

Martín J. Risso Ferrand (Uruguay) *

La libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya

I. Aproximación

En este trabajo se pretende analizar el alcance y protección de la libertad de enseñanza en el derecho constitucional uruguayo, por lo que el estudio referirá exclusivamente a la Constitución nacional, sin perjuicio de referencias a normas internacionales y, en casos puntuales, a normas infraconstitucionales o bien de derecho comparado.

En forma previa al análisis concreto del tema referido, será conveniente realizar una muy breve referencia a los criterios de interpretación propios de los derechos humanos, a la relación existente entre las normas constitucionales e internacionales referidas a los derechos humanos, y una rápida mención de ciertas libertades intensamente vinculadas con el tema en análisis.

1. Normas y criterios aplicables en la especie

El tema debe situarse dentro de la temática de los derechos humanos, por lo que será aplicable el método de interpretación que deriva de la Constitución,¹ pero también los criterios y pautas interpretativos propios de los derechos humanos. Por lo

* Decano y profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

¹ No corresponde analizar este punto, aunque sí hacer remisión a Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución nacional*, t. I, Cámara de Senadores, Montevideo, 1992, pp. 144 y ss.; Justino Jiménez de Aréchaga, "Naturaleza jurídica del Banco de Previsión Social", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 68, pp. 34 y ss.; Horacio Cassinelli Muñoz, "La apelación ante la Asamblea General", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 55, pp. 125 y ss. También la Suprema Corte de Justicia ha señalado en el pronunciamiento n° 338 de 1995, entre otros, que el método de interpretación adecuado es el lógico sistemático teleológico de interpretación constitucional. También me remito a lo dicho en Martín Risso Ferrand, *Derecho constitucional*, t. I, Ingranusi, 1ª reimp., 2000, pp. 64 y ss.

anterior es oportuno que se realice alguna precisión en cuanto al modo de interpretación de las normas referidas a los derechos humanos, así como a algunas pautas para la verificación de la regularidad constitucional de las leyes.

En lo que refiere a la forma de interpretación de las normas vinculadas a los derechos humanos, encontramos pautas relativamente precisas, entre las que tiene una singular trascendencia el principio *pro homine* o pro persona. De este principio se extraen consecuencias importantes:

A. En primer lugar, la *directriz de preferencia*, que implica que entre las distintas posibilidades interpretativas de una norma debe escogerse la más protectora para la persona. A juicio de Sagüés,² este patrón interpretativo tiene algunas especificaciones:

- a. el principio *pro libertatis*, que postula entender el precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego;
- b. el principio de protección a la víctima (o *pro víctima*).

B. En segundo lugar, la *directriz de preferencia de normas*, que implica que frente a diversas regulaciones se debe optar por aquella que sea más favorable para el derecho, con independencia de su nivel jurídico.

Por supuesto que, como señala el propio Sagüés, estos principios no pueden implicar una alteración del sistema de derechos humanos, y siempre corresponderá al jurista la realización de una interpretación armonizante, o un balanceo entre los distintos valores, en aras de compatibilizar y hacer convivir distintos derechos, o bien algunos derechos con las necesidades del bien común.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha señalado que el principio *pro homine* implica: a) por un lado, la interpretación extensiva de los derechos humanos; y b) por otro, la interpretación restrictiva de sus limitaciones.³

Es importante destacar que los derechos humanos siempre tienen una fuerza interpretativa expansiva,⁴ se interpretan en la forma más favorable a la maximización del contenido del derecho.⁵ En forma armónica con esto, las normas que establecen

² Néstor P. Sagüés, "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de *Anales*, año XLII, 2ª época, n° 36, Buenos Aires, 1998, pp. 6 y ss.

³ Opinión separada del juez Rodolfo Piza Escalante, en opinión consultiva 5/85 de 13 de noviembre de 1985, solicitada por el Gobierno de Costa Rica respecto a la colegiación obligatoria de periodistas. Véase también Francisco Fernández Segado, *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 115.

⁴ Fernández Segado (o. cit., pp. 83 y ss.) señala que el derecho debe ser siempre interpretado del modo más amplio posible. Véanse también Humberto Nogueira Alcalá, "Dignidad de la persona y derechos humanos: Constitución, tratados y ley de amnistía", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. XII, n° 67-72, Montevideo, pp. 594 y ss., y Riso Ferrand, o. cit., t. III, p. 115.

⁵ Fernández Segado, o. cit., pp. 82 y ss.; y sentencia del Tribunal Constitucional español n° 119 de 1990.

excepciones a los derechos humanos o que autorizan su limitación serán siempre de interpretación estricta, y nunca será válida una interpretación analógica o *a contrario sensu* de una norma que establece una excepción a la normativa de los derechos humanos.

También deben tenerse presentes al menos otros dos principios:

A. *Principio de interpretación conforme a la Constitución.* La propia Carta constituye uno de los elementos interpretativos que deben barajarse en la hermenéutica legal, particularmente al hacer uso de la interpretación sistemática y al utilizar la interpretación teleológica que atiende a la finalidad de la norma.⁶ La ley debe interpretarse conforme el ordenamiento constitucional.⁷

B. *Principio de conservación de la norma.* Con esto se busca compatibilizar la supremacía de la Constitución con la voluntad del legislador en lo que sea posible. Este principio se conecta, a su vez, con otro comúnmente denominado *presunción de constitucionalidad*,⁸ el cual, basándose en una confianza preliminar en cuanto a que el legislador conoce y respeta la Constitución, conduce a que:

- a. no corresponde la declaración de inconstitucionalidad si no existe una “duda razonable”⁹ en cuanto a su contradicción con la Carta;¹⁰ y
- b. si hay varias interpretaciones razonablemente posibles de la norma legal, debe optarse por aquella que resulta compatible con la Constitución y no corresponde la declaración de inconstitucionalidad.¹¹

De más está decir que la aplicación de estos principios de conservación de la norma o de presunción de constitucionalidad no puede conducir a interpretaciones forzadas de la norma cuestionada para tornarla compatible con la Constitución, o a eludir por esta vía preceptos legales claros. Lo anterior conduciría a desvirtuar todo el sistema.

⁶ Fernández Segado, o. cit., p. 79.

⁷ Sobre interpretación *de* la Constitución y *desde* la Constitución: Germán Bidart Campos, “Algunas reflexiones sobre la globalización desde el derecho constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 1999*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, 1999, p. 3.

⁸ Sentencias de la Suprema Corte de Justicia: n° 211/65, 64/67, 29/80, 235/85, 266/86, 184/87, 152/91, 86/93, 234/95. Esta última publicada en *LJU*, caso n° 13.033.

⁹ Sentencias de la Suprema Corte de Justicia n° 42/93, 234/95, etcétera.

¹⁰ Francisco Fernández Segado (“La jurisdicción constitucional en España”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 665 y ss.) utiliza la noción de *duda razonable* como requisito para referir al fundamento de la impugnación o cuestionamiento de la ley.

¹¹ Este criterio jurisprudencial, pacíficamente aceptado por años por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, ha sido objeto de un serio e inteligente replanteo por parte del ministro de la Corte doctor Gervasio Guillot, en su discordia a la sentencia publicada en *LJU*, caso 14.575 (sentencia de fecha 24.6.2002).

2. *Normas constitucionales e internacionales referidas a los derechos humanos*

La consagración constitucional de los derechos fundamentales siempre tuvo presente el riesgo del olvido de algún derecho, lo que, sin perjuicio de posiciones extremas como la de Hamilton,¹² condujo a que se incorporaran paliativos para este problema. Así puede recordarse la IX Enmienda en los Estados Unidos (que estableció que “la enumeración de ciertos derechos, en la Constitución, no podrá ser interpretada como teniendo por objeto, o por efecto, negar o disminuir otros derechos conservados por el pueblo”). Esta tendencia fue recogida por el derecho constitucional argentino, que en la reforma de 1860 incorporó el actual artículo 33, antecedente claro del actual artículo 72 de la Constitución uruguaya, que establece: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que sean inherentes a la personalidad humana o deriven de la forma republicana de gobierno”.

En las últimas décadas, es frecuente encontrar en las Constituciones latinoamericanas otro tipo de soluciones. Así, por ejemplo, la Constitución de Nicaragua (artículo 46), la de Perú (de 1979)¹³ y la argentina (luego de la reforma de 1994) reconocen a ciertos tratados internacionales referidos a los derechos humanos rango constitucional o a veces suprallegal.¹⁴

La Constitución uruguaya lamentablemente no contiene una disposición que permita conferir rango constitucional a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos ratificados por la República, por lo que nos mantenemos, en la materia, limitados a la solución del artículo 72. Y esta norma exige, para que pueda —o en realidad deba— reconocerse rango constitucional a los derechos, deberes y

¹² Que frente a este riesgo postulaba que era preferible no efectuar declaraciones de derechos. Al respecto: Alberto Ramón Real, “Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en *Revista de Derecho Público y Privado*, año XXI, n° 238, pp. 206 y ss.

¹³ En la reforma posterior se suprimió esta solución.

¹⁴ La Constitución argentina, por ejemplo, en su artículo 75, y limitando la referencia a la materia de los derechos humanos, efectúa una triple distinción: a) En primer término, los documentos internacionales que expresamente se mencionan en el párrafo 2° del numeral 22 del artículo referido tienen rango constitucional. b) Un segundo grupo está compuesto por otros tratados relativos a los derechos humanos, los que, si fueran ratificados por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, también tendrán rango constitucional. c) En tercer lugar encontramos otros tratados referidos a los derechos humanos que, ratificados por el Congreso, no alcancen la mayoría necesaria para que se les reconozca rango constitucional. En ese caso, los tratados tendrán jerarquía infraconstitucional pero suprallegal, según resulta de las disposiciones constitucionales debidamente armonizadas (al respecto, Riso Ferrand, o. cit., t. III, pp. 106 y ss.). Este tipo de soluciones modernas resulta por demás interesante a los efectos de suplir olvidos o completar la regulación constitucional de los derechos humanos, y a su vez debe tenerse presente que, por ejemplo en el caso argentino, coexiste con las soluciones tradicionales, o sea, el artículo 33 antes citado.

garantías no enumerados a texto expreso, que ellos sean: a) inherentes a la personalidad humana¹⁵ o b) derivados de la forma republicana de gobierno.¹⁶

El artículo 72 ha llevado a parte de la doctrina a ensayar enumeraciones de cuáles serían los derechos, deberes y garantías no enumerados a los que debe reconocerse rango constitucional en razón de esta disposición. Real,¹⁷ por ejemplo, mencionaba entre otros el principio de igualdad ante las cargas públicas, el derecho de defensa frente a la administración activa, el derecho al nombre y a la propia imagen, la irretroactividad de la ley penal, el derecho moral de autores e inventores, etcétera. Korzeniak,¹⁸ por su parte, menciona el derecho de resistencia a la opresión,¹⁹ el derecho a la información, la acción de amparo, el derecho a la intimidad (aunque lo vincula más con el artículo 10 inciso 1º que con el artículo 72), el principio de separación de poderes, el principio de especialidad, la responsabilidad del Estado en los casos no comprendidos en el artículo 24, entre otros.²⁰

A esta altura, dentro del proceso de internacionalización de los derechos humanos, con una multiplicidad de instrumentos internacionales ratificados por Uruguay, y con la aparición de derechos fundamentales que ya no encuadran dentro del concepto de primera ni de segunda generación, se ha sostenido que parece lógico que, en términos generales, se replantee la cuestión. En la actualidad, parecería que el fenómeno de la regulación internacional de la materia no puede permanecer ajeno al intérprete. Y en este sentido, como señala Cajarville

¹⁵ En lo que refiere a esta primera exigencia, debe tenerse presente que *inherente* significa algo que por su naturaleza está de tal manera unido a otra cosa que no se puede separar. La inherencia refiere a dos cosas inseparables por su propia naturaleza, por lo que los derechos inherentes a la personalidad humana serán aquellos inseparables de dicha personalidad (véase Real, o. cit., p. 211. Juan P. Cajarville Peluffo, “Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, pp. 157 y ss.). Son inherentes cuando no se pueda concebir a la persona humana si no es como titular de dichos derechos.

¹⁶ En cuanto a la referencia a los derechos derivados de la forma republicana de gobierno, si bien la expresión se entiende sin mayores dificultades, es necesario coincidir con Jiménez de Aréchaga (*La Constitución nacional*, o. cit., t. I, p. 378) en que la redacción no es del todo apropiada, y en realidad la norma debería referir a la concepción democrática del Estado.

¹⁷ Real, o. cit.

¹⁸ José Korzeniak, *Derecho constitucional 2º*, FCU, Montevideo, 1987, pp. 87 y 88.

¹⁹ El derecho de resistencia a la opresión aparece como un derecho fundamental altamente discutido. Al respecto véase Aníbal Luis Barbajelata, *Derechos fundamentales*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1978, pp. 147 y ss.

²⁰ Pero: ¿cómo se razonaba a los efectos de arribar estas conclusiones? Pues bien, se analizaba si el derecho en estudio presentaba el carácter de ser inherente a la persona humana, o si derivaba de la forma republicana de gobierno. Si la respuesta era afirmativa se aceptaba el rango constitucional. Pero claro, una cosa es decir que aun cuando no estén reconocidos a texto expreso tienen rango constitucional aquellos otros derechos que sean inherentes a la personalidad humana, y otra cosa muy diversa es concluir, respecto a estos nuevos derechos, cuándo el nuevo derecho es inherente a la personalidad humana o no. Esta tarea resulta sumamente compleja y discutible salvo en casos especiales como los referidos.

Peluffo,²¹ ¿puede haber argumento más fuerte para demostrar que un derecho es inherente a la personalidad humana que el hecho de estar reconocido —con algunas variantes— en uno, dos o más tratados internacionales ratificados por la República? Parece que no, y por eso dicha regulación internacional permite disipar las dudas y atemperar los problemas que surgían al aplicar el artículo 72. La prueba más contundente de que un derecho es inherente a la persona humana surge justamente de su inclusión en tratados internacionales referidos a los derechos humanos. No se está realizando con esto una interpretación evolutiva del artículo 72,²² sino que, por el contrario, e incluso por la vía del propio artículo 72, parece ingresar un concepto de *inherencia* amplio, que encuentra su fundamento en la concepción internacional de los derechos humanos actual.²³

En definitiva, parece que el artículo 72 de la Constitución, con la referencia que efectúa a los “derechos inherentes a la personalidad humana o que se deriven de la forma republicana de gobierno”, impone en la actualidad una interpretación amplia y flexible; no por practicar una caprichosa interpretación de tipo evolutivo de la norma, sino por la evolución operada en materia de derechos humanos, especialmente en lo que a su regulación internacional refiere, que impone un concepto amplio y moderno respecto a qué se considera un derecho inherente a la personalidad humana.

De lo anterior surge que, en principio, y cuando nos encontremos con un derecho fundamental reconocido como tal en instrumentos internacionales referidos a derechos humanos ratificados por la República, ya no será necesario argumentar que éste presenta el referido carácter de inherencia para que se acepte su rango constitucional, sino que dicha condición deriva directamente del hecho de estar reconocido por el ordenamiento jurídico internacional como un derecho fundamental. La carga de la argumentación, con todos los problemas prácticos que implica, sólo sería necesaria para demostrar que, por excepción, algún derecho recogido como fundamental por el orden internacional no es inherente a la personalidad humana y por lo tanto no debe reconocérsele rango constitucional con base en el artículo 72 de la Carta.²⁴

En definitiva, y a los efectos de aproximarnos al estudio de la libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya, debe tenerse presente la capital incidencia que presentan las normas internacionales referidas a los derechos humanos, y tanto por el

²¹ Juan P. Cajarville Peluffo, o. cit., pp. 168 y 169.

²² Al estilo de Juan Andrés Ramírez por ejemplo (véase *El derecho constitucional en la Universidad*, en colección Clásicos Uruguayos); véase también Risso Ferrand, o. cit., t. I, § 31.

²³ Es más, es posible sostener que el análisis de la cuestión se invierte. Cuando un derecho no establecido a texto expreso en la Carta sea objeto de regulación en uno, dos o más tratados internacionales ratificados por la República, ya no será necesario argumentar en cuanto a su carácter de inherente a la personalidad humana, ya que esto ya está demostrado, sino que, por el contrario, la carga de la argumentación recaerá en quien pretenda que el derecho no presenta dicho carácter.

²⁴ Sobre los problemas que genera la a veces llamada *reforma indirecta* de la Constitución que implica este fenómeno, y a sus dos variantes (reforma indirecta por adición derechos y reforma indirecta por sustracción de derechos), me remito a Risso Ferrand, o. cit., t. III, pp. 112 y ss.

camino tradicional señalado por la doctrina y jurisprudencia uruguayas, como por la modalidad más reciente, es evidente que esta regulación internacional debe ser analizada en forma simultánea con la regulación constitucional de este tema. Asimismo, en caso de regulaciones diversas, se aplicará la que resulte más favorable al derecho en juego, siempre que ello no implique una “reforma indirecta de la Constitución por sustracción”, lo que está vedado.²⁵

3. *Libertades claramente vinculadas*

La libertad de enseñanza se relaciona en forma evidente con tres libertades básicas: la libertad de pensamiento, la libertad de expresión de pensamiento y la libertad de comunicación de pensamiento.

La *libertad de pensamiento* refiere en principio a un sujeto en particular y garantiza su derecho a formar, mantener, modificar o ajustar su propio pensamiento según los dictados de su conciencia. Pero obviamente este derecho no puede llevar a suponer que todo individuo podrá hacer esto por sí mismo, sino que enfrentará problemas que no pueden ser ajenos al derecho.²⁶

La *libertad de expresión del pensamiento*, por su parte, refiere a un aspecto exterior de la anterior. Si bien ya no estamos en el reducto inexpugnable del propio individuo, ya que ahora éste exterioriza su pensamiento, lo expresa, todavía seguimos en el ámbito personal o individual. El pensamiento se puede expresar no sólo con la palabra oral o escrita, sino mediante una pluralidad de variantes: manifestaciones artísticas, forma de vestir, el hecho de acudir a determinado lugar a determinada hora, etcétera. La libertad de expresión de pensamiento pasa a ser la consecuencia lógica de la libertad de pensamiento; si el individuo forma y ajusta su propio pensamiento, es lógico que tenga también el derecho a expresarlo, si lo desea. La libertad de expresión de pensamiento es el aspecto exterior del pensamiento y, así como la libertad de pensamiento, se refiere al individuo en sí mismo.

La *libertad de comunicación del pensamiento* implica algo más que la anterior, ya que para que exista *comunicación* debe haber al menos dos sujetos: el emisor y el receptor del pensamiento. Y ambos son titulares de derechos y obligaciones. Dentro de la libertad de comunicación del pensamiento aparecen dos variantes especiales y trascendentes desde el punto de vista constitucional: la *libertad de prensa*²⁷ y la *libertad de enseñanza*. Se verá a continuación la similitud existente entre estas dos varian-

²⁵ *Ibíd.*, p. 114.

²⁶ Más ampliamente en “Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2002*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2002, pp. 267 y ss.

²⁷ Sobre libertad de prensa me remito a lo dicho en Risso Ferrand, o. cit., t. III, y en ídem “Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2002*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2002, pp. 267 y ss.

tes, en cuanto a sus fundamentos constitucionales, a los actores en una y otra, y en cuanto a la opción constitucional de protección de las libertades referidas.

II. La regulación constitucional de la enseñanza

1. *Objetivos de la enseñanza*

Del análisis de las normas constitucionales e internacionales aplicables en esta materia, pueden extraerse algunos de los objetivos perseguidos por el ordenamiento jurídico en lo que refiere a la educación y a la enseñanza. Así se encuentra que:

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, de 1948, establece en el párrafo 2° del artículo 26: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.
2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, de 1966, establece en su artículo 13, párrafo primero: “Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.
3. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948) establece en su artículo 12: “a) la educación debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas”; y “b) toda persona tiene derecho a que mediante la educación se la capacite para lograr una digna subsistencia, para mejorar su nivel de vida y para ser útil a la sociedad”.
4. En la misma línea, el Protocolo de San Salvador establece en su artículo 13: “Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Conviene, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y plu-

- ralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades a favor del mantenimiento de la paz”.
5. La Constitución uruguaya también agrega objetivos propios en su artículo 71 al establecer: “a) el Estado propenderá al desarrollo de la investigación científica y de la enseñanza técnica; b) es de utilidad social la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera; y c) en las instituciones docentes se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos”.
 6. Y aun cuando no tenga consagración expresa, es evidente que la educación tiene como objetivo adicional el de lograr o facilitar el ejercicio de los otros derechos humanos (libertad de pensamiento, libertad profesional, libertad de empresa, etcétera).²⁸

2. Principios que rigen la enseñanza

Del estudio de la Constitución uruguaya y normas internacionales podemos extraer también los grandes principios constitucionales (además del principio de libertad que se estudiará más adelante) que rigen la educación y la enseñanza como bien jurídico especialmente protegido por nuestro derecho constitucional.

2.1. En primer lugar encontramos *el principio de constitucionalidad*, entendiéndolo por tal que el sistema educativo ha de configurarse de acuerdo con los principios y valores de la Constitución y asentarse en el respeto a los derechos humanos reconocidos por nuestro derecho. Ingresan acá con singular importancia los objetivos de la enseñanza que surgen de la Carta y normas internacionales, los que incuestionablemente delinear el marco de acción del Estado y de los particulares en esta materia. El sistema educativo no sólo deberá evitar vulnerar estos valores, sino que deberá adaptarse a ellos y cumplirlos.

2.2. En segundo término encontramos *el principio de no monopolio educativo del Estado*,²⁹ con el que se hace referencia a que la enseñanza y la educación son una actividad común al Estado y a los particulares,³⁰ sin que exista ninguna preferencia ni beneficio de la primera forma (la estatal). Esto lo confirma inequívocamente el artículo 69 de la Constitución,³¹ que expresa: “Las instituciones de enseñanza privadas

²⁸ Aníbal Cagnoni (“Los derechos humanos y la Universidad”, en *Revista de Derecho Público*, n° 15, 1999, p. 86) enuncia fines más generales: fin cultural (la investigación en todos los órdenes); fin social (preferente atención por los problemas nacionales de la sociedad); fin ético (la superación moral de la juventud); y un fin de formación de los estudiantes en las distintas profesiones.

²⁹ Julio Prat, *Derecho administrativo*, t. V, vol. I, Acali, 1980, p. 129.

³⁰ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 5ª ed., FCU, 1987, pp. 78 y ss. Refiere a los servicios sociales que son prestados indistintamente por el Estado y los particulares.

³¹ Los debates en la Constituyente de 1934 demuestran dudas y confusiones en los constituyentes. Al respecto: Jiménez de Aréchaga, *La Constitución nacional*, o, cit., t. I, p. 313 y ss.

y las culturales de la misma naturaleza, estarán exoneradas de impuestos nacionales y municipales, *como subvención por sus servicios*". Es incuestionable la importancia que la Carta asigna a la existencia de entidades privadas de enseñanza (no las tolera sino que quiere que existan, las estimula y las premia), fácilmente comprensible en mérito a la concepción pluralista de la enseñanza que toma nuestra Constitución.

Las únicas diferencias que surgen de la Constitución en esta materia son: a) la preceptividad de la forma jurídica de ente autónomo para la enseñanza oficial (artículo 202 de la Constitución) y las consecuencias propias de su regulación por normas de derecho público; y b) la gratuidad de ciertos niveles de la enseñanza oficial. Fuera de estos casos, las entidades estatales y privadas se encuentran en un plano de igualdad jurídica y se debe tener cuidado de evitar confusiones que no surgen de la Constitución sino de normas infraconstitucionales aprobadas en épocas en que la Universidad de la República ejercía el monopolio de hecho de la enseñanza universitaria en el país. En forma alguna la Constitución permite hablar de la necesidad de "equiparar" los programas de las entidades privadas a los oficiales, ni ninguna otra forma de distinción o favor para la enseñanza pública.

2.3. El *principio de la gratuidad* que rige para la enseñanza oficial ha merecido diversas dudas. La fórmula constitucional es curiosa, ya que, en lugar de establecer en forma clara y directa la solución que se deseaba, el constituyente recurrió a una peculiar declaración en el artículo 71: "declárase de utilidad social la gratuidad de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística y de la educación física [...]". En lo que refiere a la enseñanza oficial universitaria, esta disposición ha suscitado discrepancias, desde quienes sostienen que, por surgir del artículo 71, la enseñanza universitaria estatal debe ser gratuita en todas sus variantes, hasta quienes postulan la posibilidad de que la Universidad de la República cobre a sus estudiantes por cursos de grado y posgrado.³²

Si se complementa la declaración constitucional con las normas internacionales, se encontrarán soluciones variadas. A saber:

A. La Declaración Universal de 1948 prevé que la educación debe ser gratuita, "al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental". Se aprecia una preferencia por la enseñanza gratuita pero razonablemente se pone el acento en la elemental.

B. El Pacto Internacional de 1966, por su parte, establece en el párrafo 2 del artículo 13:

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

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a

³² Los antecedentes de la norma en la Constituyente pueden verse *ibídem*, p. 316.

- todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
 - e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de enseñanza, implantar un sistema de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

Este texto, que es casi similar al de la Convención Americana de 1948, pone de manifiesto que la enseñanza primaria oficial *debe* ser gratuita, mientras que los otros niveles, sin perjuicio de la orientación a la gratuidad, podrán optar por otros medios para lograr que la enseñanza sea accesible a todos.

Las normas transcritas no imponen la gratuidad de la educación universitaria oficial;³³ en consecuencia, la Universidad de la República podría, a mi juicio, cobrar a sus estudiantes siempre y cuando dicho pago no implique la imposibilidad para

³³ Sobre este punto y discrepando con buena parte de la doctrina, he sostenido: “Nuestra Constitución al referir a la gratuidad de la enseñanza emplea una extraña expresión: ‘Déclarase de utilidad social la gratuidad de la enseñanza oficial, primaria, media, superior, industrial y artística, y de la educación física’. Sin duda hubiera sido mejor que se estableciera sin rimbombantes declaraciones la gratuidad de la enseñanza oficial, como ocurre habitualmente en el Derecho Comparado, pero lo cierto es que se recurrió a esta declaración de utilidad social, por lo que, conforme al método interpretativo lógico sistemático teleológico, debe intentarse desentrañar su sentido. Una primera constatación, obvia e ineludible, es justamente que la Carta no establece la gratuidad sino que declara la utilidad social de la misma. El análisis contextual y teleológico de la disposición, en una Constitución que consagra sin dudas un Estado social de Derecho, no puede admitir duda alguna en cuanto a que nadie puede verse privado de acceder a la enseñanza por razones económicas. De esta forma podemos concluir que, pese a que no lo dice el artículo 71, la gratuidad sí es constitucionalmente imprescindible para todos aquellos que sin la misma no podrían acceder a la enseñanza. Complementando lo anterior, y armonizando el artículo 71 con la obligatoriedad de la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial prevista en el artículo 70, quizás podría extenderse le necesaria gratuidad de la enseñanza oficial a dichos niveles de enseñanza, independientemente de la situación económica de los sujetos. El razonamiento sería el siguiente: se establece la obligación pero a todos se da la posibilidad de cumplir con ésta en forma gratuita. Se advierte entonces que queda pendiente de solución clara, básicamente, el caso de la Universidad de la República. Al respecto, y sabiendo que es una posición diversa a la que ha mantenido y mantiene en la actualidad dicha Universidad, parecería que la solución constitucional sería la siguiente: a) Ningún habitante de la República que desee realizar estudios universitarios podrá verse impedido de ellos en razón de su situación económica. En otras palabras, quien no puede pagar por sus estudios de nivel superior, deberá poder contar siempre con la posibilidad gratuita en la Universidad de la República. b) Fuera de la hipótesis anterior, será la propia Universidad la que decida si sus cursos se imparten en forma gratuita o no. La utilidad social de la gratuidad bien puede implicar que quienes puedan pagar lo hagan, y de esa forma y mediante la utilización de esos recursos para la financiación de quienes no pueden pagar, se cumpla igualmente con dicho objetivo”. Véase *Derecho constitucional*, o. cit., t. III, pp. 195 y ss.

alguno de ellos de realizar estudios universitarios. En otras palabras, se les puede cobrar a quienes pueden pagar, y así lo dispuso la ley 16.222 en su artículo 407: “Facúltase a la Universidad de la República a cobrar una matrícula a sus estudiantes que se hallen en condiciones económicas de abonarla”.

2.4. El *principio de obligatoriedad* aparece en el artículo 70 de la Constitución, que dispone: “son obligatorias la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial”. A esta altura nadie duda de la necesidad de que, junto con el derecho a la educación, aparezca la obligación en análisis (deber constitucional).

2.5. También aparece el *principio de responsabilidad de las autoridades públicas*, en tanto la enseñanza no es algo ajeno al Estado (en sentido amplio) sino que tiene obligaciones concretas, que surgen con claridad de diversas previsiones constitucionales: a) el Estado propenderá al desarrollo de la investigación científica y la enseñanza técnica y la ley proveerá lo necesario a tales efectos (artículo 70); b) el Estado tiene a su vez la obligación de prestar los servicios que corresponden a la educación oficial; c) debe proceder a la creación de becas de perfeccionamiento y especialización y al establecimiento de bibliotecas populares, etcétera. Las autoridades públicas no son ajenas a esta materia, sino que deben actuar en un régimen de igualdad con los particulares.

2.6. Respecto a las entidades estatales de enseñanza, puede hablarse de un *principio de autonomía* que pretende separar la enseñanza oficial del gobierno de turno. El ya citado artículo 202 de la Carta da a los entes de enseñanza la máxima autonomía y el mayor grado de descentralización posible conforme nuestro ordenamiento jurídico.³⁴ Se ha dicho que la autonomía de la enseñanza pública viene a cumplir el mismo fin que la libertad de enseñanza para las instituciones privadas. Sobre esto se volverá más adelante.³⁵

³⁴ Surge del artículo 205 de la Constitución que los institutos de contralor de que dispone el Poder Ejecutivo sobre los entes autónomos, establecidos en los artículos 197 y 198 de la Carta, se aplican parcialmente a los entes de enseñanza: no se aplica el 197 y sólo se aplican los dos primeros incisos del 198.

³⁵ Las nociones de *autonomía* y *descentralización* no aparecen como similares aunque, en general, cuando nos enfrentamos al fenómeno llamado por buena parte de la doctrina uruguaya como *descentralización por servicios*, aparecen, en los hechos, ligadas entre sí. Cassinelli Muñoz (*Derecho público*, vol. II FCU, Montevideo, 1999), con su precisión habitual, nos enseña que hay descentralización cuando se quiebra el vínculo jerárquico. Decir que un órgano está descentralizado frente a otro significa decir que no hay vínculo jerárquico entre ambos; que el órgano descentralizado no está subordinado al otro. En la práctica esto se traduce en la imposibilidad de que el órgano dé instrucciones u órdenes de servicio al otro. Decir que hay más o menos descentralización quiere decir que quedan más o menos vestigios del vínculo jerárquico. Es decir que hay más o menos controles sobre la actuación del órgano descentralizado. La autonomía, en cambio, refiere a la posibilidad de dictar su propio ordenamiento jurídico. Se puede tener más o menos autonomía; esto quiere decir que, en el primer caso, son más importantes los actos que pueden dictar los entes. Continúa este autor señalando que, al analizar los organismos que tienen descentralización y autonomía, se aprecia que en la Constitución existen dos tipos: *entes autónomos* y *servicios descentralizados*. Los entes autónomos tienen

2.7. También puede hablarse de un *principio de tolerancia y pluralismo*, el cual surge de los objetivos ya referidos de la educación y del principio de libertad que se analizará más adelante. El propio concepto de Estado social y democrático de Derecho³⁶ que recoge nuestra Constitución confirma inequívocamente este principio.

2.8. Por último, puede mencionarse un *principio de participación* que tiene dos aspectos diversos: a) cuando se refiere a la Universidad de la República, la participación de docentes, estudiantes y graduados en el gobierno de la entidad está garantizada en el artículo 203 de la Carta; y b) fuera de ese caso, la Constitución reconoce el derecho de los padres y tutores (y, en forma implícita, de los adultos para sí mismos) de elegir, para la enseñanza de sus hijos y pupilos, los maestros o instituciones que deseen.

3. *La libertad de enseñanza*

El artículo 68 de la Constitución establece:

Queda garantida la libertad de enseñanza. La ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos.

Es interesante, para dar el justo alcance a este artículo, recordar cómo ha sido la evolución de nuestro derecho. Jiménez de Aréchaga señalaba que las Constituciones de 1830 y 1918 no contenían ningún precepto al respecto, ya que se entendía que la libertad de enseñanza era un corolario de la libertad de emisión del pensamiento. No era entonces necesario incorporar un texto que declarara especialmente esta libertad, la que por otra parte ya había sido consagrada en el país por leyes ordinarias. Por lo

mayor descentralización y mayor autonomía que los servicios descentralizados. Los conceptos de *descentralización* y *autonomía* son teóricos; las nociones de *ente autónomo* y *servicio descentralizado*, en cambio, no son teóricas sino creaciones del derecho positivo uruguayo. Pero los conceptos teóricos mencionados no se corresponden con las nociones de nuestro derecho positivo constitucional (con cada una de las categorías señaladas), sino que se cruzan. Es decir, tanto los entes autónomos como los servicios descentralizados son descentralizados y autónomos; el que tiene mayor dosis de autonomía y descentralización es el ente autónomo; el que tiene menor dosis de ambos conceptos es el servicio descentralizado. Analizando la Constitución de 1952, Prat (o. cit.) definía a los entes autónomos como aquellos organismos públicos estatales, dirigidos por órganos colegiados, con plenos poderes jurídicos de administración de servicios nacionales, que cumplen fines especiales y actúan bajo el contralor de autoridades nacionales. Los servicios que administran no son necesariamente públicos; basta que sean servicios en que esté comprometido el interés colectivo, servicios de índole social, etc. Cumplen así fines especiales que limitan la materia de la competencia del ente (principio de la especialidad), administrando y destinando bienes y rentas a los cometidos fijados por la ley. Sayagués Laso (o. cit.), por su parte, y en términos similares, consideraba que los entes autónomos son personas jurídicas de derecho público estatales que tienen a su cargo determinados servicios de carácter nacional y están dirigidos por consejos o directorios que poseen plenos poderes de administración y actúan con autonomía, bajo cierto contralor de las autoridades nacionales.

³⁶ Sobre las características del Estado social y democrático de Derecho que establece nuestra Constitución, me remito a Risso Ferrand, *Derecho constitucional*, o. cit., t. III, cap. I.

demás, la fórmula comprensiva del artículo 173 de la Constitución de 1918 reconocía implícitamente la existencia de este derecho.

En cuanto a las normas legales, quizá la más antigua sea la ley de 1827, que en su artículo 9 disponía: “Las escuelas de primeras letras que no estén a cargo del Estado, quedan en la misma libertad, pero bajo la inspección de Juntas inspectivas”. Este régimen fue sustituido por un sistema de vigilancia e intervención rigurosas, por el decreto-ley del 13 de setiembre de 1847 y por el reglamento de marzo de 1848.

El nuevo movimiento hacia la libertad se cumplió con la Ley de Educación Común, de 24 de agosto de 1877, concesión hecha por Latorre a José Pedro Varela. La ley de 1877 disponía:

La inspección del Estado sobre las instituciones privadas de enseñanza tendrá por objeto *exclusivo* comprobar las condiciones de higiene en esos establecimientos, proteger la moral pública, y establecer si en la enseñanza impartida se contenía algo que fuera contrario a la moralidad o a la Constitución de la República.³⁷

Pero esta ley se refería exclusivamente a los institutos de primera enseñanza. Para la secundaria y para la superior, el principio de la libertad fue consagrado recién por la ley de 1885, de organización universitaria, que establecía:

La autoridad pública tendrá el derecho de inspeccionar los establecimientos de educación de los particulares, al solo objeto de impedir que se contraríen las prescripciones de orden moral y los dogmas fundamentales de la Constitución.³⁸

Las leyes de 1877 y 1885 son, pues, los antecedentes directos del actual artículo 68 de la Constitución.

Si se vuelve a lo dicho en el inicio sobre la trascendencia que la Constitución asigna a dos formas de comunicación del pensamiento, la libertad de prensa y la libertad de enseñanza, se aprecia sin dificultad que, así como a la primera se le dio una garantía básica —la prohibición de censura previa sin perjuicio de la responsabilidad ulterior por los abusos que se cometan—, igualmente se le dio singular destaque a la garantía relativa a la libertad de enseñanza. No se limita la Constitución a reconocer o establecer el derecho, sino que lo *garantiza*.³⁹ Y se garantiza algo anterior, algo que ya existe (algo que deriva de la forma republicana de gobierno o es inherente a la persona humana). Aun cuando no existiera el artículo 68, el reconocimiento de la libertad sería imperativo para el intérprete.

Esta libertad, tan especialmente destacada por el texto constitucional, comprende diversos ámbitos: la libertad de crear establecimientos de enseñanza; la libertad de

³⁷ Daniel Hugo Martins, “La libertad de enseñanza, la fundación de institutos privados y la validez de los títulos profesionales”, en *Estudios en Memoria de Héctor Frugone Schiavone*, Amalio Fernández, Montevideo, 2000, pp. 366 y ss.

³⁸ Jiménez de Aréchaga, *La Constitución nacional*, o. cit., t. I, pp. 304 y ss.

³⁹ Susana Bello Fabra, “Regulación de la administración en algunos servicios sociales”, en *Régimen administrativo de la actividad privada. Curso de Graduados 1989*, FCU, 1990, p. 165.

dirigir dichos establecimientos; la libertad de cátedra de los profesores; la libertad de los educandos y de los padres o tutores, en caso de los menores, de elegir los maestros e instituciones que deseen, etcétera.⁴⁰

A su vez, las normas internacionales, aun sin la precisión o contundencia de la Constitución, confirman lo anterior. Así por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, dispone:

Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades de establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que respeten los principios enunciados en el párrafo 1⁴¹ y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

En el mismo sentido se encuentra el párrafo 5 del artículo 13 del Protocolo de San Salvador.

Es importante todavía destacar la trascendencia de esta solución de libertad que adopta la Constitución, y respetuosamente discrepar con quienes mencionan en primer lugar los casos de limitación a esta libertad. Esto puede ser peligroso. La solución de principio es la libertad de enseñanza en sus distintas manifestaciones; la excepción es la que surge de la segunda oración del artículo 68. La primera debe ser objeto de una interpretación expansiva, compatible con el principio *pro homine* y sus consecuencias. La segunda debe ser objeto de una interpretación estricta o restrictiva, como ya se señaló.

En síntesis, la libertad de enseñanza, en tanto solución de principio, sólo podrá limitarse:

A. En virtud de una ley formal (principio de reserva a la ley). Y no cabe duda de que ésta es un acto expedido por el Poder Legislativo nacional y promulgado por el Poder Ejecutivo luego de cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 133 y siguientes de la Carta (procedimiento ordinario), o en los artículos 214 y siguientes (leyes de presupuesto o rendición de cuentas), o en el artículo 168 numeral 7 (procedimiento con declaración de urgencia).⁴² Toda limitación que no surja de la ley será inconstitucional.

B. Además, la ley deberá fundarse en una de las cuatro razones en que el propio artículo 68 admite la intervención del Estado. Toda ley que autorice una intervención estatal sin estos fundamentos resultará inconstitucional por razones de contenido.⁴³

⁴⁰ Prat, o. cit., p. 130.

⁴¹ Refiere a los objetivos de la educación ya mencionados.

⁴² Esta afirmación, si bien ha generado alguna posición contraria de la Suprema Corte de Justicia, es la seguida por la doctrina mayoritaria, y por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 6/86, a raíz de una consulta realizada por el gobierno uruguayo al respecto. Sobre este punto me remito a lo dicho en "Control de la regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen derechos humanos en el derecho uruguayo", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, n° III, Montevideo, 2002, pp. 66 y ss.

⁴³ Cassinelli Muñoz (*Derecho público*, o. cit., vol. I, pp. 69 y ss.) destaca la taxatividad de estos motivos de la limitación y señala que no se puede, por ejemplo, prohibir la enseñanza a niños por parte

C. El principio de *reserva legal* en análisis admite que en algunos casos puedan efectuarse remisiones a la reglamentación, pero estas remisiones deberán cumplir también ciertos requisitos:

- a. La remisión a la reglamentación debe haberse dictado cumpliendo los requisitos materiales que la Constitución establece (garantías sustanciales).
- b. La remisión no puede constituir una norma en blanco, ya que esto implicaría un fenómeno de deslegalización no admitido por la Constitución (la regulación reglamentaria debe estar subordinada a la ley y no ser una norma independiente).
- c. El órgano administrativo, todavía, debe ejercer sus potestades dentro de los parámetros que le fija el ordenamiento jurídico.⁴⁴

Sin perjuicio de lo anterior, aparecen casos en que la propia Constitución impone limitaciones. Por ejemplo, una entidad de enseñanza cuyo objeto sea preparar a sus alumnos para que por la violencia o mediante propaganda que incite a la violencia destruyan las bases fundamentales de la nacionalidad,⁴⁵ no podrá invocar a su favor la libertad de enseñanza como excusa para contravenir la solución que deriva del artículo 80 numeral 6 de la Constitución. En esta hipótesis la institución estaría fuera de la libertad de enseñanza que tutela la Constitución.

III. Sujetos que participan en la enseñanza

Al igual que en la libertad de prensa, en esta forma de comunicación del pensamiento no participan sólo dos individuos (emisor y receptor respectivamente), sino que aparece una pluralidad de sujetos.

1. *Estudiante*

Comenzando con quien es sin duda el fin último de todo proceso educativo, el estudiante, se advierte que éste es titular de una pluralidad de derechos: algunos muy generales, tales como recibir una formación que cumpla con los objetivos ya mencionados del sistema educativo; otros más concretos, como el de poder acceder a la enseñanza primaria y media, agraria o industrial en forma gratuita, o poder acceder a niveles superiores de educación sin que sus limitaciones económicas sean un obstáculo en tal sentido; y, por supuesto, todos los derechos derivados de la libertad de enseñanza, o sea, la posibilidad de elegir sus maestros, instituciones, etcétera.

de quienes no tengan el título de maestro, pues esto no refiere ni a la higiene, ni a la moralidad, ni a la seguridad, ni al orden público. Y agrega más adelante: tampoco hay posibilidad de corregir errores [...] si la actividad libre se hace mal tendrá simplemente las consecuencias normales de cualquier servicio que se preste mal: le será más difícil conseguir clientes [...].”

⁴⁴ Me remito a Risso Ferrand, “Control...”, o. cit., p. 72 y ss.

⁴⁵ Entendiendo por éstas las contenidas en las secciones I y II de la Constitución.

También el estudiante es titular de derechos que surgirán de sus vinculaciones contractuales con las distintas entidades de enseñanza por las que opte.

Y como ya se señaló, todos los habitantes de la República son titulares del deber constitucional del artículo 70, o sea, cumplir con los mínimos de enseñanza obligatoria y hacer que los cumplan sus hijos o pupilos.

2. *La institución de enseñanza*

Al igual que en la libertad de prensa, en el fenómeno de la enseñanza aparece la figura de la *empresa*, que realiza una suerte de intermediación entre los estudiantes y los profesores. Esta empresa será titular de los derechos que derivan del artículo 36 de la Constitución (“toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes”). Como señala Cassinelli Muñoz, la distinción entre libertad de enseñanza y libertad de empresa no es sólo teórica sino que tiene consecuencias prácticas. La libertad de enseñanza sólo admite las limitaciones dispuestas por ley en los casos taxativamente autorizados en el artículo 68⁴⁶ de la Constitución. La libertad de empresa puede ser limitada también por ley, pero basándose en “razones de interés general”, lo que da mayor amplitud al legislador, quien no estará condicionado por los cuatro motivos del artículo 68. De esta forma, la “empresa” de enseñanza, conforme el artículo 36, puede ser sometida a otros controles —por ejemplo, en materia laboral— sin que se vulnere con esto la libertad de enseñanza.

En general se reconocen como derechos de las instituciones de enseñanza: a) el derecho a establecer el ideario educativo o el “carácter propio” del centro de enseñanza;⁴⁷ b) el derecho del titular del centro a dirigirlo efectivamente (gestión académica, económica, de personal, etc.); c) el derecho a la exoneración de impuestos que surge del artículo 69 de la Constitución; etcétera.

3. *Docente*

El docente, normalmente empleado o contratado por una empresa de enseñanza, goza de un *status* especialmente tutelado, por su papel trascendente en este complejo esquema de comunicación de pensamiento. Básicamente aparece aquí un instituto principal de protección: la libertad de cátedra.

De Esteban y López Guerra, refiriendo a la regulación constitucional española que recoge expresamente la libertad de cátedra, la definen como la “exención de trabas que ha de tener todo profesor para investigar, exponer y transmitir el saber científico.”⁴⁸ Álvarez Conde, por su parte, aclara que esta libertad es aplicable a todos

⁴⁶ Cassinelli Muñoz, *Derecho público*, o. cit., vol. I, pp. 70 y ss.

⁴⁷ Giuseppe De Vergottini, *Diritto costituzionale*, 2ª ed., CEDAM, Italia, 2000, p. 340.

⁴⁸ Jorge De Esteban, y Luis López Guerra, *El régimen constitucional español*, Labor Universitaria, Barcelona, 1980, pp. 170 y ss.

los docentes de los distintos niveles de enseñanza, y tanto de las entidades públicas como de las privadas.⁴⁹

En Uruguay, si bien la libertad de cátedra no tiene previsión expresa en la Constitución, en general se ha aceptado su rango constitucional por la vía del artículo 72 de la Carta.⁵⁰ Por otra parte, esta libertad ya se encuentra prevista en la ley para la Universidad de la República.

La jurisprudencia española, en términos trasladables al derecho uruguayo, ha señalado que el contenido de la libertad de cátedra se determina con base en dos variantes que se combinan: la naturaleza pública o privada de la institución y el nivel de enseñanza de que se trate. Así, en los establecimientos públicos la libertad de cátedra tiene un contenido negativo uniforme y habilita al docente a resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada. Asimismo, el alcance de la libertad de cátedra va disminuyendo a medida que se desciende en el grado o nivel educativo. En los centros privados, en cambio, la libertad de cátedra es tan plena como en las entidades públicas, pero hay que recordar que estos centros son titulares del derecho a dar a la institución un ideario propio. Para los casos en que se produce la colisión de derechos (libertad de cátedra por un lado y libertad de establecer el ideario del centro por el otro) la jurisprudencia española ha desarrollado los siguientes criterios:

A. La existencia de un ideario no obliga al profesor a convertirse en un apolo-gista de éste, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni tampoco a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico le impone a su labor.

B. La libertad de cátedra no faculta al profesor a dirigir ataques abiertos ni solapados contra el ideario del centro.

C. La virtualidad limitativa del ideario será mayor en los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos.

D. También ha reconocido la jurisprudencia española que la actuación del docente fuera de su función como profesor puede llegar a ser considerada como una violación de la obligación de respetar el ideario.⁵¹

⁴⁹ Enrique Álvarez Conde, *El régimen político español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, pp. 157-158.

⁵⁰ Me remito a lo dicho en Risso Ferrand, *Derecho constitucional*, o. cit., t. III, p. 195. También Héctor Gros Espiell, en informe presentado en la Universidad Católica del Uruguay en febrero de 2003, ha sostenido el rango constitucional de este derecho.

⁵¹ Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 358 y ss. En el mismo sentido Louis Favoreu, Patrick Gaia, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux y Guy Scoffoni (*Droit constitutionnel*, 2ª ed., Dalloz, París, 1999, pp. 833 y 834) se refieren a la obligación de los docentes de respetar el “*caractère propre*” de la institución.

4. Padres y tutores

La parte final del artículo 68 de la Constitución establece que todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros o instituciones que desee.⁵²

⁵² Al respecto: Jiménez de Aréchaga, *La Constitución nacional*, o. cit., t. I, p. 306. Algunos autores sostuvieron una interpretación restrictiva de esta disposición constitucional; por ejemplo, Emilio Biasco, “Sobre libertad de enseñanza y sus límites”, en *Cursillo sobre los Derechos Humanos y sus Garantías*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UR), 2ª serie, n° 13, Montevideo, 1990, p. 160 y ss. También Luis Manzoni Rubio, “El principio de laicidad como garantía jurídica de la libertad de pensamiento”, en *Cursillo sobre los derechos humanos y sus garantías* (UR), Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2ª serie, n° 13, Montevideo, 1990. Al no compartir estas dos últimas posiciones, me remito a lo dicho en Risso Ferrand, *Derecho constitucional*, o. cit., t. III, p. 197, en que señalé: “Esta norma, que en general no presentaba —ni presenta— problemas para la determinación de su alcance, fue objeto de algunas precisiones por algunos autores que, invocando la existencia de un principio que denominan de *laicismo atenuado* (basado en el artículo 5, en la función social de la familia del artículo 40, en el artículo 54, etc.), han sostenido que los padres tienen derecho a elegir quién enseña a sus hijos, pero no a determinar qué se les enseña. Con esto limitan en cierta forma la enseñanza religiosa. No tengo el gusto de compartir esta opinión por varias razones: a) El artículo 5 de la Carta, si bien establece un Estado no confesional, no es frente al fenómeno religioso ni crítico, ni neutral, ya que es obvio que con las exoneraciones de impuestos a los templos, en cierta forma, se está facilitando el culto de las distintas religiones. El Estado es laico (no puede impartirse enseñanza religiosa en entidades oficiales de enseñanza), pero no se deriva de esto ninguna otra consecuencia. b) En segundo lugar, la generosa (y compartible) amplitud del artículo 68 de la Constitución, y la precisión en cuanto a cuáles son los únicos casos en que puede intervenir el Estado, colide con esta posición doctrinaria. Claro que, si un padre optara por una enseñanza religiosa que afectara la moral, seguridad o higiene de los menores, el Estado debería intervenir. Pero debemos coincidir en que lo normal es la enseñanza de ciertas religiones respecto a las cuales, aun cuando no se compartan, se deberá aceptar que no afectan ninguno de los bienes jurídicos mencionados en la segunda oración del artículo 68, por lo que no se puede intervenir en la materia. c) Con carácter general, es oportuno recordar a Jiménez de Aréchaga, en cuanto a que eventuales limitaciones relativas a la elección de dónde estudian los niños, o quiénes les enseñan, o qué se les enseña, concluyen siempre en una alternativa: ¿quiénes eligen los maestros de los niños?: ¿sus padres o los padres de otros niños? La claridad del razonamiento es elocuente, y sin duda es preferible que la elección recaiga en los padres propios, con dos límites: cumplir con los mínimos de enseñanza obligatoria del artículo 70 y no afectar la moral, higiene o seguridad de los menores, o el orden público, y siempre cumpliendo con los objetivos que fijan los artículos 40 y 41 de la Carta. d) Todavía puede recordarse el artículo 12 del Pacto de San José de Costa Rica cuando establece en su numeral 4º: “Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. O también el numeral 3 del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, que prevé que los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. O el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que en su artículo 13 numeral 3 establece: “Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos y pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Sin continuar con la referencia a normas internaciona-

Esta disposición coincide con la Declaración Universal de los Derechos de 1948, que en su artículo 26, párrafo 3, establece que los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. Más explícito, el Pacto Internacional de 1966 dispone en el párrafo 3 de su artículo 13:

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

En el mismo sentido, el Protocolo de San Salvador dispone:

[...] conforme la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.

Este derecho de padres y tutores ha sido objeto de discusiones en cuanto a su efectivo ejercicio. Así, se ha destacado que es un derecho sometido a las posibilidades económicas de sus titulares, y que en caso de imposibilidad económica el derecho se diluye y se torna inoperante en la medida en que padres y tutores no tienen otro remedio que recurrir a la enseñanza oficial gratuita (salvo que accedan a algún tipo de beca o similar). Se trata de un tema sin duda interesante pero que excede el objeto de este trabajo, pues exigiría ingresar en el análisis de las situaciones jurídicas subjetivas frente al Estado, calificarlas y determinar cuáles son las consecuencias en la especie.

5. *La sociedad*

Tal como ocurre con la libertad de prensa, también en materia de educación y enseñanza aparece la *sociedad* como titular de un interés general común con un contenido amplio: a) a que todos los habitantes reciban una buena formación básica; b) a que todos los interesados puedan acceder a formas superiores de educación; y c) a que se cumpla con los objetivos constitucionales e internacionales en materia de enseñanza.

les, corresponde recordar que se trata de previsiones con rango constitucional en nuestro país conforme al artículo 72 de la Carta. e) Por último, la imposición de una enseñanza laica implica una toma de posición con similar valor y falibilidad que la opción por la enseñanza religiosa, ya que no debe caerse en el error de considerar que la enseñanza laica es “neutra”. Es una opción con similares características a la opción religiosa.

IV. Libertad de enseñanza y actividades restringidas en cuanto a su ejercicio profesional

El artículo 36 de la Constitución establece que “toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes”. Esta disposición, básica para comprender la concepción constitucional, establece no una sino varias libertades (de trabajo, empresa, industria, etcétera), y admite la posibilidad de limitaciones establecidas por ley (garantía formal) motivadas en razones de interés general (garantía sustancial).⁵³

En lo que interesa al presente trabajo, diversas normas legales han condicionado el ejercicio de ciertas profesiones al cumplimiento de determinados requisitos. La más reciente es la ley 17.154 que establece en su artículo 2:

Para poder ejercer la profesión de psicólogo en el territorio de la República es exigible: A) Título de licenciado en psicología o equivalente, otorgado por la Universidad de la República u otras universidades o institutos universitarios habilitados por el Estado. B) Título de licenciado en psicología o equivalente otorgado por universidades extranjeras, revalidado por la autoridad competente.

También la ley previó una solución especial para quienes, en el momento de entrada en vigencia de la ley, tenían competencia notoria y título diferente, y estableció en estos casos un procedimiento de habilitación del título. Es evidente que esta ley en nada afecta la libertad de enseñanza, sino la libertad de ejercicio profesional.

El fin perseguido por estas leyes es evidente. El legislador desea que determinadas actividades que pueden tener consecuencias desfavorables y graves para los individuos (intervenciones quirúrgicas, patrocinio en procesos judiciales) sólo sean ejercidas por personas que tengan una idoneidad técnica mínima en su respectiva área.

También, como recuerda Martins, han sido dictadas diversas normas legales que refieren a los títulos profesionales expedidos por la Universidad de la República: leyes 1.825, 5.530, 9.202, 8.252, 5.353, 8.865, 8.394, 7.240 y 8.935.⁵⁴

Desde el punto de vista histórico, la solución fue sin duda razonable. Al existir una única universidad en el Uruguay, y siendo ésta estatal, se confió a dicha entidad el control de la idoneidad técnico-profesional mínima que debían presentar en cada disciplina quienes ejercieran las correspondientes profesiones.

Pero la situación cambió a partir de 1984, cuando nació la primera universidad privada. La solución que se dio al tema fue continuar por el camino histórico y mantener la habilitación profesional dentro de la órbita de las universidades o como competencia de éstas. Así, el decreto-ley 15.661, estableció:

⁵³ Sobre esta norma corresponde hacer remisión a Risso Ferrand, *Derecho constitucional*, o. cit., t. III, pp. 220 y ss.

⁵⁴ Martins, o. cit., p. 368.

Artículo 1: Los títulos profesionales que otorguen las Universidades Privadas, cuyo funcionamiento haya sido autorizado por el Poder Ejecutivo, para su validez deberán ser registrados ante el Ministerio de Educación y Cultura, que organizará el Registro correspondiente.

Artículo 2: Los títulos a que se refiere el artículo anterior tendrán, una vez registrados, idénticos efectos jurídicos que los expedidos por la Universidad de la República Oriental del Uruguay, e independientemente de éstos.

Artículo 3: Derógase toda disposición que directa o indirectamente se oponga a lo preceptuado por esta ley.

Se aprecia que la solución anterior (de la época en que sólo había una universidad) fue extendida a las universidades privadas. Esto implica que se sigue confundiendo o equiparando el título académico con la habilitación para el ejercicio profesional.

Más adelante, el decreto 308/95, de 11 de agosto de 1995, violentando claramente el inciso 2 del artículo 10 de la Constitución de la República, estableció restricciones (por la vía reglamentaria) al prohibir el uso de determinadas denominaciones (entre ellas la de Universidad y ciertos títulos) sin previo cumplimiento de determinados requisitos establecidos en el propio decreto. La inconstitucionalidad deriva de que el artículo 10 inciso 2 de la Carta establece que “ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, y este decreto estableció prohibiciones sin ley que lo permitiera.

La evidente inconstitucionalidad fue en parte superada cuando el artículo 380 de la ley 16.736, de enero de 1996, condicionó el uso de dichas expresiones (dándole a la limitación la necesaria base legal),⁵⁵ aunque sin definir las más que con una simple remisión al régimen vigente de rango administrativo. Salvo que se sostenga que el artículo 380 mencionado, en lo que refiere a estas limitaciones, dio rango legal a las soluciones del decreto 308/95, y si bien se supera parcialmente la inconstitucionalidad (respecto al inciso 2 del artículo 10 de la Constitución), de todas formas se mantiene una tacha en la medida en que se está haciendo una inconstitucional remisión a la reglamentación, deslegalizando una materia sin razón técnica alguna.⁵⁶

⁵⁵ El artículo 380 de la ley 16.736 dispone: “Se reserva el uso de la denominación ‘universidad’ o sus derivados, así como atribuir carácter ‘superior’ a la enseñanza que impartan y aplicar a los títulos y certificados que expidan las denominaciones ‘licenciatura’, ‘maestría’, ‘magister’ y ‘doctor’, o sus derivados, a las instituciones privadas cuyo funcionamiento hubiera sido autorizado de conformidad con las normas vigentes. El Poder Ejecutivo y el Ministerio de Educación y Cultura podrán ejercer, respecto a las instituciones infractoras de esta disposición, cualquiera sea su naturaleza jurídica, las potestades que respectivamente les confiere el Decreto-Ley 15.089, de 12 de diciembre de 1980”.

⁵⁶ Como ya se señaló, el principio de *reserva legal* admite que en algunos casos puedan efectuarse remisiones a la reglamentación, pero estas remisiones deberán cumplir también ciertos requisitos: a) La remisión legal debe haberse dictado cumpliendo con los requisitos materiales que la Constitución establece (garantía sustancial). b) La remisión no puede constituir una norma en blanco, ya que esto implicaría un fenómeno de deslegalización no admitido por la Constitución (la regulación debe estar subordinada a la ley y no ser una norma independiente). c) El órgano administrativo, toda vía, debe ejercer sus potestades dentro de los parámetros que le fija el ordenamiento jurídico.

La solución actual, que equipara el título académico a la habilitación profesional, presenta algunos problemas:

1. Impide controles periódicos de aptitud profesional. Si la restricción del ejercicio profesional es para tutelar a los habitantes de la república y garantizarles una cierta idoneidad mínima en quienes ejercen ciertas profesiones, es evidente que el fin perseguido no se cumple plenamente cuando la habilitación profesional de un médico, por ejemplo, surge de un título obtenido quizás treinta años antes. ¿Qué garantías se puede tener de que dicho profesional se ha mantenido actualizado? Ninguna. Si el título se separara de la habilitación y se exigiera, por ejemplo, un examen de aptitud profesional (además del título, que sólo sería condición para rendir el examen), perfectamente se podría exigir que en forma periódica los profesionales actualizaran su aptitud profesional mediante pruebas complementarias u otros mecanismos. Un sistema de este tipo evitaría, además, todo riesgo de vulneración de la libertad de enseñanza, pues no se controla a la entidad sino al profesional.

2. En este esquema se presenta como sumamente vidrioso el límite entre lo que sería el control de los títulos (que habilitan el ejercicio de las profesiones limitadas legalmente) y un control que vulnere la libertad de enseñanza.

3. Y seguramente esta solución implica el riesgo o la necesidad, en algunos casos, de proceder a una excesiva remisión de la ley a los decretos reglamentarios, lo que también originará una serie de controversias jurídicas.

En definitiva, la opción legal vigente presenta el peligro cierto de que se llegue, por sucesivos excesos reglamentarios, a una “desnaturalización” de la libertad de enseñanza del artículo 68. Por tal se entiende la pérdida o sustracción del contenido esencial⁵⁷ de la libertad, de aquello que lo hace *recognoscible*. Tanto la desnaturaliza-

⁵⁷ La doctrina española, siguiendo a la alemana, ha dicho que este contenido esencial es el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque sólo sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la Norma Fundamental se refiere (Álvarez Conde, *El régimen...*, o. cit., p. 227; y del mismo autor *Curso...*, o. cit., p. 483, vol. I. A diferencia de la jurisprudencia alemana, la española procuró delimitar el alcance de esta noción y ya en 1981 dijo el Tribunal Constitucional que el contenido esencial de los derechos y libertades actuaba como una restricción a la potestad legislativa del Estado (sentencia de 13 de febrero), aunque fue la sentencia de 8 de abril de 1981 la que precisó la delimitación conceptual: a) Dice el Tribunal que para determinar lo que es el contenido esencial hay dos caminos que no son alternativos ni antitéticos sino complementarios, por lo que pueden usarse conjuntamente. Por un lado están las relaciones entre el lenguaje “y las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas”. Es decir, desde este primer camino, se entiende por *contenido esencial* el tipo abstracto del derecho preexistente conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Así pues, desde este primer planteamiento, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro. b) Y desde un segundo camino o planteamiento, el Tribunal va a acudir, siguiendo el ejemplo de la jurisprudencia alemana, a la noción de “intereses jurídicamente protegidos”. Así pues, el contenido esencial de los derechos y

ción del derecho como la pérdida de su contenido esencial conducirán a la inconstitucionalidad de la norma que establece la limitación.

V. Controles

Referidos los controles que podrían emplearse frente a la libertad de enseñanza y sus limitaciones, cabe ahora preguntarse quién debe controlar.

La Universidad de la República ha reclamado competencia para el contralor de las universidades privadas. Cassinelli Muñoz ha compartido esta posición al señalar:

No hay que confundir la libertad de enseñanza con la potestad de expedir títulos habilitantes para el ejercicio de determinadas actividades o profesiones. Esta última se relaciona con el artículo 36 y no con el 68 de la Constitución: si la ley prohíbe el ejercicio profesional a quienes no acrediten haber obtenido los conocimientos requeridos para su buen desempeño, la cuestión de cuáles son los planes de estudio adecuados para ello integra la especialización del respectivo Ente Autónomo de Enseñanza cuyos

libertades “es aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que el interés jurídicamente protegible, que da vida al derecho, resulte real, concreta y efectivamente protegido. En otras palabras, el contenido esencial es “aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo”. c) Agrega la sentencia que habrá violación del contenido esencial “cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. d) Y es que la noción de *contenido esencial* se encuentra directamente relacionada con la propia noción de *garantía institucional*. Es decir, a esta noción puede delimitársela por una forma negativa, en la cual la noción de *límite* es la idea sustancial a tener cuenta, o por una forma positiva, en la cual la influencia de la *garantía institucional* resulta decisiva. e) El concepto de *contenido esencial* no es inmutable sino eminentemente histórico, sujeto a las transformaciones sociales que se vayan produciendo. Y es que ésta parece ser la única vía posible a fin de evitar un anquilosamiento o petrificación de nuestro ordenamiento jurídico. En Argentina el artículo 14 de la Constitución enuncia que el grueso de los derechos personales se ejercen “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio” y el artículo 28 establece que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los artículos anteriores, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Esta norma debe ser completada en el esquema constitucional argentino con el artículo 30 del Pacto de San José, que prescribe: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Con base en las normas anteriores, Sagüés ha podido señalar: a) por un lado, presupuestos de la regulación constitucional que se traducen en que no hay derechos absolutos según la Corte Suprema y que todos los derechos son reglamentables; y b) por otra parte, dos topes a la reglamentación que consisten en la existencia de una dimensión permitida (como regla la ley puede limitar un derecho; la sola restricción no significa que sea inconstitucional) y una dimensión prohibida que significa que la reglamentación no puede desnaturalizar el derecho, ni desvirtuarlo o impedirlo. Reglamentar no significa prohibir, ni allanarlo totalmente, ni alterarlo (Néstor P. Sagüés, *Elementos de derecho constitucional* (2ª ed. actualizada y ampliada), t. II, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 697-699). En síntesis, la no desnaturalización de los derechos aparece como claro límite a las posibilidades del legislador en la materia.

órganos habrán de fijar planes de estudio, sistemas de evaluación, condiciones de habilitación que han de cumplir las instituciones privadas de enseñanza para que los estudios cursados en ellas se equiparen a los oficiales, etc. sin que la institución privada pueda pretender que la libertad de enseñanza le da derecho a la habilitación sin cumplir los requisitos reglamentarios establecidos para obtenerla.⁵⁸

No tengo el honor de compartir la posición del profesor Cassinelli Muñoz, y en este sentido corresponde realizar algunas consideraciones.

Si para las personas físicas la solución de principio es la libertad (puede hacerse todo aquello que no está prohibido), para los sujetos de derecho público el principio es exactamente el contrario: sólo pueden hacer aquello para lo que están expresamente facultados, y a esto se llama *principio de especialidad*.

Como decía Real, compartiendo la opinión de Sayagués Laso, el principio de especialidad se identifica con la competencia *ratione materiae* de los entes públicos, y así queda caracterizado como un principio de derecho público. En consecuencia, la violación de este principio admite la sanción de nulidad de aquellos actos administrativos dictados por los entes autónomos contrarios a su especialidad.⁵⁹

Este principio de *especialidad*⁶⁰ no debe confundirse con la *especialización* del ente, que refiere a una parte de la competencia que es propia del organismo y no puede ser objeto de intromisiones externas. Por ejemplo, la elaboración del programa de una materia dentro de la carrera de Derecho en la Universidad de la República forma parte de la zona de *especialización* del ente, y en consecuencia ni la ley, ni el Poder Ejecutivo, ni ningún otro órgano podrán entrometerse y participar en la elaboración y aprobación de dicho programa.

Así planteada la cuestión, se aprecia que el principio de *especialidad* opera como un límite a la actuación del ente (sólo podrá realizar aquello que corresponda a su giro asignado por la ley), mientras que la noción de *especialización* actúa a favor del ente en la medida en que, en lo que forme parte de la especialización, podrá actuar sin ninguna presión o directiva externa.

Para poder compartir la posición de Cassinelli deberíamos encontrar en la Constitución una atribución de competencia a la Universidad de la República en el sentido que indica dicho autor. Pero en los artículos 202 y siguientes, que refieren a la enseñanza pública en sus distintos niveles y a la propia enseñanza pública universitaria o superior, sólo se encuentran referencias a la enseñanza *pública*, y ninguna mención a las entidades privadas. Esto ha sido señalado por el Instituto de Derecho Administrativo⁶¹ de la propia Universidad de la República, que concluyó que la Carta le asignó

⁵⁸ Cassinelli Muñoz, *Derecho público*, o. cit., p. 105.

⁵⁹ Prat, o. cit., pp. 97-98. Sobre este principio de especialidad me remito a lo dicho en *Derecho constitucional*, o. cit., t. III, pp. 70 y ss.

⁶⁰ Korzeniak, o. cit., t. II, y también t. III, cap. II.

⁶¹ Citado por Augusto Durán Martínez, "La Universidad de la República y las universidades privadas", en *Casos de Derecho Administrativo*, vol. I, Ingranusi, Montevideo, 1999, p. 175.

a la Universidad estatal el cometido de “prestación del servicio de enseñanza pública superior” pero no el control de las instituciones privadas de enseñanza. El principio de especialización, entonces, comprende la prestación del referido servicio de enseñanza público, pero no el control de las instituciones privadas.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia 960 de 26 de noviembre de 1997, cuando rechazó la pretensión de la Universidad de la República de que se le reconociera la competencia en cuestión.⁶²

Pero volviendo sobre la argumentación del profesor Cassinelli, se advierte que considera:

Si la ley prohíbe el ejercicio profesional a quienes no acrediten haber obtenido los conocimientos requeridos para su buen desempeño, la cuestión de cuáles son los planes de estudio adecuados para ello integra la especialización del respectivo Ente Autónomo de Enseñanza cuyos órganos habrán de fijar planes de estudio, sistemas de evaluación, condiciones de habilitación que han de cumplir las instituciones privadas de enseñanza para que los estudios cursados en ellas se *equiparen a los oficiales*, etc. sin que la institución privada pueda pretender que la libertad de enseñanza le da derecho a la habilitación sin cumplir los requisitos reglamentarios establecidos para obtenerla.

El fundamento de estos argumentos no surge a mi juicio de la Constitución, sino de los antecedentes legales anteriores a la actual solución constitucional (artículo 68) y anteriores a la existencia de universidades privadas. Es cierto que nuestro derecho infraconstitucional confunde el título con la habilitación profesional; esto fue antes y después de la existencia de universidades privadas: antes sólo referido a la Universidad de la República y ahora a todas las universidades. Es cierto que, por mandato legal, cuando sólo funcionaba la Universidad de la República, era ésta la única entidad competente para la expedición de títulos de profesiones cuyo ejercicio estaba limitado por ley. *Pero también es cierto que desde 1984, las universidades privadas tienen similar competencia.*

En uno y otro caso las atribuciones surgen de la ley y no de la Constitución. De la ley 2.078 y concordantes surgía la facultad de la Universidad de la República, y del decreto-ley de 1984 surge la competencia de las universidades privadas. La ley 2.078 y concordantes y modificativas, en los aspectos que refieren a esta cuestión, fue derogada por el decreto-ley 15.661 (existe una incompatibilidad total entre ambas).⁶³ También fueron derogadas tácitamente todas las leyes que daban exclusividad a la Universidad de la República en materia de títulos.

Tampoco surge de norma alguna el requisito de que los estudios realizados en las universidades privadas deban ser “equiparables” a los de la Universidad de la República. Esto requeriría una norma expresa (que no existe) y no puede ser admiti-

⁶² Al respecto: Martins, o. cit., pp. 375 y ss.

⁶³ Al respecto Durán Martínez, o. cit., p. 176.

do. Sostener la existencia de una necesidad de “equiparación” implica dar un *status* superior a la enseñanza pública, lo que carece de base constitucional y resulta incompatible con el principio de pluralismo y tolerancia en materia de enseñanza que, éste sí, surge con claridad de la Constitución.

En definitiva, parece claro que la Universidad de la República carece de atribuciones para controlar a las universidades privadas —todas están en una situación de igualdad— y resulta absolutamente razonable que el control que, ley mediante, el artículo 68 reconoce a favor del Estado sea ejercido por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Cultura.

VI. Comentarios finales

Del análisis del ordenamiento constitucional uruguayo referido a la libertad de enseñanza se puede señalar a modo de genérica conclusión que:

1. La libertad de enseñanza, junto con la libertad de prensa, aparece como una manifestación especialmente protegida de la libertad de comunicación de pensamiento.

2. En virtud del principio de reserva legal, la libertad de enseñanza sólo puede ser limitada por ley (garantía formal), pero ello únicamente en los casos establecidos taxativamente en el artículo 68 de la Constitución (en otras palabras, la intervención del Estado sólo podrá permitirse por motivos de salud, higiene, moralidad u orden públicos), lo que constituye una garantía material para la libertad en juego.

3. En el complejo fenómeno de la enseñanza aparecen, se vinculan y conviven distintos derechos constitucionales y otros de origen infraconstitucional (como la libertad de empresa, la libertad de trabajo y de ejercicio profesional, la habilitación para el ejercicio profesional, entre otros), lo que complica notoriamente la defensa de la libertad de enseñanza.

4. Para superar lo anterior y evitar la inconstitucional desnaturalización de la libertad de enseñanza, necesariamente deben tenerse presentes los principios constitucionales que informan la materia, entre ellos el principio de constitucionalidad, de libertad, de no monopolio estatal, de tolerancia y pluralismo, etcétera.

Apéndice normativo

Constitución uruguaya

Sección I. De la nación y su soberanía

Capítulo III

Artículo 5°. Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. Reconoce a la Iglesia Católica el dominio de todos los templos que hayan sido total o parcialmente construidos con fondos del Erario Nacional, exceptuándose sólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos. Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados al culto de las diversas religiones.

Sección II. Derechos, deberes y garantías

Capítulo I

Artículo 7°. Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

Artículo 10. Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Artículo 29. Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren.

Artículo 34. Toda la riqueza artística o histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye el tesoro cultural de la Nación; estará bajo la salvaguardia del Estado y la ley establecerá lo que estime oportuno para su defensa.

Artículo 36. Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.

Capítulo II

Artículo 68. Queda garantida la libertad de enseñanza.

La ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos.

Todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros e instituciones que desee.

Artículo 69. Las instituciones de enseñanza privada y las culturales de la misma naturaleza estarán exoneradas de impuestos nacionales y municipales, como subvención por sus servicios.

Artículo 70. Son obligatorias la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial.

El Estado propenderá al desarrollo de la investigación científica y de la enseñanza técnica.

La ley proveerá lo necesario para la efectividad de estas disposiciones.

Artículo 71. Declárase de utilidad social la gratuidad de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística y de la educación física; la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera, y el establecimiento de bibliotecas populares.

En todas las instituciones docentes se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos.

Capítulo III

Artículo 72. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Capítulo II

Artículo 202. La Enseñanza Pública Superior, Secundaria, Primaria, Normal, Industrial y Artística, serán regidas por uno o más Consejos Directivos Autónomos.

Los demás servicios docentes del Estado, también estarán a cargo de Consejos Directivos Autónomos, cuando la ley lo determine por dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara.

Los Entes de Enseñanza Pública serán oídos, con fines de asesoramiento, en la elaboración de las leyes relativas a sus servicios, por las Comisiones Parlamentarias. Cada Cámara podrá fijar plazos para que aquéllos se expidan.

La ley dispondrá la coordinación de la enseñanza.

Artículo 203. Los Consejos Directivos de los servicios docentes serán designados o electos en la forma que establezca la ley sancionada por la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara.

El Consejo Directivo de la Universidad de la República será designado por los órganos que la integran, y los Consejos de sus órganos serán electos por docentes, estudiantes y egresados, conforme a lo que establezca la ley sancionada por la mayoría determinada en el inciso anterior.

Artículo 204. Los Consejos Directivos tendrán los cometidos y atribuciones que determinará la ley sancionada por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara.

Dichos Consejos establecerán el Estatuto de sus funcionarios de conformidad con las bases contenidas en los artículos 58 a 61 y las reglas fundamentales que establezca la ley, respetando la especialización del Ente.

Artículo 205. Serán aplicables, en lo pertinente, a los distintos servicios de enseñanza, los artículos 189, 190, 191, 192, 193, 194, 198 (incisos 1º y 2º), 200 y 201.

Normas legales

Decreto-ley 15.661

Artículo 1. Los títulos profesionales que otorguen las Universidades Privadas, cuyo funcionamiento haya sido autorizado por el Poder Ejecutivo, para su validez deberán ser registrados ante el Ministerio de Educación y Cultura, que organizará el Registro correspondiente.

Artículo 2. Los títulos a que se refiere el artículo anterior tendrán, una vez registrados, idénticos efectos jurídicos que los expedidos por la Universidad de la República Oriental del Uruguay, e independientemente de éstos.

Artículo 3. Derógase toda disposición que directa o indirectamente se oponga a lo preceptuado por esta ley.

Ley 16.736

Artículo 380. Se reserva el uso de la denominación “universidad” o sus derivados, así como atribuir carácter “superior” a la enseñanza que impartan y aplicar a los títulos y certificados que expidan las denominaciones “licenciatura”, “maestría”,

“magíster”, y “doctor”, o sus derivados, a las instituciones privadas cuyo funcionamiento hubiera sido autorizado de conformidad con las normas vigentes.

El Poder Ejecutivo y el Ministerio de Educación y Cultura podrán ejercer, respecto a las instituciones infractoras de esta disposición, cualquiera sea su naturaleza jurídica, las potestades que respectivamente les confiere el decreto-ley 15.089, de 12 de diciembre de 1980.

Bibliografía

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1985.
- BARBAGELATA, Aníbal, en *Teoría de gobierno*, de Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, tomo II, FCU, 1983.
- “La libertad de expresión como medio de proteger los derechos humanos”, en *El concepto de derechos humanos. Un estudio interdisciplinario*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UR), FCU, Montevideo, 1986.
- BELLO FABRA, Susana, “Regulación de la administración en algunos servicios sociales”, en *Régimen Administrativo de la Actividad Privada. Curso de Graduados 1989*, FCU, 1990.
- BIASCO, Emilio, “Sobre libertad de enseñanza y sus límites”, en *Cursillo sobre los Derechos Humanos y sus Garantías*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UR), 2ª serie, n° 13, Montevideo, 1990.
- “Algunas reflexiones sobre la globalización desde el derecho constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 1999*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, 1999.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio ‘Pro Homine’”, en Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (coords.), *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Los valores en el sistema democrático”, en *Los valores en la Constitución argentina*, Ediar, Buenos Aires, 1999.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973.
- CAGNONI, Aníbal, “Los derechos humanos y la Universidad”, en *Revista de Derecho Público*, n° 15, FCU, 1999.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., “Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho público*, vol. I, FCU, Montevideo, 1995.
- *Derecho público*, FCU, edición 1999.
- “La apelación ante la Asamblea General”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 55.

- DE ESTEBAN, Jorge, y Luis LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, Labor Universitaria, Barcelona, 1980.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto costituzionale*, 2ª ed., CEDAM, Italia, 2000.
- DROMI, Roberto, y Eduardo MENEM, *La Constitución reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La unidad latinoamericana. El rol de las universidades y en particular de la enseñanza del Derecho”, en *Estudios jurídicos a propósito del Mercosur*, Ingranusi, Montevideo, 1999.
- “La Universidad de la República y las universidades privadas”, en *Casos de Derecho Administrativo*, vol. I, Ingranusi, Montevideo, 1999.
- “Los derechos culturales como derechos humanos en el derecho constitucional uruguayo”, en *Estudios sobre derechos humanos*, Ingranusi, Montevideo, 1999.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, *Lecciones de derecho constitucional*, tomo VI, Montevideo, 1981.
- FAVOREU, Louis, Patrick GAIA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Louis MESTRE, Otto PFERSMANN, André ROUX y Guy SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, 2ª ed., Dalloz, París, 1999.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.
- *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.
- “La jurisdicción constitucional en España”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional*, tomo I, Cámara de Senadores, Montevideo, 1992.
- “Naturaleza jurídica del Banco de Previsión Social”, en *Revista D.J. y A.*, tomo 68, pp. 34 y ss.
- KORZENIAK, José, *Derecho constitucional 2º*, FCU, Montevideo, 1987.
- *Primer Curso de Derecho Público. Derecho constitucional*, FCU, Montevideo, 2001.
- LÓPEZ ROCA, Elbio, “La libertad de pensamiento”, en *Revista U. de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, n° 67-72.
- “Libertad de comunicación de pensamientos”, en *Cursillo sobre derechos humanos y sus garantías*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UR), 2ª serie, n° 13, Montevideo, 1990.
- MANZONI RUBIO, Luis, “El principio de laicidad como garantía jurídica de la libertad de pensamiento”, en *Cursillo sobre los derechos humanos y sus garantías* (UR), Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2ª serie, n° 13, Montevideo, 1990.
- MARTINS, Daniel Hugo, “La libertad de enseñanza, la fundación de institutos privados y la validez de los títulos profesionales”, en *Estudios en Memoria de Héctor Frugone Schiavone*, Amalio Fernández, Montevideo, 2000.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Dignidad de la persona y derechos humanos: Constitución, tratados y ley de amnistía”, en *Revista U. de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, n° 67-72, Montevideo.
- PRAT, Julio, *Derecho administrativo*, tomo V, vol. II, Acali, Montevideo, 1980.
- REAL, Alberto Ramón, “Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en *Revista de Derecho Público y Privado*, año XXI, n° 238.
- RISSO FERRAND, Martín J., *Derecho constitucional*, tomo III (“Estado social y democrático de Derecho. Derechos, deberes y garantías”), 1ª reimp., Ingranusi, 2000.
- “Control de la regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen derechos humanos en el derecho uruguayo”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, n° III, Montevideo, 2002.
- “Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2002*, Fundación Konrad Adenaur, Montevideo, 2002.
- Martín, Derecho constitucional, tomo I (“Introducción. Interpretación. Defensa jurídica de la Constitución”), Ingranusi, 1ª reimp., Montevideo, 2000.
- SAGÜÉS, Néstor P., “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de *Anales*, año XLII, 2ª época, n° 36, Buenos Aires, 1998.
- “Del juez legal al juez constitucional”, separata del *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 4, 2000.
- *Elementos de derecho constitucional* (2ª ed. actualizada y ampliada), Astrea, Buenos Aires, 1997.
- *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, 4ª ed., FCU, 1987.
- SERRANO, María Cristina, “El derecho a la educación”, en *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo, “El estado de inocencia: algo más que una presunción”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, n° 67-72, pp. 728-731.