
DERECHOS DE LOS PADRES EN MATERIA DE ENSEÑANZA RELIGIOSA

CARLOS E. DELPIAZZO (*)

SUMARIO:

I) RECONOCIMIENTO. Con gratitud a Mariano Brito, maestro de vida. **II) EDUCACION Y ENSEÑANZA.** Rol de la familia y de las instituciones de enseñanza a su respecto. **III) EXTENSION DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.** Sus alcances según la Constitución. **IV) PROTAGONISMO PATERNO.** Sus bases naturales y jurídicas. **V) MANIFESTACIONES DEL DERECHO DE LOS PADRES A ELEGIR PARA SUS HIJOS LOS MAESTROS QUE DESEEN.** 1 – Derecho a la libre elección de instituciones de enseñanza. 2 – Derecho a que se sigan sus determinaciones. 3 – Derecho a que la formación sea acorde a las convicciones paternas. 4 – Derecho a la financiación pública de la enseñanza obligatoria. 5 – Derecho a ayudas públicas en la enseñanza no obligatoria. **VI) CONCLUSIONES.** Indebida neutralidad pública en un Estado laico.

I) RECONOCIMIENTO

El 31 de enero de 2014 se fue al Cielo Mariano Brito, dejando un hueco y una tristeza enormes en todos nosotros y más allá de fronteras. Pero también es grande nuestra paz porque a nadie mejor que a él pueden aplicarse las palabras de San Pablo: “He luchado el buen combate, he concluido la carrera, he guardado la fe; y desde ahora me espera la corona de justicia que el Señor, justo juez, me entregará en aquel día”¹.

En lo personal, he tenido el privilegio de iniciar la carrera docente de su mano y de haber trabajado junto a él en la función pública, además de haber compartido múltiples actividades académicas -en el país y en el exterior- y de haber vivido inolvidables charlas y momentos lindos y de los otros.

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Catedrático de Derecho Administrativo, de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. Autor de 65 libros y más de 400 trabajos publicados en el país y en el exterior. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Miembro del Comité Académico de la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina) y de la Comisión Académica del Programa de Doctorado de Derecho Administrativo Iberoamericano liderado por la Universidad de La Coruña (España). Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

1 SAN PABLO – “Segunda carta a Timoteo”, capítulo 4, versículos 7 y 8.

No haré aquí una semblanza de este **maestro de vida**, remitiéndome a lo que ya he dicho y escrito en otras oportunidades en que felizmente le homenajeamos en vida ², pero no puedo dejar de reiterar el agradecimiento por todo lo recibido.

Fue él quien me estimuló a estudiar más allá de la norma positiva los temas de mayor trascendencia para la persona humana -centro del sistema jurídico- y a reunirlos en un libro que delicadamente quiso prologar ³.

Precisamente, el tema elegido para esta publicación en su recuerdo es la reelaboración direccionada hacia el campo específico de los derechos de los padres en materia de enseñanza religiosa, de una conferencia que él me invitó a preparar hace largos 25 años⁴, en el marco de un ciclo que organizó sobre "Estado de Derecho, educación y laicidad".

II) EDUCACION Y ENSEÑANZA

Es habitual hablar de enseñanza y de educación como sinónimos, siendo que se trata de conceptos distintos y que traducen actividades en las que los actores pueden ser diferentes.

Por una parte, como ya lo he señalado antes de ahora, ambos términos no se subsumen en términos de identidad ⁵: mientras que la **enseñanza** implica transmitir el propio saber, lo que se cree o entiende sobre algún punto, la educación importa la trasmisión de valores ⁶, por lo que Justino JIMENEZ DE ARECHAGA pudo decir que "educar es incorporar a alguien a cierta tradición cultural, infundiéndole principios" ⁷.

Siguiendo a Mariano R. BRITO, puede decirse que la **educación** es medio para la formación del hombre en plenitud; a través de ella se avanza en la afirmación de las facultades, capacidades o potencias de la persona humana ⁸.

Por otra parte, mientras que la **familia** tiene una función original e insustituible en la educación de los hijos ⁹, a las **instituciones de enseñanza**, sean públicas o privadas, les cabe un rol primario en la materia que les es propia (enseñar), coadyuvando complementariamente en la educación.

2 Carlos E. DELPIAZZO - "Semblanza del Profesor Mariano R. Brito", en Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 19 y sigtes.; "Ante el cambio de Rector", en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VIII (2009), N° 16, págs. 7 y 8; y "Homenaje al Prof. Mariano R. Brito", en IV Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (F.C.U., Montevideo, 2010), pág. 7 y sigtes.

3 Carlos E. DELPIAZZO - "Dignidad humana y Derecho" (U.M., Montevideo, 2001).

4 Carlos E. DELPIAZZO - "El derecho de los padres a la libre elección de instituciones de enseñanza para sus hijos", en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales N° 7 (Montevideo, 1988), pág. 113 y sigtes.

5 Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo Especial" (A.M.F., Montevideo, 2010), volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 11.

6 Mariano R. BRITO y Héctor FRUGONE SCHIAVONE - "Régimen jurídico de la educación y de la enseñanza en el Uruguay" (C.E.N., Montevideo, 1973), pág. 15 y sigtes.

7 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - "La Constitución Nacional" (Medina, Montevideo, s/f), tomo II, pág. 99.

8 Mariano R. BRITO - "Educación y persona humana", en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1988), N° 7, pág. 41 y sigtes.

9 PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ - "Compendio de la doctrina social de la iglesia" (Librería Editorial Arquidiocesana, Montevideo, 2005), N° 239.

Si bien el contenido de la educación -en cuanto transmisión de valores e ideas- es más amplio que el de la enseñanza, es indudable que enseñar es también educar y, por ende, mediante la enseñanza, las entidades respectivas, especialmente las estatales, pueden transmitir los valores y principios propios de la concepción humanista recogidos por nuestra Carta política, quedando excluida su actuación en los demás aspectos de la educación, reservados a los padres.

Así resulta de la Constitución, la cual refiere a la enseñanza en los arts. 68 a 71 y 202 a 205, mientras que habla de educación en el art. 41.

III) EXTENSION DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Respecto a la libertad de enseñanza, la Constitución establece sus bases y reconoce una serie de principios relativos a su prestación por entidades estatales.

En cuanto a las **bases de la libertad de enseñanza**, corresponde señalar como punto de partida que el art. 68, inc. 1° de la Carta no la consagra sino que la garantiza. Garantizar algo implica admitir la existencia de lo garantizado, de modo que la libertad de enseñanza existe con independencia de la norma constitucional en tanto es inherente a la persona humana (art. 72), concebida como ser espiritual dotado de inteligencia y voluntad (art. 8°), llamada a alcanzar la verdad sin que ella le sea impuesta, lo que implica el derecho a aprender y su contracara: la libertad de enseñar ¹⁰.

Así lo reconoce el art. 11 de la ley N° 18.437 de 12 de diciembre de 2008 cuando establece que “los educandos tienen la libertad y el derecho de acceder a todas las fuentes de información y de cultura, y el docente el deber de ponerlas a su alcance” (inc. 2°), agregando que “El docente, en su condición de profesional, es libre de planificar sus cursos realizando una selección responsable, crítica y fundamentada de los temas y las actividades educativas, respetando los objetivos y contenidos de los planes y programas de estudio” (inc. 1°).

De modo similar, el art. 3° de la ley orgánica de la Universidad de la República N° 12.549 de 10 de octubre de 1958 proclama que “La libertad de cátedra es un derecho inherente a los miembros del personal docente de la Universidad”.

Por lo tanto, la libertad de enseñanza comprende la libertad de aprender y la de enseñar y, como consecuencia de ello -al decir de Augusto DURAN MARTINEZ ¹¹- “supone fundamentalmente:

- a) la de crear o establecer institutos de enseñanza, dándoles la forma jurídica y de administración que se estime pertinente, lo que conlleva la de designar libremente a los docentes;

¹⁰ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Especial” cit., volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 12 y sigtes.

¹¹ Augusto DURAN MARTINEZ - “Enseñanza privada y libertad. Bases constitucionales”, en Estudios de Derecho Constitucional (Ingranusi, Montevideo, 1998), pág. 57 y sigtes.

- b) la de elegir los métodos, los programas y la orientación que se considere conveniente;
- c) la de expedir títulos o certificados de estudios;
- d) la de elegir, por sí o por medio de los representantes legales, las instituciones docentes que se prefieran; y
- e) la posibilidad de aplicar los conocimientos adquiridos, lo que implica el reconocimiento de los títulos que se otorgan en el ejercicio de esa libertad”.

Ratificando lo antedicho, agrega el art. 68, inc. 2° de la Carta que “La ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos”.

Quiere decir que la única intervención estatal que se contempla debe estar habilitada por un acto de naturaleza legislativa (desde el punto de vista formal) y referir únicamente al mantenimiento de la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos (desde el punto de vista del contenido), a partir de lo cual cabe extraer las siguientes conclusiones ¹²:

- a) la ley no puede suprimir la libertad de enseñar;
- b) la ley no puede monopolizar la enseñanza;
- c) la ley sólo podrá permitir al Estado intervenir para mantener la higiene pública, la moralidad pública, la seguridad pública y el orden público;
- d) la ley no puede suprimir la libertad de aprender y de elegir donde hacerlo (art. 68, inc. 3°);
- e) la ley no puede suprimir el derecho inalienable de los padres respecto del cuidado y educación de sus hijos (art. 41);
- f) el contenido de la enseñanza no puede ser objeto de censura (art. 29);
- g) tampoco puede prohibirse la enseñanza religiosa (art. 5°);
- h) no pueden desconocerse las demás garantías constitucionales de que goza la enseñanza privada (arts. 7°, 10 y 36); y
- i) los institutos privados de enseñanza gozan de exoneración impositiva (art. 69).

Por otra parte, la Constitución reconoce una serie de **principios relativos a la presta-**

12 Daniel Hugo MARTINS - "Principios constitucionales sobre la enseñanza", en Daniel Hugo MARTINS y otros - "La enseñanza pública y privada en el Uruguay", (A.M.F., Montevideo, 1973), pág. 31 y sigtes.; y "La libertad de enseñanza, la fundación de institutos privados y la validez de los títulos profesionales", en Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone (A.M.F., Montevideo, 2000), pág. 365 y sigtes.

ción del servicio de enseñanza por parte de entidades estatales¹³.

En primer lugar, de acuerdo al art. 70, inc. 1° de la Constitución se consagra la *obligatoriedad* de la enseñanza primaria y de la enseñanza media, agraria o industrial, lo que significa que, para el constituyente, existen dos niveles de enseñanza obligatoria: la primaria (primer nivel) y la media (o secundaria), agraria o industrial (segundo nivel), que ofrece esas tres modalidades.

En segundo lugar, en la siguiente disposición de la Carta, “Declárase de utilidad social la *gratuidad* de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística” (art. 71), de modo que la gratuidad no es general -como la obligatoriedad- sino sólo para la “enseñanza oficial” (es decir, la pública) y no para la privada, a cuyo respecto sólo se dice que estará exonerada de impuestos nacionales y municipales (art. 69).

En los niveles de enseñanza obligatoria, que la gratuidad sólo alcance a las instituciones públicas supone conculcar el derecho a elegir (plasmado en el art. 68) dentro de un sistema pluralista de posibilidades incluso de las instituciones privadas.

En el nivel superior, no obligatorio, el principio de gratuidad significa que nadie puede verse impedido de realizar estudios universitarios por razones económicas, lo que no implica que quienes puedan pagar lo hagan. Así parece haberlo reconocido el art. 407 de la ley N° 16.226 de 29 de octubre de 1991 al facultar a la Universidad de la República “a cobrar una matrícula a sus estudiantes que se hallen en condiciones económicas de abonarla”.

En tercer lugar, corresponde señalar la *subsidiariedad* del quehacer estatal en la materia, consistente en garantizar el derecho de los padres y de las instituciones docentes (art. 68), tutelar el derecho de todos a la enseñanza (art. 70), promover la acción educativa mediante incentivos (art. 69), crear instituciones docentes allí donde no lleguen las iniciativas particulares y suplir a éstas y a la familia cuando no cumplen -porque no pueden o por dejación de deberes- su misión educativa. Basta atender a los verbos (velar, proteger, garantizar, propender, proveer lo necesario) y sustantivos (auxilios compensatorios, subvención) utilizados por el constituyente en las disposiciones citadas y sus concordantes para reconocer el papel de fomento, protección y supletorio que cabe al Estado en la materia, cuya actividad -como ocurre en todo servicio social- no excluye sino que complementa la actuación que desarrollan los particulares en ejercicio de un derecho propio.

En cuarto lugar, la Carta consagra la *autonomía* (art. 202) cuando la prestación del servicio es asumido por entes públicos, sea por imposición de su propio texto (inc. 1°) o por disposición de la ley a la que se remite (inc. 2°).

IV) PROTAGONISMO PATERNO

En el referido contexto, corresponde enfatizar en el protagonismo de la familia y, más

¹³ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Especial” cit., volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 14 y sigtes.

concretamente, de los padres respecto a sus hijos en materia religiosa.

Desde el punto de vista natural, bien se ha enseñado que “El derecho y deber de los padres a la educación de la prole se debe considerar como *esencial*, relacionado como está con la trasmisión de la vida humana; como *original y primario* respecto al deber educativo de los demás, por la relación de unicidad de amor que subsiste entre padres e hijos; como *insustituible e inalienable* y, por consiguiente, no puede ser totalmente delegado o usurpado por otros”¹⁴.

Desde el punto de vista jurídico, tras proclamar que “la familia es la base de nuestra sociedad” (art. 40), la Constitución define como deber y derecho de los padres “el cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social” (art. 41).

De este modo, se consagra explícitamente el derecho-deber de los padres, que forman corporalmente a sus hijos por la generación, a formarlos espiritualmente por la educación. Este derecho-deber de los padres -por extensión, de la familia¹⁵- es anterior a cualquier otro derecho de la sociedad y del Estado, al cual, en principio, le queda vedado el campo de la educación, salvo en lo que tiene que ver con “la formación del carácter moral y cívico de los alumnos” (art. 71, inc. 2), en el ámbito de la actividad docente a su cargo¹⁶.

Una manifestación fundamental de ese derecho-deber de los padres es la de elegir, para la enseñanza de sus hijos, los maestros o instituciones que deseen (art. 68, inc. 2).

V) MANIFESTACIONES DEL DERECHO DE LOS PADRES A ELEGIR PARA SUS HIJOS LOS MAESTROS QUE DESEEN

Dicho derecho de los padres a la libre elección de los maestros e instituciones que deseen para sus hijos, puede considerarse integrado, a su vez, por varios derechos que es posible separar y distinguir¹⁷, a saber:

- a) el derecho a la libre elección de instituciones de enseñanza pública o privada;
- b) el derecho a educar a los hijos conforme a las propias determinaciones;
- c) el derecho a que los hijos reciban una formación moral y religiosa acorde con sus propias convicciones;
- d) el derecho a la financiación pública de la enseñanza obligatoria; y

14 JUAN PABLO II – “Familiaris Consortio” (Ediciones Paulinas, Montevideo, 1981), N° 36.

15 Adolfo GELSI BIDART - “Cuestiones de Cultura y Enseñanza” (A.M.F., Montevideo, 1974), págs. 253 y sigtes.

16 Mariano R. BRITO y Héctor FRUGONE SCHIAVONE - “Régimen jurídico de la Educación y de la Enseñanza en el Uruguay” cit., pág. 14.

17 Carlos E. DELPIAZZO - “El derecho de los padres a la libre elección de instituciones de enseñanza para sus hijos” cit., pág. 113 y sigtes.

e) el derecho a la ayuda económica pública en los niveles de enseñanza no obligatoria.

Vale la pena indagar en el alcance y proyecciones de cada uno de estos derechos.

1 – Derecho a la libre elección de instituciones de enseñanza

La primera manifestación de este derecho de los padres, consistente en elegir instituciones públicas o privadas para mandar a sus hijos, no sólo está proclamada explícitamente por el art. 68, inc. 2 de la Constitución, sino también por el art. 26, num. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, más específicamente, por el art. 13, num. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966¹⁸⁽¹⁸⁾ y por el art. 8º, num. 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 17 de noviembre de 1988¹⁹.

Mientras que la Declaración expresa que “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”, el Pacto contiene el compromiso de los Estados Partes de “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”. Por su parte, el Protocolo reconoce que “los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”.

De los textos citados se desprende un amplio reconocimiento del derecho de los padres tendiente a garantizar la protección de los derechos educativos de los menores a su cargo, habida cuenta de la enorme importancia que tiene para el pleno desarrollo de la personalidad humana el recibir la educación de los primeros años de la vida dentro de una coherencia y unidad de criterios que permita enraizar firmemente el pensamiento y la conducta sobre unas mismas bases, partiendo de las convicciones vividas y comunicadas en el seno del ambiente familiar.

De modo general, suele decirse que la expresión “enseñanza privada” designa a la totalidad de las instituciones fundadas o administradas por particulares, en tanto que por “enseñanza pública” o “enseñanza oficial” se entiende la creada y organizada por entidades estatales. Al respecto, es claro que en nuestra Constitución la palabra “instituciones” se refiere a ambas, según resulta del art. 69²⁰.

Obviamente, el hecho de que se contemple específicamente el derecho de los padres a elegir para sus hijos la institución escolar que consideren más adecuada -sea pública o privada- no significa desconocer el derecho de cualquier persona mayor de edad en cuanto a la elección del centro educativo en el que aspire a acrecentar su educación a

18 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue ratificado por la ley N° 13.751 de 11 de julio de 1969.

19 El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como Pacto de San Salvador) fue ratificado por la ley N° 16.519 de 22 de julio de 1994.

20 Héctor BARBE PEREZ - "Proceso Educativo del Uruguay" (Barreiro, Montevideo, 1981), págs. 78 y 121.

cualquier nivel.

Por otra parte, participando este derecho de los caracteres propios de una libertad pública, de un derecho de hacer, deberá ser correspondido por la obligación de no impedir, ni dificultar ni restringir su ejercicio por parte de otros sujetos y, particularmente, del Estado. La actividad estatal en la materia debe inscribirse en el respeto integral a la más amplia libertad cultural que la Constitución consagra como derecho inherente a la personalidad humana (art. 72), expresión concreta de la libertad de comunicación del pensamiento (art. 20) y supuesto ineludible de ésta para su realización. Pero además debe crear las condiciones de seguridad material para que el derecho de los padres pueda ser efectivamente ejercitado, ya que al Estado corresponde “velar” por la estabilidad de la familia “para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad” (art. 40), acudiendo incluso con auxilios compensatorios (art. 41) para impedir la frustración o imposible realización de aquel derecho ²¹.

2 – Derecho a que se sigan sus determinaciones

Una segunda manifestación de la titularidad de la representación legal de los hijos menores que corresponde a los padres, es la que consiste en el derecho de éstos de determinar la forma de satisfacer el derecho a la educación de aquéllos. Así lo reconoce el art. 41 de la Constitución y lo ratifican el art. 26, num. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el art. 12, num. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 ²².

De modo particular, estos dos últimos textos positivos coinciden en afirmar el derecho de los padres a que sus hijos “reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Quiere decir que el derecho de los padres a elegir maestros para sus hijos se integra, en segundo lugar, por el derecho a ser ellos quienes determinen las condiciones de la educación que van a recibir los menores a su cargo, sin perjuicio del marco general de enseñanza obligatoria que esté legítimamente establecido.

Se trata de un derecho de los padres, de cara a sus hijos y “erga omnes”. Si bien se le impone a los padres como un deber, su cumplimiento implica los derechos necesarios para su efectiva realización: el derecho de tomar respecto de los hijos las medidas necesarias y el derecho de asegurar frente a terceros la realización eficaz de la acción educadora tanto en el ámbito doméstico como en el más amplio de la enseñanza institucionalizada.

3 – Derecho a que la formación sea acorde a las convicciones paternas

Con base en los textos positivos referidos en los párrafos precedentes, el derecho paterno a que los hijos sean formados acorde a sus convicciones constituye una tercera manifestación o explicitación de uno de los elementos componentes del derecho bajo

²¹ Carlos E. DELPIAZZO – “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001), pág. 56 y sigtes.

²² La Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José) fue ratificada por la ley N° 15.737 de 8 de marzo de 1985.

examen.

Parece claro que el mejor modo de asegurar que los hijos menores reciban la formación moral y religiosa acorde con las convicciones de sus padres, es a través del derecho a la elección de la institución de enseñanza a la cual enviarlos. Pero ello sólo es posible si se consigue un conjunto suficientemente diversificado, pluralista, de alternativas integrales ya que la formación de acuerdo con unos principios religiosos, filosóficos y morales no se limita idealmente a unas lecciones de religión, de filosofía o de moral sino que debe inspirar y penetrar todo el conjunto de la actividad educativa.

En nuestro país, la reforma valeriana iniciada con el decreto ley N° 1.350 de 24 de agosto de 1877 establecía que “La instrucción primaria es pública o privada; es pública la que se costea y establece en las escuelas del Estado; es privada la que se dé en los colegios y escuelas particulares no costeadas por el Estado” (art. 13). La misma se reputaba obligatoria (art. 20), incluyendo la religión católica con excepción de los alumnos que profesen otras religiones y cuyos padres, tutores o encargados se opongan a que la reciban (art. 18).

Sin embargo, desde la promulgación de la ley N° 3.441 de 6 de abril de 1909 quedó expresamente suprimida toda enseñanza y práctica religiosa en las instituciones públicas²³, entendiéndose equivocadamente a la laicidad -en rigor, laicismo- como exclusión de la religión²⁴. En consecuencia, por esta característica de las instituciones públicas y por la libertad que es propia de las instituciones privadas²⁵, puede resultar limitado el derecho a escoger formación religiosa y moral, cuando no es posible ejercitarlo a través del derecho de elección bajo examen.

4 – Derecho a la financiación pública de la enseñanza obligatoria

Una cuarta manifestación del derecho de los padres a elegir para sus hijos los maestros o instituciones que se adecuen a sus convicciones es el derecho a la ayuda económica en los niveles de enseñanza obligatoria.

De acuerdo al art. 70, inc. 1 de la Constitución, “son obligatorias la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial”. Esto significa que, para el constituyente, existen dos niveles de enseñanza obligatoria: la primaria (primer nivel) y la media (o secundaria), agraria o industrial (segundo nivel), que ofrece esas tres modalidades²⁶. Según el art. 71 de la Carta se declara de utilidad social “la gratuidad de la enseñanza oficial” en todos los niveles. No ocurre lo mismo con la enseñanza privada, a pesar de que se consagra su exoneración de impuestos (art. 69) y se comete a la ley proveer lo necesario para la efectividad de la obligatoriedad (art. 70, inc.3).

23 Alfredo R. CASTELLANOS - "Proceso histórico de la neutralidad y el laicismo escolar en nuestro país", en Estudios de Ciencias y Letras (Montevideo, 1983), N° 7, págs. 59 y sigtes.

24 BENEDICTO XVI – Discurso dirigido el 9 de diciembre de 2006 al 56 Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos.

25 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - "La Constitución Nacional" (Medina, Montevideo, s/f), tomo II, pág. 100.

26 Gonzalo AGUIRRE RAMIREZ - "El Consejo Nacional de Educación", en Daniel Hugo MARTINS y otros - "La enseñanza público y privada en el Uruguay" cit., pág. 139.

Esa distinción entre entidades públicas y privadas no aparece recogida en el art. 26, num. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ni en el art. 13, num. 29 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ni en el art. 13, num. 3 del Pacto de San Salvador.

Al tenor de la Declaración, "La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos". De modo más concreto, el Pacto Internacional (y en similares términos el Interamericano) dispone: "La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente. La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita. 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".

De lo expuesto se desprende que debe existir una relación de causa a efecto entre la obligatoriedad y la gratuidad, de modo que para sufragar los costos de los servicios educativos (cualquiera sea su naturaleza) no se practicará un sistema de justicia conmutativa entre quien preste el servicio y quien directamente lo reciba sino un sistema de justicia distributiva, comprometiendo la solidaridad de todos en el sostenimiento de las instituciones de enseñanza. Ello está justificado precisamente por la circunstancia de que esa enseñanza se impone a todos como obligatoria y beneficia a toda la sociedad.

El criterio de que la gratuidad con financiación pública sólo alcanza a las instituciones oficiales supone conculcar abiertamente el derecho de los padres a elegir "los maestros o instituciones que deseen" (art. 68, inc 2) dentro de un sistema pluralista de posibilidades, por cuanto los obliga a realizar una opción entre la gratuidad, sacrificando la posibilidad de enviar a sus hijos a una institución privada (aún cuando lo deseen según sus preferencias), o decidirse por esta última alternativa, renunciando a la gratuidad. Obviamente, se trata de una opción reservada a quienes dispongan de los medios económicos para renunciar a la gratuidad -suponiendo que sea un derecho renunciabile- pues las familias de menores ingresos estarán privadas de ejercitar tal opción ²⁷.

Esta restricción de hecho a la libertad de elección de institutos de enseñanza ha sido duramente criticada por la doctrina comparada ²⁸, la que ha llamado la atención sobre el ataque que implica al principio constitucional de igualdad ²⁹, para asegurar el cual la ayuda del Estado aparece como la única garantía a la vez que como el único medio de liberar a la enseñanza privada del reproche de elitismo antidemocrático que a menudo

27 Carlos E. DELPIAZZO - "El derecho de los padres a la libre elección de instituciones de enseñanza para sus hijos" cit., pág. 118.

28 José Luis MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ - "La Educación en la Constitución española", en "Persona y Derecho" (EUNSA, Pamplona, 1979), N° 6, pág. 262 y sigtes.

29 A. COCATRE-ZILGIEN - "¿La liberté de l'enseignement est-elle en péril?", en *Revue du droit public et de la science politique* (París, 1977), N° 4, pág. 781.

sé le ha dirigido ³⁰.

Similares consideraciones se han formulado entre nosotros al cuestionarse el “monopolio rentístico” de la escuela pública ³¹ y destacarse la circunstancia de que las escuelas privadas descargan al Estado de una obligación onerosa ya que si los alumnos no fueran a ellas tendrían que ir a las escuelas públicas y ello causaría un aumento del presupuesto de la educación pública ³².

5 – Derecho a ayudas públicas en la enseñanza no obligatoria

Para que sea verdad el derecho paterno a elegir, una quinta manifestación de su derecho la constituye el que puedan recibir ayudas públicas también en los niveles de enseñanza no obligatoria.

Tanto la Constitución (art. 71) como los textos internacionales citados marcan un principio rector en virtud del cual el Estado debe propender hacia la plena realización del ideal de la igualdad de oportunidades en los niveles de educación no obligatoria ³³.

En tal sentido, será admisible que, a diferencia de los niveles en que se ha consagrado la obligatoriedad, no todos tengan derecho a la ayuda estatal sino solamente quienes tengan la aptitud o idoneidad que se establezca -de modo general para cada tipo de enseñanza y sin discriminaciones- y no dispongan de los medios económicos suficientes (pudiendo graduarse las ayudas), respetando una igualdad de trato que no ha de verse afectada por el hecho de que se opte por un instituto público o privado.

En cambio, lo que no resulta admisible es que no exista ningún tipo de ayuda al respecto.

VI) CONCLUSIONES

El panorama de la legislación universal en la materia ³⁴ demuestra que el derecho de los padres a la libre elección de instituciones de enseñanza para su hijos resulta ilusorio si su ejercicio efectivo no está garantizado a través de una adecuada financiación pública de la enseñanza privada.

A nivel comparado, en algunos países, la ayuda oficial está dirigida directamente a las instituciones de enseñanza mientras que en otros se canaliza hacia los padres, que son subvencionados directamente por el Estado, según sus posibilidades económicas,

30 Jean RIVERO - "Les libertés publiques" (PUF, París, 1973), tomo 2, pág. 298.

31 Francisco BAUZA - "Estudios Constitucionales" (Biblioteca Artigas, Montevideo, 1953), pág. 222.

32 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - "La Constitución Nacional" cit., tomo II, págs. 106 y 107.

33 Carlos E. DELPIAZZO - "Dignidad humana y Derecho" cit., pág. 61, y "Derecho Administrativo Especial" cit., volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 48 y sigtes.

34 Ver: Panorama de la legislación universal sobre las distintas modalidades del aporte del Estado a la enseñanza no oficial, en Estudios de Ciencias y Letras (Montevideo, 1983), N° 7, págs. 88 a 92. De dicha reseña se desprende que existen distintas modalidades de aporte oficial a la enseñanza privada en Alemania, Austria, Holanda, Inglaterra, Irlanda, Dinamarca, Bélgica, Francia, Escocia, Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos, Jordania, Siria, Turquía, Irak, Irán, Paquistán, Indonesia, Japón, India, Líbano, Nigeria, Ghana e Israel, entre otros.

debidamente acreditadas, de forma que no reciben ayuda aquellos cuya situación patrimonial excede de ciertos límites, la reciben totalmente quienes carezcan de recursos y la reciben parcialmente los que se encuentran en una situación intermedia, graduándose la subvención en la medida que lo requiera cada categoría.

En nuestro país, de los textos constitucionales examinados surge un claro reconocimiento de que todo hombre es titular del derecho inalienable a la educación. Cuando el niño o el joven no pueden tomar decisiones acerca de su propia existencia, son los padres los llamados en primer lugar a cumplir la misión educativa, que se les impone como derecho y como deber (art. 41).

Para que el derecho especialmente reconocido (art. 68, inc. 2) sea real y efectivo, la actuación estatal se ha reducido en nuestro país a la exoneración tributaria de las instituciones de enseñanza privada (art. 69), sin perjuicio de la gratuidad de la enseñanza oficial (art. 71). Obviamente, ello resulta insuficiente si se tiene en cuenta que la obligatoriedad alcanza a todos y que "la ley proveerá lo necesario para la efectividad de estas disposiciones" (art. 70, inc. 3), sin distinguir entre instituciones públicas y privadas.

Si bien la Constitución de 1967 extendió la exoneración a todas las instituciones de enseñanza privada, es bueno recordar que el texto dado al art. 69 fue el resultado de una transacción política. En efecto, el proyecto de reforma auspiciado por los sectores reformistas del Partido Colorado mantenía incambiada la fórmula de 1952. En cambio, el proyecto del Partido Nacional lo variaba, estableciendo en un primer inciso el mismo texto del actual art. 69, y agregando un segundo inciso, que decía: "La ley establecerá el sistema de repartición proporcional del subsidio escolar, en el ciclo de la enseñanza primaria para las escuelas privadas". Como consecuencia del acuerdo que posibilitó la reforma, se suprimió el segundo de dichos incisos, dejando incambiada la solución jurídica ya que será de resorte de la ley arbitrar mecanismos que permitan a los padres ejercitar su derecho de elección sin condicionamientos económicos.

En lo que refiere específicamente a la enseñanza religiosa, para que los padres puedan realmente optar por un instituto (público o privado) que la contemple adecuadamente, es imprescindible que la ley provea lo necesario -según lo preceptúa el art. 70 de la Carta- a fin de que el derecho pueda ejercitarse sin cortapisas. Para ello, podrá acudir a cualesquiera de los sistemas que exhibe el Derecho comparado, pero deberán privilegiarse aquellas formas de ayuda que tomen en cuenta, de modo preferente (aunque no exclusivo), la situación de la familia, prestando "auxilios compensatorios" a los padres que tienen a su cargo numerosa prole. No es suficiente para ello el régimen de asignaciones familiares -cuya finalidad es otra³⁵- por lo que considerar agotado con tal instrumento el cumplimiento del mandato constitucional, equivale a restringir el mismo, cuyo alcance resulta con claridad evidente si se lo conjuga con lo dispuesto en los arts. 68 y 70.

Por lo tanto, es deber inexcusable del Estado contribuir con fondos públicos al financiamiento de la enseñanza privada en general y, de modo particular, en los niveles obligatorios a fin de que los padres puedan ejercitar su derecho de elección en forma

35 Américo PLA RODRIGUEZ - "Las asignaciones familiares ¿instrumentos de política social o de política salarial?", en Rev. Derecho Laboral, tomo XVII, N° 96, pág. 673 y sigtes.

libre, sin cortapisas económicas, en un marco pluralista y de justicia distributiva. Mientras ello no ocurra, bajo un ropaje de pretendida neutralidad estatal, se estará obligando a quienes carecen de recursos a optar -sin poder elegir- en función de consideraciones económicas.

Y ello no es neutralidad ni laicidad sino laicismo mal entendido, que atenta contra los derechos del niño (ampliamente reconocidos en el Código respectivo), generando un desequilibrio entre su persona, la familia a la que pertenece y el Estado como organización servicial de la sociedad a la que se debe ³⁶.

³⁶ Felipe ROTONDO TORNARIA – “Persona, educación y Estado”, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 609 y sigtes.