobre la solidaridad en el ámbito privado y su institucionalización en Organizaciones no Gubernamentales, cfr. Susana Mosquera Monelos, «La solidaridad y el voluntariado, motores de las ONGs», *Revista Mercurio Peruano*, n.º 17 (2004): 93-120.

heterogéneas, donde la porción de población en situación precaria es mayor. Aquí, es lógico que el Estado se vuelque en estas personas, con técnicas de discriminación positiva. Con ello, se lucha por implementar la igualdad material por medio del principio de solidaridad.

En el caso concreto del servicio educativo, dos medidas han servido para promover esta igualdad. Respecto a la educación básica, la implantación de los Colegios de Alto Rendimiento brinda una educación de muy buena calidad (bachillerato internacional) para alumnos de escasos recursos con buenas calificaciones en los colegios públicos. Se regula en la Resolución Ministerial N.º 274-2014-MINEDU. En la actualidad, hay uno en cada región del país. En el caso de la educación universitaria, PRONABEC promueve y gestiona una serie de becas y créditos educativos con la finalidad de ayudar a todo tipo de personas.

Se puede apreciar que aun cuando la Constitución ha establecido la opción de realizar subsidios a los colegios de educación básica para garantizar su pluralidad y a los alumnos de escasos recursos en la educación universitaria, las recientes políticas públicas han optado por los caminos de la prestación directa en la educación básica y en las ayudas para la educación universitaria superior. Se aprecia que son políticas de discriminación positiva que procuran la igualdad buscada. En ese sentido, podemos señalar que la educación, en el Perú, es un servicio público de tipo social, cuya organización se basa en el principio de solidaridad. Sin embargo, y no es necesario especificar las cifras históricas de INEI,<sup>47</sup> esto no ha sido suficiente para lograr los fines de igualdad material.

c) *Examen de las características del servicio público*

Habiendo quedado claro que estamos ante un servicio público de tipo social porque se basa en el principio de solidaridad, es menester dedicarnos a analizar si este servicio cumple con estas características. Cabe señalar que este análisis distingue entre la relación básica obligatoria y la superior no obligatoria.

---

47 Consultar <https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/education/>.



Empezamos con la universalidad y continuidad. La LGE regula universalidad en los artículos 3 y 12. Respecto de la continuidad, está a lo largo del articulado de los principios. Sin embargo, se han convertido en *flatus vocis* porque no se han ejecutado en la realidad por problemas presupuestarios y de gestión. En el caso de la continuidad, los problemas se suscitan cuando el usuario cambia de prestador de servicio, ya sea pasar del sector público al privado o entre privados. La mayoría de estos casos se ha visto en INDECOPI bajo el Derecho de Protección al consumidor. En el caso de la educación superior,<sup>48</sup> no se puede exigir la universalidad porque la educación superior es opcional. Esto impacta también en la continuidad. Básicamente, los problemas de traslado se han replicado en la educación superior, con la misma solución.

Lo que sí se ha regulado intensamente es la calidad y, dentro de ella, la cláusula de progreso. Básicamente, Ley N.º 28740, Ley del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa (en adelante Ley del SINEACE), publicada en mayo de 2006, pretendió regular la calidad para todos los niveles educativos. Sin embargo, la promulgación de la LU, en el 2014, ha vaciado de contenido a esta norma y a esta Administración Pública, dejándola con pocas competencias para regular la calidad.

En el caso de las universidades, la LU establece dos niveles en los cuales el Estado analiza la calidad. El primero durante la solicitud del título habilitante. Así, los artículos 26 y siguientes de la LU establecen los requisitos para la creación de universidades. Dentro de estos, es importante resaltar el artículo 28 de la norma que establece las condiciones básicas de la universidad y que SUNEDU desarrolla en normas infralegales. El segundo nivel está regulado en el artículo 30, al establecer el proceso de acreditación de la calidad educativa. Cabe señalar que en principio este proceso es voluntario, salvo disposición legal en contra. El Decreto Supremo N.º 018-2007-ED que reglamenta la Ley

---

48 Cabe señalar que no consideramos que estas normas universitarias sobre los institutos y escuelas superiores deban regir las escuelas adscritas a los sectores de Defensa e Interior. En efecto, su naturaleza jurídica corresponde a un concurso público para el acceso a las profesiones militares o policiales. En estos casos, la relación educativa que surge entre la Escuela y el aspirante está sometida al concurso público. Cfr. G. Chang Chuyes, «Sobre la naturaleza de la relación entre las Escuelas adscritas a los sectores de Defensa e Interior y sus alumnos. Comentario al Exp. N.º 1351-2012-PA/TC», *Anuario de la función pública*, n.º 5 (2020): 95-104.

del SINEACE señala que la acreditación es obligatoria para las carreras de Derecho, Ciencias de la Salud y Educación.

En el caso del resto de los niveles educativos, la modificación de la Ley, como se mencionó, dejó con pocas competencias a esta Administración pública para regular la calidad en estos niveles. Por ello, justo antes de la pandemia COVID-19, el Poder Ejecutivo publicó el Decreto de Urgencia N.º 002-2020, decreto de urgencia que establece medidas para la lucha contra la informalidad en la prestación de servicios educativos de educación básica de la gestión privada y para el fortalecimiento de la educación básica brindada por instituciones educativas privadas; y el Decreto de Urgencia N.º 017-2020, decreto de urgencia que establece medidas para el fortalecimiento de la educación superior y el licenciamiento de los institutos y escuelas de educación superior en el marco de la Ley N.º 30512, Ley de institutos y escuelas de educación superior y de la carrera pública. La intención del Poder Ejecutivo era trasladar el modelo de doble regulación de calidad de las universidades a estos niveles educativos.<sup>49</sup>

En el caso de los institutos, el artículo 7 de la LIEES regula expresamente la calidad bajo esta definición: *capacidad de la educación superior para adecuarse a las demandas del entorno, y, a la vez, trabajar en una previsión de necesidades futuras, tomando en cuenta el entorno laboral, social, cultural y personal de los beneficiarios de manera inclusiva, asequible y accesible. Valora los resultados que alcanza la institución con el aprendizaje de los estudiantes y en el reconocimiento de estos por parte de su medio social, laboral y cultural.* Se aprecia de la misma que, básicamente, la calidad se orienta al mercado laboral más que a la formación en sí misma del educando.

La situación de las características del servicio público no está debidamente desarrollada, aun cuando se mencionan expresamente en la legislación. Es

---

49 Es de nuestra opinión que ambos decretos son inconstitucionales por no cumplir con lo establecido en el artículo 118.19 de la Constitución, artículo 91 del Reglamento del Congreso y la Sentencia del 008-2003-PI/TC que interpreta estas disposiciones. En el fondo, ambos decretos no cumplen con estas características: excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad. Estamos frente a un nuevo régimen educativo que tiene vocación de permanencia en el tiempo y no en algo excepcional y transitorio. Lo óptimo sería que se inicie un procedimiento parlamentario o una acción de inconstitucionalidad para expulsar estas normas del ordenamiento jurídico.

ahí donde se nota la deficiencia legislativa que arrastra a otros niveles de la jerarquía normativa. Por ello, es urgente que se realice una modificación normativa para precisar cada uno de estos aspectos.

d) *Concurrencia y competencia en su prestación*

Tanto la Constitución como las leyes de cada nivel establecen que los derechos sociales pueden ser prestados tanto por particulares como por Administraciones públicas, bajo distintos regímenes jurídicos y con distintos tipos de financiamiento. Ahora corresponde analizar la estructura de la oferta de estos servicios de tipo social.

En primer lugar, es importante analizar la Constitución Económica peruana para ver el marco en que se regulan los servicios sociales. El artículo 58 de la Constitución menciona que la iniciativa privada es libre en el marco de una economía social de mercado. Además, habilita al Estado a orientar el desarrollo del país, actuando principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Este artículo, que se complementa con la cláusula social antes desarrollada, reconoce la intervención del Estado como un prestador de servicios en estos sectores, pero ello no implica que sea el prestador exclusivo. Aquí se comprueba, una vez más, que el servicio público en el ordenamiento peruano no implica la publicación.

Por otro lado, el artículo 60 de la Constitución recoge expresamente el principio de subsidiariedad<sup>50</sup> para las actividades distintas a las anteriormente señaladas. Este principio obliga al Estado a analizar el impacto de su actividad en la libertad de las personas *ex ante*. En efecto, está obligado a iniciar su actividad económica solamente ante la deficiente o nula actividad del administrado, procurando poner los medios para que este pueda realizarla sin su intervención. Para ello, antes de iniciar su actividad debe motivarla,

---

50 Sobre el principio de subsidiariedad y su aplicación en el derecho peruano, cfr. G. Chang Chuyes, «La subsidiariedad del Estado en materia económica: un comentario al precedente de observancia obligatoria Res. N.º 3134-2010/SC1-INDECOPI», *II Convención Estudiantil de Derecho público organizado por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, coords. L. Castillo Córdova et al. (Lima: Palestra, 2015), 135-174.

demostrando la existencia de un importante interés público (demanda insatisfecha) y obtener una norma con rango de ley.

A nivel legal, el Decreto Legislativo N.º 1044 - Ley de represión de la competencia desleal, publicado el 20 de diciembre del 2007, regula los actos en contra de la libre competencia realizados por los privados. Además, el artículo 14.3 de ese decreto califica como un acto de competencia desleal a la vulneración del principio de subsidiariedad. Con ello, se aprecia que los servicios públicos sociales tienen ambos regímenes: concurrencia entre el sector público y privado y competencia entre los operadores privados.

El Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI ha seguido esta lógica, precisando algunas cuestiones adicionales basándose en el principio de subsidiariedad. La Resolución N.º 3134-2010/SC1-INDECOPI, precedente vinculante del Tribunal de Defensa de la Competencia, menciona expresamente que el ejercicio de potestades de *ius imperium* y la prestación de servicios sociales no constituyen actividad empresarial del Estado. Pero respecto de la prestación de servicios sociales, se ha precisado un poco más.

Una primera precisión es que el Estado no puede competir respecto de la prestación del servicio social, sin cumplir los requisitos del principio de subsidiariedad. Esto, que puede ser una obviedad, no lo fue en el sector salud. En efecto, algunos hospitales públicos reservaron parte de sus instalaciones y ejercieron esta actividad con tarifa diferenciada, compitiendo con nosocomios privados (Resolución N.º 2550-2010/SC1-INDECOPI). Aun estando de acuerdo con la parte resolutive de este caso, me parece que no se ha tomado en cuenta debidamente la cláusula social. En principio, nos encontramos ante una técnica de discriminación positiva y no ante una mera actividad empresarial. Por ello, no sería lógico que el Estado tenga la posibilidad de iniciar actividad empresarial en estos sectores.

Además, en otro caso, mencionó que la subsidiariedad también se aplica en actividades vinculadas a la prestación de servicios públicos. Una universidad, usando bienes propios vinculados a actividades propias de carreras agrícolas, instaló un restaurante. El Tribunal de Defensa de la Competencia ordenó su cierre por ir en contra del principio de subsidiariedad (Resolución N.º 3134-2010/SC1-INDECOPI). Es importante realizar un matiz a esta resolución. Es obvio que si el restaurante no tiene vinculación con el propio programa de estudios (por

ejemplo, gastronomía o industrias alimentarias) es una actividad empresarial. En caso contrario, sería parte del servicio educativo brindado.

De lo expuesto, podemos destacar que existe una relación de concurrencia entre el sector público y el privado, solamente respecto de la prestación del servicio social.<sup>51</sup> Fuera de ello, el principio de subsidiariedad exige el cumplimiento de unos requisitos para que el Estado pueda realizar actividad empresarial. Cabe señalar que, entre los privados, se aplica el régimen de protección de defensa de competencia.

## F. Conclusiones

1. La educación y el derecho se encuentran íntimamente relacionados porque este último organiza al primero. Sin embargo, la regulación del derecho a la educación exige la participación de una serie de ciencias y técnicas metajurídicas. Por ello, la función del derecho es respetar el debate político en torno a la educación y hacer cumplir lo acordado en esta materia.
2. La educación es un derecho natural porque es una necesidad que fluye de la naturaleza. A su vez, en el Perú es un derecho constitucional y un servicio público de tipo social. En ese sentido, definimos educación como una *relación de ayuda asimétrica y temporal que implica la mejora personal del educando*. En base a esta relación, la Carta Magna peruana regula tres relaciones: paternofamiliar, estatal y la basada en la libertad religiosa. Sin embargo, esta última tiene una regulación bifronte: por un lado, puede establecer relaciones educativas dentro de su libertad de culto; por otro lado, en base al principio de cooperación Iglesias-Estado, puede intervenir en el currículo educativo.
3. La educación dentro de la relación paternofamiliar depende de la patria potestad. Básicamente, la regulación es mínima. Por su parte, la educación estatal tiene una serie de derechos y deberes regulados en la Carta Magna. Respecto de los deberes estatales, estos se han

---

51 En el mismo sentido, aunque con una crítica al ordenamiento peruano por aferrarse al concepto de servicio público publicado, cfr. M. Quiñones Alayza, «Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y servicios públicos», *Revista de Derecho Administrativo*, CDA, N.º 12 (2012), 65-73.

configurado como servicio público de tipo social en las leyes correspondientes. Además, tienen un régimen económico de concurrencia con el sector privado.

4. Aun cuando la regulación de las características del servicio público es deficiente, es importante señalar que gran parte del problema en torno al servicio educativo brindado por el Estado peruano tiene visos presupuestales y de capacidad de gestión.