Universidad Católica San Pablo

Vol. 8. n.° 1. 09/2022

EDUCATIONIS MOMENTUM

EDUCATIONIS MOMENTUM

Revista de investigación educativa
de la Universidad Católica San Pablo

Volumen 8, número 1, septiembre del 2022 ISSN (impr.): 2414-1364; (online): 2517-9853

Derecho y educación

Artículos

La educación al servicio del *interés superior del menor*
J. L. Martínez López-Muñiz

Sociedad, derecho y educación: la necesidad de formación jurídica para el sostenimiento de la sociedad
E. Briceño-Medina

Aproximación a las libertades educativas desde los principios del derecho eclesiástico peruano
S. Mosquera

Régimen jurídico de la educación universitaria privada en Uruguay
M. Sheppard Gelsi

La educación como derecho constitucional y servicio público
G. Chang Chuyes

In memoriam

Alfredo Aguilar Medina (1959-2020)
W. L. Arias Gallegos

Libros llegados a nuestra redacción

Arequipa (Perú)

EDUCATIONIS MOMENTUM

Volumen 8, número 1, septiembre del 2022

ISSN: 2414-1364 (versión impresa); 2517-9853 (versión electrónica)

Revista de investigación educativa de la Universidad Católica San Pablo (Arequipa, Perú). Se publica anualmente en dos formatos: impreso y digital (acceso abierto). Se encuentra indizada en ROAD, Clase y Dialnet.

Editor
Enrique G. Gordillo (Universidad Católica San Pablo)

Editor invitado:
Daniel Ugarte Mostajo (director de Departamento de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica San Pablo)

Consejo editorial
Jorge Pacheco Tejada (Universidad Católica San Pablo, Perú), Walter Arias Gallegos (Universidad Católica San Pablo, Perú), Daniela Salgado Gutiérrez (Universidad Panamericana, México), Paul Neira Del Ben (Universidad San Ignacio de Loyola, Perú), Lucas Sempé (University of East Anglia, Reino Unido), Elizabeth Da Dalt (Conicet, Argentina), Gilda Difabio de Anglat (Conicet, Argentina), Pelusa Orellana (Universidad de los Andes, Chile)

Comité consultivo nacional
Ingrid Pastor (Instituto Latinoamericano Siglo XXI), Luis Sime (Pontificia Universidad Católica del Perú), Jorge Rodríguez Sosa (Universidad San Ignacio de Loyola), Fanni Muñoz (Pontificia Universidad Católica del Perú), Renzo Rivera (Universidad Católica San Pablo), Laura León (Universidad de Lima)

Comité consultivo internacional
Patricia Argüelles (Universidad Católica de Chile), Covadonga Ruiz de Miguel (Universidad Complutense de Madrid, España), Maria Regina Maluf (Universidade de São Paulo, Brasil), Cornelius Riordan (Providence College, Estados Unidos), José Luis García Cué (Universidad Nacional Autónoma de México), Miguel Rumayor (Universidad Panamericana, México), Luz Sandoval Estupiñán (Universidad de La Sabana, Colombia), Inés Ruiz-Requies (Universidad de Valladolid, España), Margarita Nieto Bedoya (Universidad de Valladolid, España)

La ilustración de cada portada de *Educationis Momentum* procura que los investigadores tengamos siempre presente por quiénes trabajamos. La de este número se llama «La libertad del saber» y fue hecha por María Eugenia Cano Aguirre, exdirectora de la Escuela Profesional de Educación de la Universidad Católica San Pablo.

Corrección de estilo: Daniel Martínez Lira
Diseño de cubierta: Enrique G. Gordillo, Milko A. García Torres
Diagramación: José Luis Vizcarra Ojeda

Adrus D & L Editores S. A. C.
Av. Tacna 535, Of. 704-B. Lima (Perú)
Teléfono: +51-1-401-6451. E-mail: adrusdyleditores@gmail.com

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú, n.° 2015-17490.

Los trabajos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores.
Educationis Momentum o la Universidad Católica San Pablo no son responsables de los contenidos presentes en ellos. Los artículos pueden ser reproducidos según lo contemplado en el decreto legislativo 822.

Editor invitado

Daniel Ugarte Mostajo es doctor en Derecho (sobresaliente cum laude) por la Universidad de Zaragoza, España. Máster en Especialización e Investigación del Derecho por la Universidad de Zaragoza, España. Profesor ordinario principal de Derecho Civil y Teoría del Derecho en el Departamento de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú. Abogado y árbitro adscrito a la nómina del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Miembro del Comité Consultivo de la revista especializada "Actualidad Civil". Miembro del Centro de Estudios de Derecho Comparado (CEDC). Director del Círculo de Estudios de Derecho Civil Patrimonial (CEDECIP) de la Universidad Católica San Pablo. Decano de la Facultad de Derecho y director del Departamento de Derecho y Ciencia Política de la misma casa de estudios.

EDUCATIONIS MOMENTUM

Revista de investigación educativa
de la Universidad Católica San Pablo

Vol. 8, n.° 1, septiembre del 2022

Monográfico: derecho y educación

ISSN impr.: 2414-1364
ISSN online: 2517-9853

Universidad Católica San Pablo

Urb. Campiña Paisajista S/N. Quinta Vivanco
Barrio de San Lázaro
Arequipa (Perú)

Índice

	Presentación del editor	5
	Artículos originales	
José Luis Martínez López-Muñiz	La educación al servicio del *interés superior del menor*	7
Enrique Briceño-Medina	Sociedad, derecho y educación: la necesidad de formación jurídica para el sostenimiento de la sociedad	31
Susana Mosquera	Aproximación a las libertades educativas desde los principios del Derecho eclesiástico peruano	57
Marcelo Sheppard Gelsi	Régimen jurídico de la educación universitaria privada en Uruguay	97
Guillermo Chang Chuyes	La educación como derecho constitucional y servicio público	137
	In memoriam	
Walter L. Arias Gallegos	Alfredo Aguilar Medina (1959-2020)	175
	Colaboraron en este número	179
	Libros llegados a nuestra redacción	183
	Instrucciones para autores	187

Presentación del editor

Entre los años 1997 y 2001 Ernesto Pollitt y su equipo llevaron a cabo un experimento en Pemba (Zanzíbar) para poner a prueba la efectividad de administrar hierro a escolares con la finalidad de mejorar su funcionamiento cognitivo. A la fecha existía abundante literatura que documentaba cómo la carencia de hierro afectaba la salud, el funcionamiento global del cerebro y el rendimiento académico. El objetivo final de la investigación era disminuir las altas tasas de repitencia de la isla. Durante dos años los estudiantes del grupo experimental recibieron diaria o semanalmente un suplemento oral de hierro, mientras que los del grupo control recibieron placebo. En total 900 niños participaron en el estudio. ¿El resultado? El 3 % de los que no fueron suplementados con hierro (grupo control) repitieron el año; por su parte, el 20 % de quienes lo fueron también repitieron (Pollitt, 2016).

¿Qué salió mal? ¿Fueron inválidos los resultados? ¿Las teorías y evidencia utilizadas eran erróneas? Las reflexiones del psicólogo peruano apuntan por otro lado. Los niños que recibieron el hierro no solo lograron —en muchos casos— combatir la anemia, sino que, ciertamente, mejoraron su función cognitiva. No obstante, un efecto adicional de la suplementación de hierro era un incremento en el movimiento. La presencia de hierro en sangre está asociada con la movilidad. Estos niños se movían más en clase. En la tradicional sociedad pembana, el escolar modelo permanece sentado e inmóvil durante la clase, atento y silencioso, sin hacer preguntas ni importunar al maestro. Los niños suplementados con hierro en este experimento sencillamente se salieron del perfil porque se movían demasiado. Todo el tiempo interrumpían la clase. Fueron catalogados como indisciplinados y se les hizo repetir el año.

La anécdota anterior es relatada por el propio Pollitt en el tercer capítulo de su extraordinario libro *¿Error o fraude? Engaños y equivocaciones en la investigación psicobiológica infantil.* En dicho texto el investigador reflexiona sobre la necesidad de haber tenido una mirada más profunda sobre el contexto en el que se desarrolló la investigación. Plantea que los marcos biológicos

o nutricionales resultaban insuficientes, y que el estudio se hubiera beneficiado de un «enfoque interdisciplinario que considerase la acción conjunta de factores naturales y socioculturales».[1]

Hoy en día es inconcebible vislumbrar la construcción del edificio del conocimiento humano sin el concurso de distintas disciplinas. Por este motivo, este año saludamos la edición de nuestro primer número monográfico, dedicado a derecho y educación. La convocatoria fue anunciada en la página web de la revista, y fue realizada también mediante invitaciones puntuales a diversos articulistas. Luego de un dedicado trabajo editorial, nos alegra dar la bienvenida al trabajo de cinco especialistas de diversas nacionalidades y disciplinas del derecho que han querido hacer un aporte a la educación o explorar la relación entre ambas disciplinas.

El trabajo ha sido arduo no debido a la calidad de los artículos (en realidad, su bondad hizo esta parte de la labor muy sencilla), sino a las diferencias en las metodologías de ambas disciplinas. Por ello, se decidió mantener los usos habituales en las publicaciones jurídicas por mor de la comodidad de los autores.

Un agradecimiento importante debe ir para el Dr. (c) Daniel Ugarte Mostajo, máster en Investigación en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España) y director del Departamento de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica San Pablo. Sin su ayuda, el presente número no hubiera sido posible.

Hemos elegido el derecho como primer tema monográfico debido no solo a su omnipresencia en nuestras sociedades, sino también porque su relación con la educación, aunque bastante evidente, es a la vez poco estudiada. Esperamos que el impulso inicial que da este número sirva para que otros investigadores tomen la posta y continúen este fecundo diálogo entre las ciencias, teniendo como horizonte la integración del saber.

Enrique G. Gordillo
Editor de *Educationis Momentum*

1 E. Pollitt, *¿Error o fraude? Engaños y equivocaciones en la investigación psicobiológica infantil* (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016), 120.

EDUCATIONIS MOMENTUM

Vol. 8, n.° 1, pp. 7-29, ISSN (impr.): 2414-1364; (online): 2517-9853
https://doi.org/10.36901/em.v8i1.1465

La educación al servicio del *interés superior del menor*

Education at the service of the *best interest of the minor*

José Luis Martínez López-Muñiz
Universidad de Valladolid, Valladolid, España
marlomu@uva.es
https://orcid.org/0000-0002-5162-5225

Recibido: 2022.04.23
Aprobado: 2022.09.29

Resumen

La noción del *interés superior del niño* o *del menor* sintetiza, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la adecuada satisfacción de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, no emancipadas, en su debida conjunción con los derechos de todos, que es el objetivo específico de este acuerdo internacional que forma parte del Derecho internacional universal en el que ha de integrarse hermenéuticamente. Es de destacar el papel preeminente que se reconoce al respecto a la familia y, en particular, a los padres. El derecho a la educación en libertad es uno de los derechos fundamentales a que se vincula el *interés superior del menor*. La Convención le dedica específicamente dos de sus artículos, y contiene otros de los que se desprenden consecuencias para él, pero no introduce exigencias que no estén ya establecidas expresa o implícitamente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, con cuyo significativo art. 13.3 debe complementarse, además, especialmente, lo dispuesto en la Convención. Esta no permite reducir indebidamente los derechos prioritarios de los padres en la educación de sus hijos, cuya efectividad es además garantía sustancial de una sociedad libre.

Palabras clave: interés superior del menor, patria potestad, derechos humanos, derecho a la educación

Abstract

With the notion of the *best interests of the child or minor*, Convention on the Rights of the Child of 1989 synthesizes an adequate satisfaction of the Human Rights of minors, not emancipated, in due conjunction with the Rights of everyone else. That is the specific target of this international agreement, as a part of the universal international Law into which it has to be integrated for its interpretation. The pre-eminent role that is recognized in this respect to the family and, in particular, to the parents is to be highlighted. One of the Human Rights, to which the *best interests of the minor* are linked, is the Right to Education with Freedom. The Convention specifically dedicates two of its articles to it, and contains others that have consequences for it, but does not introduce requirements that are not already expressly or implicitly established in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966. In addition, the provisions of the Convention must be particularly complemented with the significant article 13.3 of this Covenant. This treaty does not allow unduly reducing the priority of parents' rights in the education of their children, whose effectiveness is also substantial guarantee for a free society.

Keywords: best interests of the child, parental rights, human rights, right to education

Sumario

I. El *interés superior del niño* en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989.- II. Concreciones de la Convención relativas a la educación.- III. Otras exigencias explícitas sobre el derecho a la educación en libertad en el Derecho internacional universal de derechos humanos.

I. El *interés superior del niño* en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989[1]

1. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y en vigor, entre los Estados que ya la hubieran ratificado para entonces, desde el 2 de septiembre de 1990,[2] denomina *niño* a *todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*. Se aplica, por tanto, a todo ser humano mientras se encuentre bajo la patria potestad o la tutela por la que, en su caso, se sustituya, y en razón precisamente de lo que legalmente se tenga por su minoría de edad. Se trata, pues, de lo que suele llamarse legalmente un *menor*, una persona humana que, en efecto, no ha alcanzado aún la mayoría

1 Limitamos este análisis al ámbito de los principales instrumentos internacionales universales, sin entrar en los regionales o continentales ni en los Derechos estatales. Sobre aspectos del Derecho internacional de derechos humanos europeo y americano, así como de diversos Estados: Sanz y Molina (2017). Sobre el ámbito regional americano, Aguilar (2008). Las perspectivas adoptadas en estas obras no incluyen, por lo común, una atención específica a la educación, salvo en el trabajo de Carmona (2017) en la primera de las obras mencionadas, aunque sin suficiente atención a cuanto se dirá aquí sobre el papel preferente de los padres. En la obra general de Rivero (2007, 222-228) hay algunas referencias jurisprudenciales específicas a la educación, relativas a España, USA, Italia y Reino Unido. Un estudio específico sobre el tema aquí abordado, en Dávila y Naya (2011, 109 y ss.), y, de modo más completo y amplio, en Asencio (2017).

2 Entre los 140 Estados signatarios la han ratificado Argentina (04/12/1990), Bolivia (26/06/1990), Brasil (24/09/1990), Chile (13/08/1990), Colombia (28/01/1991), Costa Rica (21/08/1990), Cuba (21/08/1991), República Dominicana (11/06/1991), Ecuador (23/03/1990), El Salvador (10/07/1990), Guatemala (06/06/1990), Honduras (10/08/1990), México (21/09/1990), Nicaragua (05/10/1990), Panamá (12/12/1990), Paraguay (25/09/1990), Perú (04/09/1990), Portugal (21/09/1990), España (06/12/1990), Uruguay (20/11/1990) y Venezuela (13/09/1990).

de edad según la ley o una situación equivalente mediante su previa emancipación. Comprende, en consecuencia, tanto a quien se encuentra aún en lo que comúnmente se entiende por infancia, como a quien recorre las distintas etapas de la adolescencia o, incluso, de la juventud, mientras no alcanza la dicha mayoría de edad legal.[3]

2. El art. 3 de esta Convención afirma, en su ap. 1, que:

> En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**.

El precepto mira principalmente al papel de los Poderes públicos de los Estados miembros en, como dice su ap. 2, *asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios a su bienestar*.

3. Para identificar lo que deba entenderse por *interés superior del niño* o del menor,[4] resalta enseguida que, como no podía ser de otra manera, la Convención de 1989 enmarca en su Preámbulo todo su contenido y, por tanto, también cuanto dispone sobre el *interés superior* del menor, en los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, basados *en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos*

3 Algunos de los Estados firmantes (particularmente Argentina, pero en cierto modo también Ecuador o Guatemala) han querido precisar, en sus declaraciones vinculantes unidas a su ratificación, que consideran incluidos a los concebidos y no nacidos. Como el Preámbulo de la Convención recuerda expresamente, esta, en efecto, tiene presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño –aprobada en 1959–, *«el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento»*.

4 *«El* "interés superior del niño" no es un concepto nuevo. Es anterior a la Convención y ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 (párr. 2) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [arts. 5 b) y 16, párr. 1 d)], así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales» (Comité de los Derechos del Niño, *Observación General n.º 14* [2013], relativa a la Convención, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial [artículo 3, párrafo 1]*, ap. 2). Es interesante el comentario anterior a este documento, de Dávila y Naya (2011, 76-79).

> *iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*, y en que las mismas Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos*, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*. Si bien, en efecto, esa misma Declaración Universal ya proclamó, en su art. 25.2, *que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales*, reafirmándolo el 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Toda la Convención de los Derechos del Niño no hace otra cosa, en rigor —como ya permite suponer su propio título—, que proyectar en los menores el principio fundamental de la dignidad de toda persona humana y sus derechos fundamentales proclamados en la DUDH y en los Pactos Internacionales que la desarrollan,[5] particularizando lo que, por su particular condición de encontrarse en camino de la madurez *física y mental*,[6] requiere su adecuado cuidado y protección.

El *interés superior del menor* no podrá ser, en tal contexto, sino el efectivo reconocimiento de su dignidad personal y de sus derechos fundamentales, debidamente conjuntados con los de los demás (como requiere la misma DUDH en su art. 29), aun con los *cuidados y asistencia especiales* a que se refiere la misma DUDH en su art. 25, como requiere su situación de especial inferioridad o de relativa debilidad fáctica, según su edad y desarrollo.[7]

5 Así se afirma, por ejemplo, en la *Observación General n.º* 8 (2006) sobre la Convención, relativa a *los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes*.

6 La minoría de edad definitoria del «niño» implica, en efecto, como dijera la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y recoge el Preámbulo de la Convención, una constitutiva *falta de madurez física y mental*, aunque evidentemente se encuentre en camino hacia ella según su edad y pueda, incluso, haberla alcanzado en muchos casos antes de llegar a la mayoría de edad legal, en unos u otros aspectos. El límite legal uniforme —sin perjuicio de las posibilidades de emancipación previa que puedan contemplarse legalmente por adecuada justificación— se justifica en razones de seguridad. Diversas previsiones legales contemplan, con todo, diversas capacidades de los menores según su edad.

7 Lo confirma en términos similares la *Observación General n.º 14* (2013), cit. supra, apartados 4 y ss.

4. Es muy de notar que, tras señalar el Preámbulo de la Convención lo que queda indicado sobre su inserción en cuanto proclama la DUDH, se apresura a advertir ante todo, muy significativamente, para avanzar en la determinación de su obligado marco, que *la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad*, porque *el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*.[8]

De ahí que, apenas afirmado en el ya citado art. 3.1 el principio finalista del *interés superior del niño*, el ap. 2 del mismo artículo disponga de inmediato que, para *asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar*, a lo que quedan comprometidos los Estados Parte de la Convención, han de hacerlo *teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley*. Y el art. 18 afirmará con rotundidad, en su ap. 1, que:

> Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Es, pues, a través de esa «responsabilidad primordial» de los padres para con los menores (o quienes los sustituyan en caso necesario) como de ordinario los Poderes públicos cumplirán lo que les impone el art. 3.1. Por eso dirá el ap. 2 del mismo art. 18 que:

> A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus

8 En coherencia con el art. 16 de la DUDH —y el 23 del PIDCP—, que, por cierto, vincula ostensiblemente la familia al *matrimonio*, que *los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil* —adquirida, pues, la capacidad de engendrar—, *tienen derecho* a contraer (ap. 1), *mediante libre y pleno consentimiento* (ap. 2). Y cuando el art. 24 del PIDCP proclama el derecho del menor a *las medidas de protección que su condición de menor requiere*, se refiere expresamente en primer término a las que requiere *por parte de la familia*, aunque también, ciertamente, a las que requiera *de la sociedad y del Estado.*

> funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Debe advertirse, pues, bien: para la Convención, en la garantía y promoción de todos los derechos de los menores que ella proclama y trata de asegurar, la tarea central corresponde a los padres o, si faltan, a sus representantes legales, que, por eso, deben ser asistidos para su mejor cumplimiento, en la forma apropiada, por los Poderes públicos. Así lo ha confirmado, para la adolescencia —desde los 10 a los 18 años—, la *Observación General n.º 20* (2016) del Comité de los Derechos del Niño, sobre la Convención, aps. 5 y 50, y, antes, en términos aún quizás más rotundos, para la primera infancia (estimada hasta los 8 años), la *Observación General n.º 7* (2005), aps. 10, 15 y 29.

Como parte de esa asistencia, los Poderes públicos deben velar —hemos visto que dice el art. 18.2— porque se creen las instituciones, instalaciones y servicios que sirvan para «el cuidado» de esos menores. Podrá crearlas, desde luego, la iniciativa privada y la pública, para colaborar con los padres —o representantes legales—, sin perjuicio de que, en caso necesario, puedan venir también a suplir del modo que sea más adecuado, la ausencia o incapacidad acreditada de los padres o tutores.

Consecuencia lógica de todo ello es que la separación de los menores respecto de sus padres haya de estar bajo garantía judicial (art. 9), y solo se justifique excepcionalmente cuando, en efecto, lo requiera el *interés superior del niño*, *en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño*. Y aun en tales casos dispone el art. 9.3 que deberá posibilitarse lo más posible la relación del menor con sus padres.

Además de los citados arts. 3.2 y 18, la Convención contiene otros múltiples preceptos que evidencian la primacía que reconoce a la familia, y en particular a los padres, en cuanto se refiere a la particular asistencia y protección debida a los menores para la plenitud del ejercicio de sus derechos y libertades y del respeto y coherencia con su dignidad personal. Es, pues, a ellos a quienes compete ante todo la apreciación del *interés superior del menor*, que resume y condensa esa plenitud y que, lógicamente, tendrá expresiones distintas

según la edad de los menores,[9] aunque, en todo caso, deberá conformarse a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño en el marco de cuanto ya proclamó, como decíamos, la DUDH y preceptúan los Pactos Internacionales y demás convenios de Naciones Unidas sobre derechos humanos.

Es de destacar el principio establecido por el art. 5 de que:

> Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Se confirma así que, para la Convención, son ante todo los padres —en el supuesto ordinario y normal— quienes han de ocuparse de cubrir las carencias o insuficiencias del menor para alcanzar su propio *interés* objetivo, que se califica, por ello, de ciertamente *superior* en cuanto obligada finalidad de cuantas medidas se adopten para cuidarle y asistirle cumplidamente, de modo que se haga efectivo el ejercicio de los derechos que como persona le corresponden mientras es menor, con el contenido que sea apropiado a su edad, mientras se prepara para ejercer responsablemente los que habrán de serle propios el resto de su vida. La patria potestad, la representación de los hijos menores por sus padres y las autorizaciones que aquellos necesitan legalmente de estos para diversas actuaciones, están al servicio de ese interés superior y forman parte de las *responsabilidades, derechos y deberes de los padres* mencionados en ese precepto básico.[10]

9 En similar sentido, en su plano de teoría general, sin especial referencia al ordenamiento internacional, Rivero (2007, 281, 291-293).

10 Aunque no deje de atenderse a la cuestión de los límites de la patria potestad, sobre la base de las previsiones legales o con ocasión de conflictos que llegan al ámbito judicial, los estudios sobre el *interés superior del menor* suelen centrarse más en los numerosos problemas que derivan de la ruptura de la normalidad familiar y del ejercicio de la patria potestad: así, en el ámbito civilista español, Rivero (2007), Guilarte (2014) o Pizarro (2020), y, en diversa medida, en la obra colectiva, también jurídica, pero multidisciplinar, dirigida por Sanz y Molina (2017).

No nos detendremos en examinar las múltiples referencias que, a propósito de derechos específicos, contiene la Convención y reflejan este principio básico de la necesaria mediación de los padres en el ejercicio de sus derechos por los menores y, consiguientemente, en la apreciación de lo que sea su *interés superior*. Bastará con destacar también en este momento lo dispuesto por el art.14, a propósito del trascendental *derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, en cuya virtud:

> Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

O lo dicho por el art. 27 en orden al *derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social*:

> A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

5. No deja de detectarse a veces, sin embargo, un uso sesgado de la noción de *interés superior del menor*, usada por la Convención, con la pretensión, no tanto ni solo, de que vendría a significar, sobre todo, que «frente al deseo de los mayores prevalecerá el interés del menor»,[11] sino que, en cualquier caso, se antepondría la apreciación del menor de su propio interés a la que pudieran hacer esos *mayores* y destacadamente los padres —aunque también los que puedan hacer sus veces— con la consecuencia de erigir, a la postre, a las autoridades administrativas y judiciales en sus supuestos garantes. Como si, en suma, cualquier menor se encontrara ya en condiciones de ejercer por sí sus capacidades intelectuales, volitivas y afectivas, y, en definitiva, su libertad, y no resultara aún una persona coyunturalmente influenciable, con falta de autodominio suficiente sobre sus apetencias, instintos y pasiones, con falta del conocimiento y de la experiencia imprescindibles, y expuesta a las más diversas manipulaciones; es decir, ignorándose cuanto la civilización ha considerado por siglos

11 En la expresión de Chacón (2019, 13), aunque la ambigüedad de esa misma expresión admite diversas comprensiones.

para establecer fundadamente la institución de la minoría de edad y de la patria potestad y la tutela de menores.

Cualquier insuficiencia en la prevención y corrección de abusos no deslegitima los «usos»; solo debe llevar a poner los medios para tratar, en efecto, de evitar y corregir los abusos.[12] Pero no debiera olvidarse en ningún caso que los padres, en cuanto que responsables y educadores de sus hijos, deben tener con ellos unas relaciones no equiparables a las que median entre adultos independientes entre sí. Sin perjuicio de la garantía última judicial en cuanto a su conformidad a Derecho, las relaciones familiares de los padres con sus hijos menores deben normalmente regirse por el principio de la razonable autoridad inherente a la patria potestad, correspondiendo a los padres ordenarlas y resolver los conflictos, también como medio de inculcar criterios y hábitos razonables dentro de un arco de posibilidades amplio, sin que sea aceptable que, desde fuera del ámbito familiar, se trate de dificultar y perturbar su normal funcionamiento, cuestionando el reconocimiento que debe serles garantizado a los padres.

Es evidente, por lo demás, que el menor no se encuentra en las mismas condiciones a los 3, a los 7, a los 12 o a los 17 años, y ello debe tenerse en cuenta por quien le asista y proteja. Pero la Convención de los Derechos del Niño, y el Derecho, en su comprensión más sustantiva y esencial, no dejan de tener en cuenta la realidad obvia de que el mejor modo de procurar y garantizar el *interés superior del menor* es poniendo a este bajo la atención y cuidado de quien, de suyo, más puede quererle e interesarse por él: sus padres. Ellos son, además, quienes ponen en juego sus medios y posibilidades materiales, su intimidad, su honor y sus sentimientos y valores, su personalidad misma. Todas las demás alternativas son sucedáneas, remedios que tratarán de dar solución a la carencia de los padres o del cumplimiento por ellos de sus funciones, de esos sus deberes familiares que a la vez son sus derechos.

12 Lo que, por cierto, aunque no sea objeto de estas páginas, evidencia toda la gran importancia que, en cuanto a la prevención, tiene una adecuada regulación del matrimonio, precisamente por lo que legitima que intervenga la ley en él, que no es sino su relevancia para la generación y educación de nuevas vidas humanas (ver Martínez 2000, 2016), así como la difusión social de una ética sexual, matrimonial y familiar verdaderamente radicada en la dignidad de toda persona humana, y de cuanto la favorece.

El *interés superior del menor* habrá, pues, de ser apreciado ordinariamente por sus padres, aunque tal apreciación deba ir dando cabida progresiva a la estimación del propio menor, en la medida de su crecimiento. Los padres cumplen además o deben cumplir con ello un papel determinante en la formación del menor en la apreciación de su propio interés: en eso reside lo nuclear de la educación que, a ellos, ante todo, incumbe impartirle, por sí o por los maestros o la escuela de su confianza.

6. Que las cosas sean efectivamente así y no se margine a los padres ni se les desautorice, además de formar parte del propio *interés superior del menor*, constituye una de las más sólidas e irrenunciables garantías de una efectiva libertad y pluralismo en la sociedad. Si se desapodera sistemáticamente a los padres —y no solo a los pocos que se desentienden o incumplen manifiestamente sus deberes— o se pretende someterlos a pautas determinadas de los políticos gobernantes o de una burocracia de psicólogos y educadores, unos y otros con sus propios sesgos ideológicos, lo que se defendería como apreciación del menor de su propio interés traduciría tantas veces la preferencia ideológica de quien no se encuentra ligado con el menor por los vínculos afectivos de la paternidad, los más inclinados precisamente a cuidar por el *interés superior del menor* en su comprensión más integral y permanente. Y es claro que, con ello, el Poder político y administrativo dispondría de una poderosa arma para uniformar a su modo los sentimientos, gustos, pensamientos y conductas de la sociedad, a modo de Gran Hermano.

II. Concreciones de la Convención relativas a la educación

1. Además de los artículos ya citados 3, 9 y 18 de la Convención, otros de sus preceptos [arts. 21, 37 c) y 40.2 b) iii)] reiteran de manera explícita, a distintos efectos, la noción del *interés superior del menor* como criterio directivo, pero ninguno lo hace en conexión explícita específica con respecto en concreto a su educación, a la que, sin embargo, hay en ella relevantes referencias explícitas e implícitas.

2. La Convención dedica, en efecto, un par de preceptos, no poco extensos, al derecho del menor a la educación, aunque, a la verdad, es poco lo que añade, precisa o particulariza respecto a lo dispuesto de manera más general sobre el derecho a la educación, destacadamente, en el

art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC), que desarrolla el art. 26 de la DUDH.[13]

Ciertamente se confirma que el derecho fundamental a la educación garantizado por estos instrumentos internacionales es un derecho a la educación *en libertad*[14] y que, con respecto a los menores, las decisiones al respecto corresponden a sus padres o tutores, por más que, sin ninguna duda, hayan de adoptarse en el *interés superior del menor*, apreciado o interpretado, como hemos dicho, preferentemente y de ordinario por esos mismos padres o tutores; naturalmente, siempre dentro de los límites y condicionamientos marcados legítimamente por la ley, bajo la garantía en último término, siempre que sea necesario, de los órganos del Poder Judicial.

Por lo que se refiere a otros preceptos que, aunque no expresamente, resultan también de aplicación a la educación, por razón de su significado, ya hemos dado cuenta antes de las importantes afirmaciones contenidas en particular en el art. 14 sobre el derecho y deber de los padres de *guiar* al menor en el ejercicio de sus *libertades de pensamiento, de conciencia y de religión*,[15] y en el art. 27, sobre su *responsabilidad primordial* en orden a proporcionar a los menores *las condiciones de vida que sean necesarias para* su *desarrollo físico*, pero también *mental, espiritual, moral y social*, todo lo cual está indudablemente implicado y de manera muy relevante en la educación. Tales preceptos son, por tanto, implícitamente importantes también para la educación y su ordenación al *interés superior* del menor, y no hacen sino reafirmar lo que venimos diciendo sobre el papel de los padres, verdaderamente primordial y no sustituible sin muy graves razones, en cuanto se refiere a la satisfacción del derecho a la educación de sus hijos y cuantos en él están implicados, correspondiéndoles a ellos asegurar ese *interés superior* de los menores a su cargo.

13 Ese art. 13 ha sido glosado por el Comité correspondiente en la *Observación General n.º 13*, de 1999. No tendremos espacio aquí para referirnos a ella.

14 El derecho fundamental a la educación como *derecho a la educación en libertad* es expresión empleada por De los Mozos (1995), y cuyo acierto fue alabado por Borrajo (2002, 661, 662).

15 El Tribunal Constitucional español aplicó este precepto en su sentencia 141/2000, del 29 de mayo del 2000, FJ 5.

3. Con respecto a los fines de la educación —que habrán de acotar, sin duda, la comprensión del *interés superior* del menor en ella, aunque con la vinculación, sin embargo, solo externa y negativa que es propia de la incidencia del ordenamiento jurídico sobre los derechos de libertad (Martínez 2019, 22)—, el art. 29 de la Convención particulariza lo ya proclamado por el art. 26.2 de la DUDH y, después, establecido de manera general similar, pero ya con valor normativo y, ciertamente sustantivo y básico, por el 13.1 del PIDESC, con las siguientes concreciones:

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

   a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

   b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

   c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

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

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

Objetivo central de la educación es, sin duda, y así se destaca tanto en la DUDH y el PIDESC como en este precepto de la Convención de los Derechos del Niño, el *desarrollo de la personalidad* del educando, lo que para lograrse del modo *pleno* que requieren aquellos textos, no deberá dejar de incluir —hablando de los menores, pero lo mismo podría predicarse de cualquier persona— eso que ahora especifica la Convención: un desarrollo de *las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades*.

La Convención lo omite, pero es importante —y debe entenderse implícito— lo que explicita el PIDESC: que ese pleno desarrollo de la personalidad, al que ha de orientarse la educación, ha de ir unido al del *sentido de su dignidad* por parte de toda persona humana receptora del proceso educativo. Es una idea fundamental, vinculada a lo que ya dijimos se recoge en el Preámbulo de la Convención, y es también el arranque mismo del de la DUDH y, por tanto, de cuantos pactos y convenciones de ella derivan: «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». El art. 1 de la DUDH afirma, además, sin ambages, el núcleo del fundamento de esa dignidad que no es otro, en efecto, que el que *los seres humanos están dotados de razón y conciencia*, por lo que, por cierto, como añade ese mismo precepto sabiamente, *deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*.

Que con la educación se deban *inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas*, es consecuencia inmediata de lo anterior y ya está también afirmado en la DUDH y en el PIDESC, así como lo determinado en la letra d) del transcrito art. 29.1 de la Convención no es sino explicitación de algunas de las implicaciones de esa asunción y respeto de los derechos y libertades fundamentales, y de las actitudes que se hacen imprescindibles para ello, que también se proclaman y establecen en la DUDH y en el PIDESC,[16] aunque en sus textos la relevancia del espíritu de igualdad y, sobre todo, la necesidad de su respeto no estén expresamente mencionadas al enunciar los fines de la educación sino que se desprenden implícitamente de la relevancia y necesidad que otorgan a ese principio en otros de sus preceptos, en todo cuanto se refiere a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

16 No deja de ser por ello sorprendente que, a la altura del 2001, en la *Observación General n.º* 1 sobre la Convención, relativa a *El párrafo 1 del art. 29: Propósitos de la educación*, ap. 18, el Comité de los Derechos del Niño dé la impresión de que se estuviera iniciando en el ámbito internacional la aplicación de tales criterios, ya vigentes desde hacía más de treinta años y por los que ya venían también velando otros Comités de Naciones Unidas. Como si la Convención de 1989 contuviese un cambio de algún modo radical en la materia que, a la verdad, no es fácil detectar. Sería deseable una mejor coordinación entre los diversos organismos que se van creando en la ONU, con objetivos coincidentes, que evite una impertinente reiteración de intervenciones sobre lo mismo.

La mención expresa de la Convención a la dimensión de la igualdad entre los sexos no puede tener más explicación que la puramente circunstancial e histórica, al haber sido aprobada la Convención de 1989 en un tiempo en el que, por diversas causas, se ha agudizado la sensibilidad para tal específica dimensión de la igualdad entre los seres humanos y menudean los grupos de presión a todos los niveles que quieren garantizarla. Pero no reduce la relevancia de las demás dimensiones de la igualdad, obviamente.[17]

La preparación *para asumir una vida responsable en una sociedad libre* es, en fin, otro componente implicado en el desarrollo pleno de la personalidad,[18] y también está ya mencionado en el art. 13.2 del PIDESC y, por lo que se refiere al objetivo de *inculcar el respeto al medio ambiente natural*, es una nueva particularización ciertamente consecuencia del progreso experimentado en los últimos cincuenta años en la importancia del sentido ecológico en la cultura humana, lo que no había aún llegado a percibirse cuando se adoptaron en los años cuarenta y sesenta del pasado siglo la DUDH y el PIDESC, aunque ya en este se contenga alguna mención al medio ambiente en relación con el derecho a la salud (art. 12).

5. En todo este contexto, cobra especial relieve —también por su carácter más original o novedoso, en su formulación explícita, con respecto a la DUDH y el PIDESC— lo que se afirma en la letra c) del art. 29.1 de la Convención, en cuanto ha incluido expresamente entre los fines de la educación:

   Inculcar al niño **el respeto de sus padres**, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya.

17 Así lo evidencia la *Observación General n.º 1* (2001) de la Convención, apartados 10 y 11.

18 Los comentarios al respecto de la *Observación General n.º 1* (2001), ap. 12, no dejan de incluir aspectos que requerirán ser adecuadamente leídos e interpretados, para que un instrumento internacional de esta naturaleza no se erija en canal de concepciones pedagógicas parciales y discutibles, que no tendrían por qué ser impuestas a todos como las únicas posibles.

Nada podrá rebajar la trascendencia de este mandato que particulariza de este modo lo que no puede dejar de formar parte de la educación[19] y que, sin duda, se aúna en lo que, en la ética clásica, se ha vinculado a la virtud de la *piedad*, de la que el Diccionario de la Lengua Española nos dice, en la segunda de sus acepciones, que es «amor entrañable que se consagra a los padres y a objetos venerandos»*, pero que ya Cicerón en su De inventione* (retórica) definió, en cuanto parte de la justicia, como «virtud por la que uno cumple sus obligaciones con sus consanguíneos y con cuantos aman a su patria, y procura honrarlos lo mejor que puede»,[20] y de la que Tomás de Aquino, tomando en cuenta esta afirmación del insigne romano precristiano y precisando que la piedad es, en efecto, una de las partes potenciales de la justicia (1268-1272, c. 80), diría a su vez que «nuestros padres, de quien nacimos, y la patria, en que nos criamos, son principio de nuestro ser y gobierno. Y, por tanto, después de Dios —del que poco antes escribe que es «el primer principio de nuestra existencia y gobierno»— a los padres y a la patria es a quienes más debemos. De ahí que, como pertenece a la religión dar culto a Dios, así, en un grado inferior, pertenece a la piedad darlo a los padres y a la patria» (1268-1272, c. 101, art. 1, *respondo*).

Enseguida justificará el Aquinate que esa piedad filial habrá de traducirse en «respeto y atenciones», y «toda clase de cuidados», aclarando que el término «culto» en este contexto significa «honor o reverencia». Todo lo cual —precisará, citando así mismo a Cicerón— se debe también a los *consanguíneos y a cuantos aman a nuestra patria «pero no a todos por igual, sino que se deben principalmente a los padres, y a los demás según las propias posibilidades y la dignidad de las personas»* (1268-1272, c. 101, art. 2, *a la objeción 3.*ª), refiriéndose, sin duda, a la accidental que en estas se añada a la dignidad básica común a todas.

Estas convicciones y deberes acerca de las personas y comunidades o grupos a los que más debemos han de evitar, sin embargo, todo desproporcionado e injusto exclusivismo, cerrado a las solidaridades más amplias que también

19 Subraya su importancia la *Observación General n.*º 1 (2001), ap.7.

20 Así lo recoge Santo Tomás como dicho por Tulio en su *Rhetorica*, probable referencia a lo dicho en la temprana obra de Cicerón, *De Inventione,* II (86 a. C.), 66: *pietatem quae erga patriam aut parentes aut alios sanguine coinunctos officium conservare moneat*. Al texto se refiere Emilie (1944, 536).

deben apreciarse y vivirse, como acertadamente concluye diciendo el art. 29. 1.c) de la Convención,[21] en el que, en cualquier caso, debe destacarse principalmente el particular vínculo de los menores con sus padres a todos los efectos, y particularmente en cuanto tiene que ver con la educación precisamente.

6. Aunque no podremos detenernos en ello, guarda estrecha conexión con cuanto el art. 29 de la Convención establece sobre los fines de la educación —y en particular con cuanto se refiere a la dignidad y derechos fundamentales del menor como persona humana—, lo que dispone el art. 28.2:

   Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.[22]

7. En cuanto a los contenidos del derecho a la educación, el art. 28.1, por su parte, reitera lo ya afirmado por el art. 13.2 del PIDESC, que particularizó y desarrolló un tanto. Al respecto, el art. 26.1 de la DUDH:

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

   a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

   b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

   c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

   d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

21 Destaca su relevancia el ap. 4 de la *Observación General n.º* 1 (2001).

22 Puede verse en particular la *Observación General n.º* 8 (2006), ya citada.

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

Son pocas las diferencias sustantivas entre este precepto y el art. 13.2 del PIDESC: la letra b) del texto de la Convención menciona explícitamente a la enseñanza secundaria general, mientras que en la correspondiente letra b) del PIDESC se entiende implícita; en la letra c) de este se menciona expresamente algo no explicitado en la misma letra c) del texto de la Convención, como un medio particular entre los apropiados para hacer *accesible a todos*, *sobre la base de la capacidad*, *la enseñanza superior*: *la implantación progresiva de la enseñanza gratuita*; la Convención no se refiere a lo que la letra d) del art.13.2 del PIDESC denomina *la educación fundamental*, pero seguramente porque lo allí establecido está pensando en adultos —personas que ya no entran en el objeto de la Convención— *que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria*, para determinar que *debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible,* precisamente para esas personas; en cambio lo dispuesto en las letras d) y e) del 28 de la Convención no aparece en el PIDESC y constituyen positivas concreciones de lo que, con todo, cabría considerar también implícito en él; y, en fin, el deber de *proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente*, específicamente por lo que se refiere a estos dos últimos aspectos, figura en la letra e) del precepto comentado del PIDESC, pero no en la Convención.[23]

8. Desde otra perspectiva, y como ha puesto de relieve el Comité de los Derechos del Niño en 2013 (*Observación General n.º 17*), para algunos contenidos y métodos educativos, no dejará de tener relevancia, aunque nominalmente no aluda a la educación, lo dispuesto en el art. 31 de la Convención en cuanto al descanso y la vida cultural y artística.

9. El ap. 3 del art. 28 de la Convención complementa todo lo anterior con un deber —instrumental— de *cooperación internacional en cuestiones*

23 La *Observación General n.º 20* (2016) sobre la Convención, ap. 68, en su aplicación a la adolescencia, alienta a los Estados a generalizar la educación secundaria como cuestión de urgencia y a hacer la enseñanza superior accesible para todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados.

de educación, y de tenerse especialmente en cuenta las *necesidades de los países en desarrollo*.

9. Y hay aún en la Convención, en estos preceptos dedicados específicamente a la educación, como derecho de los menores, un pronunciamiento muy importante, bien revelador y significativo, aunque lo que dice no haga sino reiterar lo afirmado en el PIDESC (art. 13.4) y, más básicamente, en la DUDH, o precisamente porque, a pesar de ello, así se ha querido repetir. Dice así su art. 29.2:

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

Si, como afirma la DUDH, en su art. 26.3, *los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos*, parece evidente que han de poder crear los centros o establecimientos educativos que estimen convenientes o bien elegir entre los que otros libremente a su vez implanten y ofrezcan, excluyéndose cualquier monopolio impuesto en la oferta. Una libertad de establecimiento y oferta de centros educativos que también está implícita en el art.18 de la misma DUDH, que garantiza a *toda persona* una *libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, que *incluye […] la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza*.

III. Otras exigencias explícitas sobre el derecho a la educación en libertad en el Derecho internacional universal de derechos humanos

1. Como hemos visto, las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño que, en materia de educación, vienen a tratar de determinar lo que pueda requerir en ella, con toda su importancia, el *interés superior* del menor, si bien ocupan destacadamente dos artículos, no vienen a añadir nada especialmente importante a lo ya establecido en otros acuerdos internacionales anteriores, más generales y básicos, sobre derechos humanos a nivel internacional universal, gestados en la ONU,

destacadamente la DUDH y el PIDESC, sin perjuicio de que contengan algunas particularizaciones de interés.

2. Pero hay en esos mismos instrumentos internacionales universales algunas otras exigencias bien explícitas que, aunque no se encuentren reproducidas en la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño, no deben considerarse menos relevantes ni menos plenamente aplicables precisamente a la determinación del *interés superior del niño* en cuanto a su derecho de la educación.[24]

Por comenzar enlazando con lo que acaba de decirse poco más arriba sobre el art. 18 de la DUDH, cabe recordar en primer término que el PIDCP, aprobado, como se sabe, por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1966, a la vez que el PIDESC, dedica a las libertades del mencionado precepto de la DUDH un artículo que está también numerado como 18 en dicho Pacto, y es importante observar cómo, evidenciando su estrecha relación con esas libertades, su ap. 4 comprometió expresamente a los Estados Parte a:

> […] respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Pero, al mismo tiempo, el art. 13.3 del PIDESC reiteraría y, sobre todo, completar*ía más y mejor esta previsión, disponiendo que:*

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

24 Apenas las consideran Dávila y Naya (2011). Las trata sustantivamente con detenimiento, pero más en perspectiva del Derecho español —y con alguna interpretación poco aceptable (derivada quizás de una cierta confusión entre derechos de la personalidad y derechos fundamentales)—, Asencio (2017, especialmente 113 y ss.).

Se proyecta así directamente, sobre todo, el principio fundamental proclamado en el art. 26.3 de la DUDH, poco antes recordado: que *los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos*. Lo cual debe poder ejercerse, ante todo, en efecto, mediante la *libertad de escoger para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas* —ciertamente *siempre que satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza,* en cuanto puedan justificarse razonable y proporcionadamente—, y, en todo caso, cuando eso no sea posible en general o en concreto, mediante el derecho de *hacer que sus hijos reciban*, al menos, *la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.* Es lo que dice ese importante precepto del PIDESC, evidenciando la especial relevancia de ese derecho a la educación en libertad —conforme a las convicciones de los padres o, a falta de estos, de los tutores legales— en lo religioso y moral, pero sin reducir a estos importantes aspectos el derecho fundamental a elegir las escuelas, el tipo de educación en cualquier aspecto que hayan de recibir los menores. El Tribunal Constitucional de España acertó a verlo y esclarecerlo así muy tempranamente, hace ya 40 años, en una muy importante sentencia 5/1981, del 13 de febrero de 1981 (FD 8).

3. El art. 29.2 de la Convención, como el 13.4 del PIDESC, no dejan de tener, en realidad, su última razón de ser en este derecho a elegir la educación que se garantiza en el art. 13.3 del PIDESC, que permite hablar con propiedad, ciertamente, de un derecho fundamental a la educación en libertad, en el sentido de que, sin esta, realmente no hay tal derecho fundamental. La justificación, el sentido, de quien dispone algo para educar a otros y ejerce derechos y libertades para ello, se encuentra en el educando, en el destinatario de la educación, que es el centro, sin duda, de cuanto a la educación se refiere. Es la libertad del educando lo que requiere sobre todo libertad para la oferta educativa, de modo que pueda atender a la demanda efectiva de quienes han de ser educados, que, en tanto son menores, será determinada de ordinario por sus padres o quienes, cuando sea necesario, hagan sus veces, aunque del distinto modo que justifique la edad y maduración del menor.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Cavallo, Gonzalo. «El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Estudios Constitucionales* (Chile), año 6, n.º *1* (2008): 223-247.

Asencio Sánchez, Miguel Ángel. *Interés del menor y derecho a la educación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Borrajo Iniesta, Ignacio. «El derecho a la educación en libertad: esquema de interpretación». En *La democracia constitucional (Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente),* 661-662. Madrid: Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Carmona Luque, María del Rosario. «Discapacidad y derecho a la educación: el interés superior del niño como justificación de la educación inclusiva». En *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, editado por Sanz Caballero y Molina Navarro. Cizur Menor: Aranzadi (Thomson-Reuters), 2017.

Chacón Martínez, Ana. *El interés superior del menor: Historia de un reconocimiento jurídico en los derechos humanos para la infancia (siglos XVIII-XXI)*. Murcia: Editum, 2019.

Dávila, Pauli, y Luis. M. Naya, compiladores. *Derecho de la infancia y educación inclusiva en América Latina*. Buenos Aires, México, Santiago, Montevideo: Granica, 2011.

De Aquino, Santo Tomás. *Suma de Teología*. 1268-1272. Madrid: BAC, 1994.

De los Mozos Touya, Isabel. *Educación en libertad y concierto escolar*. Madrid: Montecorvo, 1995.

Emilie, Gertrude. «Cicero and the Roman Pietas». *The Classical Journal*, vol. 39, n.º 9 (junio, 1944): 536-542.

Guilarte Martín-Calero, Cristina. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

Martínez López-Muñiz, J. L. «La familia en la Constitución española». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58 (2000): 11-43.

———. «Una crítica a la STC 198/2012 sobre el matrimonio en la Constitución Española». En *Acoso a la familia (Del individualismo a la ideología de género)*, editado por Tomás Prieto Álvarez, 45-90. Granada: Comares, 2016.

———. «Para evitar la degradación del Estado de Derecho». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 198 (2019): 9-44.

Pizarro Moreno, Eugenio. *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales.* Prólogo de Francisco Rivero Hernández. Madrid: Reus, 2020.

Rivero Hernández, Francisco. *El interés del menor*. 2.ª ed. Madrid: Dykinson, 2007.

Sanz Caballero, Susana, y M. del Mar Molina Navarro, dirs. *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*. Cizur Menor: Aranzadi (Thomson-Reuters), 2017.

EDUCATIONIS MOMENTUM

Vol. 8, n.° 1, pp. 31-56, ISSN (impr.): 2414-1364; (online): 2517-9853
https://doi.org/ 10.36901/em.v8i1.1496

Sociedad, derecho y educación: la necesidad de formación jurídica para el sostenimiento de la sociedad

Society, Law, and Education: The Need of Law Knowledge for Society's Sustainability

Enrique Briceño-Medina
Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú
ebriceno@ucsp.edu.pe
https://orcid.org/0000-0002-8232-728X

Recibido: 2022.04.26
Aprobado: 2022.09.20

Resumen

El presente trabajo trata sobre la relación entre *sociedad, derecho* y *educación,* relevando la indispensable necesidad de la formación jurídica en el sostenimiento y el desarrollo de la sociedad. Con este propósito, el trabajo parte por identificar la relación entre sociedad, derecho y educación, para luego analizar el papel que desempeñan el derecho y la educación en el entorno social. Por último, se esboza una sencilla propuesta de formación señalando algunos de los conceptos jurídicos básicos, refiriendo algunas de las instituciones jurídicas más importantes, para luego señalar las principales normas positivas que deben ser conocidas por los ciudadanos, todo en orden a garantizar la integración y el desarrollo de la sociedad.

Palabras clave: sociedad, derecho, educación, integración, comunidad, planes educativos, Estado

Abstract

This paper deals with the necessary relationship between law, society and education, pointing out the essential need for legal training for the maintenance and development of society. In this line, the work begins by identifying the relationship between society, law and education, to then analyze the role that law and education play in the social environment. Finally, a simple training proposal is outlined, pointing out some basic legal concepts, referring to some of the most important legal institutions, and then pointing out the main positive norms that must be known by citizens, all in order to guarantee integration and society development.

Keywords: society, law, education, integration, community, educational plans, State

Introducción

La *educación* y el *derecho* constituyen manifestaciones culturales esenciales para la marcha de la sociedad. Desde los primeros momentos de la humanidad, el interés por el derecho y la educación ha ocupado largos espacios de reflexión, primero como profundo *sentimiento* y luego como objeto de estudio. El derecho ha sido indispensable en los procesos de integración de las sociedades, definiendo las líneas básicas de comportamiento que garanticen el cumplimiento de los objetivos diseñados por la sociedad. Al mismo tiempo, la educación constituye una constante dentro de la dinámica de la sociedad de cara a desarrollar los procedimientos, políticas y estrategias orientados a transmitir los conocimientos que permitan la permanencia y el desarrollo de las sociedades. Derecho y educación comparten el objetivo de perfeccionar la vida del hombre —*y en consecuencia de la sociedad*—[1] erigiéndose como principios fundamentales para garantizar que las necesidades humanas de seguridad y de significación se vean satisfechas.

1. Sociedad, derecho y educación

Derecho y educación son fenómenos que, partiendo del ser humano individual, se dirigen a su dimensión en relación. La existencia del ser humano está marcada por la comunión con otras existencias, de este modo la experiencia *del otro* se convierte en experiencia de la propia existencia, que adquiere sentido en la existencia del semejante.

La experiencia de encuentro es un acto del sujeto por el que reconoce y se identifica con otros sujetos —*sus semejantes*—, a partir de orígenes y objetivos comunes, así la sociedad es la manifestación de la experiencia de encuentro del ser humano, que requiere en todo momento el compromiso de sus miembros. Para Imanol Zubero[2] la comunidad humana solo será posible en la medida en que se responda afirmativamente a la pregunta de Caín: ¿Soy

1 El derecho define los principios y reglas de conducta que deben cumplir los miembros de la sociedad y que son garantía de la coexistencia pacífica. La educación por su lado tiene la misión de recoger, conservar y transmitir las competencias, los valores y las herramientas necesarias que los miembros de la sociedad precisan para poder subsistir.

2 Imanol Zubero, «Problemas Del Mundo, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana», *Educar Para La Participación Ciudadana En La Enseñanza de Las Ciencias*

acaso el guardián de mi hermano?, es decir, en la medida en que ni siquiera nos formulemos tal pregunta, la idea de comunidad está asegurada. Para Gevaert, «el ser con y para los demás pertenece al núcleo de la existencia humana».[3] Es así que la relación con otros sujetos constituye y forma parte de la definición del hombre y, en consecuencia, un elemento central de la cultura. Moreira,[4] por su lado, afirma que la aproximación al concepto de sociedad mantiene un vínculo necesario con el concepto de cultura entendiendo con razón que solo el aporte de la cultura tornó a las agrupaciones neolíticas en sociedades evolucionadas. En esta dinámica cada ser humano —*cada persona*— que se identifica con una cultura, busca asociarse con sus pares —con semejantes— que compartan la misma visión de la realidad, los mismos valores y los mismos objetivos. Tomassini, en esa línea, sostiene que «lo central en la cultura son los valores que la inspiran».[5] Carmen Chávez señala que cuando los seres humanos identifican estas necesidades son capaces de asociarse y trazar metas que permitan «el diseño de todos aquellos medios que permitan en conjunto —en sociedad— alcanzar el ideal de vida buena».[6] Luego a partir de esa identidad, los seres humanos asociados

Sociales, Vol I, eds. Nicolás De-Alba-Fernández, Francisco F. García-Pérez y Antoni Santisteban Fernández (2012): 19-36.

3 Joseph Gevaert, *El problema del hombre: Introducción a la antropología filosófica,* 16.ª ed. (Salamanca: Ediciones Sígueme, 1976), 46.

4 Para María Elena Moreira la sociedad es: «Un conjunto de seres humanos, unidos moral, material espiritual y culturalmente para la satisfacción de comunes necesidades, recíprocos beneficios, aspiraciones semejantes y fines iguales». M. Moreira, «¿Qué es la sociedad?», *Biblioteca Virtual Universal* (2003): 1-35.

5 Señala Tomassini: «Lo central en la cultura son los valores que la inspiran. Estos son precisamente la fuente de los sentidos que organizan el mundo de la vida y motivan los comportamientos de las instituciones y personas». Luciano Tomassini, «El giro cultural de nuestro tiempo», en *Capital social y cultura: claves estratégicas para el desarrollo*, eds. Bernardo Kliksberg y Luciano Tomassini (2000), 59-100.

6 Para Carmen Chávez la visión del mundo que llamamos vida buena, supone: «1) satisfacer necesidades materiales elementales: comida, vivienda, vestido, 2) adquirir los conocimientos y habilidades mínimas que permitan el desarrollo y el despliegue personal, y 3) la satisfacción de la necesidad de trascendencia, ser esencialmente feliz cada ser humano individual que se reconoce parte de una cultura, se asocia con pares que comparten los mismos ideales y juntos trazan objetivos y desarrollan los medios para lograrlos». Carmen Chávez, «Proyecto de La Catalogación Del Diario Histórico "El Republicano" de La Universidad Católica San Pablo de La Ciudad de Arequipa» (VIII Encuentro Nacional de Catalogadores: Tratamiento y Organización

desarrollan mecanismos, herramientas y técnicas para resolver los problemas y desafíos que significa vivir en sociedad; así se articulan esfuerzos y se diseñan estructuras para *vencer* el medio que los rodea, se crean instituciones y se establecen lazos con la intención de alcanzar los objetivos que como sociedad se han propuesto.

Así es fácil advertir que la reflexión sobre las características, la relación y la vigencia e importancia del derecho y la educación en la sociedad son parte de una discusión actual y necesaria, dado que ambos se constituyen como valores fundamentales y configuran el binomio que refleja de forma precisa la cultura de una sociedad.

2. El papel del derecho

¿Cuál es el papel del derecho en la sociedad? Javier Hervada sostiene que el derecho «es un artículo de primera necesidad»,[7] en tanto responde a la necesidad humana de justicia. La justicia parte de una premisa que afirma que los bienes se encuentran atribuidos a los distintos sujetos y que este *reparto inicial* constituye el fundamento del derecho. Así la actividad jurídica consiste en la determinación de lo que *le toca a cada uno, de lo suyo,* de lo que ha sido repartido, lo que constituye *su derecho, es decir, lo justo*.[8]

Una observación sencilla revela que el derecho se encuentra presente en todos los espacios de la vida del hombre, de forma que cada relación interpersonal posee —*en potencia*— un componente jurídico. Las relaciones familiares, sentimentales, comerciales, de gestión y de administración de los bienes propios y del Estado, están plenos de normas jurídicas. El dato constitutivo de las sociedades es en esencia un *acto jurídico,* pues para que una sociedad se desarrolle y permanezca en el tiempo se requieren elementos mínimos de unidad de acción,

de la Información para Dinamizar los Servicios Técnicos, marzo 26, 2022), https://www.bn.gov.ar/resources/conferences/encuentroVIII/4jueves/4-chaveztexto.pdf.

7 J. Hervada, ¿Qué Es El Derecho? La Moderna Respuesta Del Realismo Jurídico. Una Introducción Al Derecho (ed. EUNSA, 2002), 37.

8 Al referirse al derecho natural, el profesor Hervada señala: «es todo derecho que tiene el hombre en virtud de su naturaleza —de su condición de persona— o sea, aquel conjunto de cosas suyas, de derechos, que el hombre tiene por sí mismo y no por concesión de los Parlamentos, de los Gobiernos o de la sociedad: su vida, su integridad física y moral, sus libertades naturales». Hervada, ¿Qué Es El Derecho?, 44.

cooperación e integración que garanticen la convivencia y el alcance de los objetivos de la sociedad.[9] Estos elementos mínimos, *estos principios de constitución* de la sociedad, se traducen en sistemas de reglas[10] que admitidas, interiorizadas y observadas por los ciudadanos generan los espacios para la convivencia de los ciudadanos y el desarrollo de la sociedad.

De este modo el conocimiento del derecho es una exigencia para el ciudadano; el artículo 43 de la Constitución Política del Perú[11] define a *el Perú* como un *Estado de Derecho*, artículo que da cuenta de la fundamental relevancia del derecho en la configuración de la nación peruana. En el mismo sentido, el ordenamiento jurídico peruano adopta como presunción *iure et de iure*[12] que *la ley es conocida por todos*,[13] presunción que también se plasma en lo dispuesto por el artículo 109 de la Constitución Política del Perú sobre la obligatoriedad del cumplimiento de la ley,[14] esto significa *que ninguna persona puede sustraerse del cumplimiento de la ley alegando ignorancia o*

9 Benito Castro de Cid, «Lección 2: Vida social y normas de conducta», en *Diecisiete lecciones de teoría del Derecho: Manual adaptado al sistema del Espacio Europeo de Enseñanza Superior* (2011), 45-55.

10 Las teorías del derecho más extendidas hablan de la existencia de sistemas normativos al interior de la sociedad. Benito Castro de Cid refiere a la moral, los usos sociales y el derecho, señalando que cuando las conductas impactan de forma importante en la sociedad son campo de regulación del derecho. Castro de Cid, «Lección 2: Vida social y normas de conducta», 45-55.

11 Constitución Política del Perú 1993. «Artículo 43.- Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno: La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes».

12 Modalidad o clase de presunción que no admite prueba en contrario. «Definición de Presunción Iuris et de Iure - Diccionario Panhispánico Del Español Jurídico - RAE» (17 de abril, 2022), https://dpej.rae.es/lema/presunción-iuris-et-de-iure.

13 La jurisprudencia de los entes jurisdiccionales peruanos ha sentado precedentes para la observación de este principio; véase el considerando 6 de la STC expediente N.º 06859-2008-PA/TC del Tribunal Constitucional. En el mismo sentido, el Tribunal de Contrataciones del Estado mediante Resolución 0013-2020-TCE-S3 considerando 18. También se puede revisar el considerando 35 de la Resolución 002-2014-OEFA/TFA–SET.

14 Constitución Política del Perú 1993. «Artículo 109.- Vigencia y obligatoriedad de la Ley: La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte».

desconocimiento;[15] obligación que sostiene nuestro argumento: Toda persona debe conocer el derecho.

El estudio y la práctica del derecho han sido objeto de la actividad humana desde las manifestaciones más tempranas de la sociedad. Este interés se ha traducido en lo que la academia ha denominado *sentimiento por lo jurídico*.[16] El suficiente conocimiento sobre el derecho permite que los ciudadanos disciernan y tomen conciencia del impacto y la función que cumple el derecho en su vida cotidiana y en la sociedad, optimizando la capacidad de asumir las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico y así puedan adaptar su conducta en orden a los objetivos que propone el Estado a través de las normas legales. El objetivo del derecho es identificar *lo que corresponde a cada quien, lo que le es debido en justicia a cada quien*,[17] luego la condición necesaria para que el derecho cumpla con las funciones que se le asigna pasa por conocer e identificar el contenido y el sentido de las normas jurídicas; sería de muy poca utilidad contar con un ordenamiento jurídico que nadie puede cumplir, porque nadie lo puede entender.[18]

15 Guillermo Cabanellas, al referirse a la ignorancia del derecho, señala:

> Constituyendo, en general, la ignorancia la falta de ciencia, de letras y noticias, ya sea general o particular, la del Derecho es tanto la falta total del conocimiento de las normas jurídicas que rigen un Estado determinado como el conocimiento falso o incompleto que tenemos de dichas normas. Ha sido establecida una presunción *juris et de jure* por la cual, una vez promulgadas las leyes, éstas se presumen conocidas por todos. Esta situación se basa en dos principios generalmente admitidos: a) a nadie le es permitido ignorar las leyes: *nemine jus igno-rarelicet;* b) se presume que todos las conocen, por lo cual, aunque alguno las ignore, le obligan como si no las ignorara; *nemojus ignorare censetur, ignorantia legis neminem ex-cust*. *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires: Heliasta, 1979), 217.

16 El amor por la justicia se traduce en la adhesión voluntaria y libre de cada individuo a someterse al imperio de la ley, no solo por temor a la sanción, sino por la confianza de que es la forma correcta de vivir. Narciso Martinez Moran, «Lección 1: El problema del concepto del Derecho», en *Diecisiete lecciones de teoría del Derecho* (2011), 35-48.

17 Dice el profesor Hervada: «Lo suyo, lo de cada uno, éste es el objeto del saber del jurista. A la cosa de cada uno —a lo suyo— le llamamos derecho, el derecho de cada cual; de donde determinar lo suyo, lo de cada uno, es determinar el derecho. El arte de lo suyo, de lo de cada uno, es el arte del derecho». Hervada, *¿Qué Es El Derecho?*, 34.

18 David Martínez Zorrilla, *Metodología Jurídica y Argumentación* (Barcelona, 2010).

En el ámbito individual, el derecho constituye la garantía para el desarrollo y afirmación de la *necesidad emocional de seguridad*.[19] Solo desde el conocimiento del derecho es posible ser consciente de la propia dignidad y de los derechos inherentes a esa dignidad. Así el derecho permite a los individuos evaluar la realidad y *predecir* los modos de comportamientos de los individuos en el marco de la sociedad, de cara a un desarrollo en libertad. En el ámbito relacional, la afirmación de derecho romano *Ubi societas ibi Ius*[20] evidencia la relación necesaria entre sociedad y derecho, asignándole a este último una serie de *funciones sociales* que sostienen la organización de la sociedad, estas funciones giran en torno a establecer mecanismos de control, a resolver conflictos, a limitar el poder y a promover el bienestar y la justicia de las relaciones entre los ciudadanos.[21]

3. El papel de la educación

La educación de los miembros de la comunidad ha sido una constante en los objetivos de los programas políticos de todas las sociedades, como *parte integral de la vida*.[22] La educación tiene como propósito ayudar al hombre a

19 Por *seguridad* nos referimos a la noción de estabilidad, de previsión, de ausencia de temor, de estar libre de peligro, esta es la definición que fluye de la raíz semántica *seguridad*, derivada de la raíz *seguro*, del latín *securus*, que remite a la idea de tranquilidad, sin cuidado; ver Henry Hare Carter y Joan Corominas, *Breve Diccionario Etimologico de la Lengua Castellana*, *Hispania*, vol. 45 (1962), https://doi.org/10.2307/337432. La seguridad corresponde a la idea de estabilidad que se percibe cuando se encuentra en dominio de competencias estratégicas, interpersonales e intrapersonales. La seguridad – *confianza* – permite que el ser humano individual se reconozca capaz de perfilar y desarrollar las competencias necesarias para enfrentar los desafíos de la realidad y de la vida; de esta forma se proyecta en el tiempo, trazando objetivos valiosos en relación consigo mismo y con la realidad que lo rodea; en esto el ser humano descubre el propósito de su existencia, un sentido de la vida. Esto es a lo que se le denomina realización, despliegue, significación. Solo el hombre que vive en seguridad es capaz de enfrentar su destino en busca de sentido, de encontrar su significado.

20 Aforismo romano que significa «Donde existe sociedad, existe el derecho».

21 A. M. M. del Cano, «Lección 3: Las Funciones Sociales Del Derecho», en *Diecisiete lecciones de teoría del Derecho* (2010).

22 Lorenzo Luzuriaga, *Historia de la educación y la pedagogía* (1971).

satisfacer su natural tendencia al conocimiento,[23] de esta forma toda sociedad que pretenda perdurar en el tiempo debe establecer los mecanismos para que *los valores de su cultura* se transmitan a través de las generaciones. Educación proviene del latín *educāre,* que refiere a los verbos *dirigir, encaminar, doctrinar*[24] y significa: «Desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios y ejemplos»[25]. Para Navarro: «La educación es el conjunto de conocimientos, órdenes y métodos por medio de los cuales se ayuda al individuo en el desarrollo y mejora de las facultades intelectuales, morales y físicas».[26]

El papel tradicional asignado a la educación ha sido el de dotar *a los miembros de la sociedad* de las competencias necesarias, además de informar de las reglas mínimas de convivencia, que permitan el desenvolvimiento y la interacción dentro de la comunidad.

Es absolutamente necesario que los miembros de una sociedad identifiquen y asuman como propios los principios y valores de su comunidad,[27] de esta forma la sociedad ideará las estrategias, mecanismos y herramientas para

23 Sobre la educación Víctor García Hoz sostiene: «Y como todas las cosas que constituyen la realidad son objeto potencial de su afán de conocimiento, esta tendencia a conocer es propiamente tendencia a conocer todo. Uno de los sentidos que la educación tiene es justamente la ayuda a cada hombre para satisfacer esa tendencia». Víctor García Hoz, «La formación de la persona: Puntos de referencia para su estudio», *Revista Española de Pedagogía* (1994): 211-229.

24 La referencia a la misma raíz *educāre* se encuentra en el *Diccionario Etimológico* (1987): 224 de Joan Corominas o en la referencia del diccionario etimológico de Monlau y Roca de 1856 (*Forgotten Books*, 2013): 255.

25 RAE, «Catálogo | Definición | Diccionario de La Lengua Española | RAE - ASALE» (14 de octubre, 2021), https://dle.rae.es/catálogo?m=form.

26 Ruben Edel Navarro, «El concepto de enseñanza aprendizaje», *Revista electrónica Red Científica. Ciencia, Tecnología y Pensamiento* (2004): 1-5.

27 Aristóteles, sobre la relación educación y política, señala:

Pues bien, si, como se ha dicho, el hombre que ha de ser bueno debe ser bien educado y adquirir los hábitos apropiados, de tal manera que pueda vivir en buenas ocupaciones, y no hacer ni voluntaria ni involuntariamente lo que es malo, esto será alcanzado por aquellos que viven de acuerdo con cierta inteligencia y orden recto y que tengan fuerza. Ahora bien, las órdenes del padre no tienen fuerza ni obligatoriedad, ni en general las de un simple hombre, a menos que sea rey o alguien semejante; en cambio, la ley tiene fuerza obligatoria, y es la expresión de cierta prudencia e inteligencia. Y mientras los hombres suelen odiar a los que se oponen a sus impulsos, aun

formar a sus miembros con el propósito de que sean los trasmisores de los fundamentos de su cultura.

4. Derecho y educación: una relación necesaria

La vida en sociedad solo puede superar el caos y la incertidumbre, en la medida en que disponga de un sistema de reglas de conducta que reflejen los principios y valores admitidos y vigentes en la sociedad a la que pertenecen, dentro de un espacio-tiempo determinado; de modo que garanticen que las situaciones cotidianas se desarrollarán de acuerdo a los cauces previamente establecidos.[28] Al mismo tiempo resulta absolutamente indispensable que estos sistemas de reglas sean informados y transmitidos a los miembros de la sociedad, desarrollando estrategias específicas e incorporando contenidos específicos sobre fundamentos básicos del derecho.

Las habilidades y competencias que involucran la vida en sociedad se han agrupado en materias con el nombre de *educación cívica* o *educación para la ciudadanía*. La educación cívica es entendida como educación para la *civis,* su objeto es la educación del ciudadano en orden a la sociedad.[29] Sobre este punto Valencia, Cañón y Molina señalan: «Así la ciudadanía se vincula, entonces, con el habitar; y los modos de habitar, comprender y apropiar el territorio son diversos, de acuerdo con la experiencia subjetiva y colectiva de los sujetos».[30] De acuerdo a Touriñan la formación ciudadana es, en buena cuenta, una educación en valores que tiene como propósito que los ciudadanos adquieran las competencias que les permitan desenvolverse en

cuando lo hagan rectamente, la ley, sin embargo, no es odiada al ordenar a hacer el bien. *Ética Nicomaquea*, X 9, 1180ª (1985): 15-20.

28 Castro de Cid, «Lección 2: Vida social y normas de conducta».

29 Para Ruth Elena Quiroz y Orlanda Jaramillo: «El objeto de estudio de la educación cívica es la condición y el comportamiento del individuo en la sociedad con patriotismo y cortesía; condición que está íntimamente relacionada con el Estado, la familia, las relaciones, el Derecho, el conjunto de valores mínimos, para el mantenimiento de unos principios básicos de convivencia». «Formación ciudadana y educación cívica: ¿cuestión de actualidad o de re-significación?», *Revista Interamericana de Bibliotecología-Universidad de Antioquia,* n.° 14 (2009), 123-138, 129.

30 Gloria Valencia, Lilia Cañón y Carlos Molina, «Educación cívica y civilidad: Una tensión más allá de los términos», *Pedagogía y Saberes* (2008), 81-90, 86.

la sociedad.[31] La educación para la ciudadanía —continúa Touriñan— tiene la responsabilidad de generar en cada persona la idea de conciencia del otro, asumiendo «el compromiso con los principales derechos y obligaciones que como ciudadanos y como miembros de la comunidad deben cumplirse en el marco legal territorializado»;[32] así la educación cívica es entendida entonces como la «adecuada formación del educando en vista de su función social cívica y nacional».[33]

La educación es reconocida como derecho fundamental de la humanidad y en esa forma se incorpora en los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo[34]. En el caso del Perú, la Constitución Política del Perú establece que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana,[35] para luego agregar que es misión de la educación promover el conocimiento

31 Para José Manuel Touriñan López: «la educación de la ciudadanía se identifica como la formación de ciudadanos competentes que participen responsablemente en la construcción de una sociedad democrática y justa, que esté a la altura de la dignidad humana». «Valores y convivencia ciudadana: una responsabilidad de formación compartida y derivada», *Bordón* 59, n.os 2-3 (2007), 261-311, 303.

32 Touriñán, «Valores y convivencia ciudadana», 290.

33 Jorge Arce Mas, «La educacion civica», *Revista de la Universidad Católica* 10, n.os 8-9 (1942), 442.

34 Un dato a considerar es que todos los instrumentos jurídicos internacionales reconocen a la educación como un derecho fundamental dentro de su articulado. Así el inciso 1 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos señala:

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

En la misma línea la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1978 (Artículo 42) o la Carta de la Organización de Estados Americanos (Capitulo VII, Artículos 30 a 52) reconocen a la educación como un elemento fundamental en el desarrollo de las personas y las naciones. Estas mismas disposiciones se replican en los ordenamientos legales de todos los países miembros, en coherencia con los pactos internacionales.

35 Constitución Política del Perú de 1993, edición oficial. «Artículo 13.- Educación y libertad de enseñanza: La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los

y el aprendizaje.[36] En la misma línea, la Ley General de Educación[37] define la educación como derecho fundamental y un proceso que contribuye a la formación integral de la persona.

La política nacional de educación en el Perú es gestionada por el Ministerio de Educación[38] y cuenta con el soporte de la Comisión de Educación del

padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo».

36 Constitución Política del Perú de 1993, edición oficial.

Artículo 14.- Educación para la vida y el trabajo. Los medios de comunicación social.

La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad.

Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país.

La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias.

La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa.

Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural.

37 Ley N.º 28044, Ley General de Educación.

Artículo 2.- Concepto de la educación.

La educación es un proceso de aprendizaje y enseñanza que se desarrolla a lo largo de toda la vida y que contribuye a la formación integral de las personas, al pleno desarrollo de sus potencialidades, a la creación de cultura, y al desarrollo de la familia y de la comunidad nacional, latinoamericana y mundial. Se desarrolla en instituciones educativas y en diferentes ámbitos de la sociedad.

Artículo 3.- La educación como derecho.

La educación es un derecho fundamental de la persona y de la sociedad. El Estado garantiza el ejercicio del derecho a una educación integral y de calidad para todos y la universalización de la educación básica.

La sociedad tiene la responsabilidad de contribuir a la educación y el derecho a participar en su desarrollo.

38 Sobre el Ministerio de Educación, Ley N.º 28044, Ley General de Educación. «Artículo 79.- Definición y finalidad: El Ministerio de Educación es el órgano del Gobierno Nacional que tiene por finalidad definir, dirigir y articular la política de educación, cultura, recreación y deporte, en concordancia con la política general del Estado». Las funciones del Ministerio de Educación constan en el artículo 80 del mismo cuerpo legal.

Congreso de la República,[39] además de organismos autónomos que contribuyen o regulan la gestión de las políticas educativas, tales como el Consejo Nacional de Educación[40] y la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria [SUNEDU],[41] todos encargados de velar por la calidad de la educación en el Perú.

4.1. El Currículo Nacional

En lo que respecta al Perú, los objetivos de la formación para la ciudadanía se encuentran definidos en el Currículo Nacional como *enfoque de derechos,*[42]

39 La Comisión de Educación, Juventud y Deporte es una comisión ordinaria del congreso de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 35 del Reglamento del Congreso. La propia comisión se define como:

> […] un órgano consultivo o de apoyo a los que se les encomienda la responsabilidad de preparar el sustento o argumentación del debate y votación de materias legislativas, fiscalizadoras u otras especiales relacionadas al sector Educación, sobre los que debe resolver el Pleno o la Comisión Permanente en el ámbito de la (i) educación básica, (ii) educación superior y técnico-productiva, (iii) deporte, actividad física y recreación, (iv) aseguramiento y calidad del servicio educativo en todas las etapas; y (v) la educación comunitaria. «Plan de Trabajo de La Comisión de Educación, Juventud y Deporte 2021-2022» (2021).

40 De acuerdo a la Ley N.º 28044, Ley General de Educación:

> Artículo 81.- Finalidad y funcionamiento.
>
> El Consejo Nacional de Educación es un órgano especializado, consultivo y autónomo del Ministerio de Educación. Maneja su presupuesto. Tiene como finalidad participar en la formulación, concertación, seguimiento y evaluación del Proyecto Educativo Nacional, las políticas y planes educativos de mediano y largo plazo y las políticas intersectoriales que contribuyen al desarrollo de la educación. Promueve acuerdos y compromisos a favor del desarrollo educativo del país a través del ejercicio participativo del Estado y la sociedad civil. Opina de oficio en asuntos concernientes al conjunto de la educación peruana. Está integrado por personalidades especializadas y representativas de la vida nacional, seleccionadas con criterios de pluralidad e interdisciplinariedad.

41 La Superintendencia Nacional de Educación Universitaria es creada por la Ley 30220 Ley Universitaria, es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Educación que tiene como principal responsabilidad asegurar la calidad de la educación universitaria, según los artículos 12 a 25 de la Ley. Su organización y funciones se encuentran regulados por el D.S. 012-2014-MINEDU del 31 de diciembre del 2014.

42 El Currículo Nacional peruano incorpora una serie de *enfoques transversales,* entre ellos el enfoque de derechos, que incorpora valores de conciencia de derechos, libertad, responsabilidad, diálogo y concertación. Ministerio de Educación, «Currí-

enfoque que se repite en los currículos correspondientes a nivel inicial, primaria y secundaria.

Para el currículo nacional de educación básica, educar significa «acompañar a una persona en el proceso de generar estructuras propias internas, cognitivas y socioemocionales, para que logre el máximo de sus potencialidades»;[43] en la misma línea este documento incorpora dentro del perfil de egreso de los estudiantes peruanos el *reconocimiento de sus derechos y responsabilidades,* además *de la comprensión de los procesos históricos y sociales del país y del mundo*.[44] De acuerdo a este documento los peruanos aspiran a una educación que *forme ciudadanos conscientes de sus derechos,* aspiración que, como refiere el mismo documento, se incluye en los objetivos estratégicos del plan curricular.

4.2. El Proyecto Educativo Nacional al 2036

En la misma línea, el Proyecto Educativo Nacional al 2036 elaborado por el Consejo Nacional de Educación considera esencial la formación en ciudadanía de cara a construir una nación próspera y civilizada.

El Proyecto Educativo Nacional al 2036 incluye entre sus propósitos el de *vida ciudadana,* señalando textualmente:

> La educación peruana contribuye a que las personas convivamos de manera libre y justa en un Estado de derecho, con sólidas instituciones que garanticen el respeto a la dignidad humana, la igualdad ante la ley y la seguridad, cumpliendo nuestras obligaciones y ejerciendo

culo Nacional de La Educación Básica», *Libro Currículo Nacional de La Educación Basica* (2016): 224, http://www.minedu.gob.pe/curriculo/pdf/curriculo-nacional-de-la-educacion-basica.pdf.

43 Ministerio de Educación.

44 El Plan Curricular de Educación Básica del Perú señala como sus dos primeros puntos del perfil de egreso:

El estudiante se reconoce como persona valiosa y se identifica con su cultura en diferentes contextos.

El estudiante propicia la vida en democracia a partir del reconocimiento de sus derechos y deberes y de la comprensión de los procesos históricos y sociales de nuestro país y del mundo.

> nuestros derechos individuales y colectivos en una comunidad donde prime la confianza.[45]

El mismo documento refiere que la formación ciudadana se traduce en «asegurar que cada quien se posicione en su comunidad con un sentido de responsabilidad personal, un ánimo participatorio y con un sentido de justicia».[46]

4.3. La relación necesaria entre educación y derecho

Lo aquí expuesto evidencia la relación necesaria entre derecho y educación, el conocimiento de la forma en la que el derecho repercute en las relaciones sociales está claramente establecido en los objetivos de las políticas y planes de educación nacional. No constituye un simple agregado de conocimientos informe, sino la necesidad de ser consciente del papel que se juega como parte de la sociedad. Una condición *sine qua non* para que el derecho sea cumplido es que pueda ser conocido por aquellos a los que se dirige. Sin el conocimiento claro y suficiente de lo que disponen las normas, el derecho pierde efectividad y la vida social se torna cuesta arriba.

5. El conocimiento básico sobre el derecho: una propuesta

De acuerdo a los razonamientos anteriores, ¿cuáles son los temas que deberían ser conocidos mínimamente por los ciudadanos? La respuesta es compleja ya que resulta difícil hacer una selección, pues todas las áreas del derecho revisten una importancia particular.

Con esto en mente, en las líneas siguientes se pretende desarrollar los que, a juicio de este trabajo, son los conocimientos básicos con los que se deben contar para el cumplimiento de los fines del derecho.

La propuesta que aquí se presenta recorre algunos de los conceptos fundamentales en el marco del conocimiento jurídico para luego presentar algunas

45 Consejo Nacional de Educación, «Proyecto Educativo Nacional PEN 2036. El Reto de la Ciudadanía Plena», *Repositorio del Ministerio de Educación* (2020), https://repositorio.minedu.gob.pe/handle/20.500.12799/6910.

46 Consejo Nacional de Educación.

instituciones jurídicas importantes y su relación con los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales.

La idea de justicia

La justicia es el elemento central de la formación jurídica; el individuo que no posea una idea clara de justicia, difícilmente podrá cumplir con las disposiciones jurídicas y definitivamente le resultará costoso su integración en la sociedad.

En el pensamiento clásico,[47] Sócrates afirmará que la justicia representa *el conocimiento* mientras que la injusticia *es ignorancia*.[48] Platón, por su parte, sostiene que la justicia es una virtud total, que representa la perfección del alma.[49] Aristóteles, en concordancia con su maestro, afirma que la justicia es una virtud completa en tanto se proyecta a los demás. En la tradición católica, *la justicia* es una de las virtudes cardinales y consiste en el firme propósito de dar a cada quien lo que le corresponde.[50]

47 Puede consultarse el trabajo de Giuseppe Graneris sobre el concepto de justicia en Sócrates, Platón y Aristóteles. Giuseppe Graneris, «El Concepto de Justicia En Sócrates, Platón y Aristóteles», *Revista de Derecho Público* 17 (1975): 11-23.

48 En el diálogo de Platón con un amigo:

Sócrates. Ahora bien, el justo es justo a causa de la ciencia.

El amigo. Sí.

Sócrates. Luego el injusto es injusto a causa de la ignorancia.

El amigo. Es cierto.

Sócrates. Por la misma razón, producir la justicia es establecer entre las partes del alma la subordinación, que la naturaleza ha querido que haya; y producir la injusticia es dar a una parte sobre las otras un imperio, que es contra la naturaleza («La República o de Lo Justo», en *Obras Completas*, ed. Patricio de Azcárate, 1872).

49 En el diálogo con Polemarco, Sócrates (ibid.) refiere: «Dime, pues, Polemarco, puesto que ocupas el lugar de tu padre, lo que dice Simónides de la justicia y dime también en qué compartes su opinión. Dice que el atributo propio de la justicia es dar a cada uno lo que se le debe, y en esto encuentro que tiene razón».

50 Catecismo de la Iglesia Católica. «1807: La justicia es la virtud moral que consiste en la constante y firme voluntad de dar a Dios y al prójimo lo que les es debido. La justicia para con Dios es llamada "la virtud de la religión". Para con los hombres, la justicia dispone a respetar los derechos de cada uno y a establecer en las relaciones humanas la armonía que promueve la equidad respecto a las personas y al bien común».

Desde el punto de vista jurídico, la justicia se presenta como el objeto de estudio del derecho. El derecho es el arte de lo justo y de las relaciones de justicia que se generan a partir del conocimiento y la aplicación del derecho. En el escenario del mundo romano, la definición de justicia que aparece en el Digesto pertenece a Ulpiano: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*,[51] idea de justicia que se encuentra en directa relación con el concepto de persona.

En la reflexión jurídica contemporánea, para Javier Hervada la justicia es darle a cada quien lo que le toca, es decir su derecho.[52] Hart equipara la idea de justica con una definición de igualdad.[53] Robert Alexy identifica la idea de justicia con la idea de corrección, así lo justo es lo correcto y el concepto de justicia equivale al concepto de verdad, «Quien afirma que algo es ajusto afirma siempre y de algún modo al mismo tiempo que es correcto»,[54] luego la justicia es relación de equilibrio en tanto se refiere a *la justa medida*. Para Rawls[55] una sociedad será ordenada cuando además de ser organizada se encuentra eficazmente regulada por una concepción pública de justicia.

5.1. Norma jurídica y ordenamiento jurídico.

Las normas jurídicas reflejan los valores y los intereses de la comunidad en la que sirven. El funcionamiento de cualquier proyecto social requiere

51 Dice Ulpiano: «La Justicia es una voluntad firme y perpetua de dar a cada uno lo que le pertenece». (Ulpiano, Libro I, Título 1, 10). Luego afirma: «Los principios del derecho son estos, vivir como se debe, no hacer daño a otro, y dar a cada uno lo que es suyo». Justiniano, *El Digesto* (Madrid: Imprenta de Ramón Vicente, 1872).

52 Hervada, ¿Qué Es El Derecho?

53 Al momento de definir la idea de justicia, Herbert L. A. Hart señala: «Por ello es que la justicia es tradicionalmente concebida como que mantiene o restablece un equilibrio o proporción, y su precepto principal se formula con frecuencia diciendo: "tratar los casos semejantes de la misma manera"; aunque es necesario añadir "y tratar los casos diferentes de diferente manera"». *El Concepto de Derecho* (Abeledo Perrot, 1963), 198.

54 Robert Alexy, «Justicia como corrección», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26 (2003): 161, https://doi.org/10.14198/doxa2003.26.09.

55 Jhon Rawls sostiene: «Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas». «Teoría de La Justicia», *Estudios Políticos*, (2006): 17.

la existencia de reglas mínimas que sirvan para orientar las conductas de los miembros de la sociedad, de esta forma la norma jurídica corresponde a un mandato, a una orden que debe ser necesariamente observada por los miembros de la comunidad.[56] El derecho, a través de las normas jurídicas, describe las conductas que se juzgan necesarias para la vida en comunidad y con ese propósito pretende regular el comportamiento de las personas en todos los espacios posibles de interacción, en orden a la realización del proyecto social.

Las normas jurídicas corresponden al concepto de derecho en sentido objetivo, es la forma en la que el derecho se manifiesta de manera concreta y puede ser conocido por las personas. Desde el punto de vista técnico, la estructura de una norma jurídica se puede plantear como un silogismo, propiamente un silogismo jurídico, en el que se pueden observar tres elementos claramente definidos: a) un supuesto de hecho, b) una consecuencia de derecho y c) un vínculo lógico entre ambos elementos.[57] Considerando lo anterior, el ordenamiento jurídico se puede definir como el conjunto de normas jurídicas vigentes en un espacio-tiempo determinado, que se presume posee propiedades de coherencia, plenitud e independencia.[58]

56 M. Rubio, *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho* (2014).

57 En la reflexión sobre la estructura del ordenamiento jurídico se define: *Respecto al supuesto de hecho* - corresponde a la descripción del hecho de la realidad considerado importante y que en consecuencia debe ser materia de regulación; cuando la situación descrita en el supuesto de hecho se produce, desencadena la solución prevista por el derecho. *Respecto a la consecuencia* - es la respuesta prevista en el caso que se produzca la situación descrita en la premisa fáctica, cuando se verifica la realización del supuesto descrito en la premisa fáctica, se debe desatar la consecuencia establecida en orden a mantener la conducta dentro de los cauces definidos. El vínculo lógico entre los dos elementos —nexo— se ordena a la idea del deber ser axiológico, que se encuentra presente en cada norma jurídica. M. Rubio, *El Sistema Jurídico* (2014).

58 Por coherencia se entiende que las normas de un ordenamiento jurídico deben ser coherentes entre sí, en consecuencia, las normas no pueden ser contradictorias. Por plenitud se entiende que el ordenamiento jurídico debe resolver cualquier situación que se le presente, el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú señala que *no se puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley*, norma que concuerda con el artículo. Por independencia se establece que las normas jurídicas no deben ser redundantes. Castro de Cid, «Lección 8: La concepción sistemática del derecho: el ordenamiento jurídico», en *Diecisiete lecciones* (2010).

Dos cosas más que se deben decir sobre las normas jurídicas y el ordenamiento jurídico. La primera: es el Estado el que posee el monopolio sobre las normas jurídicas que se aplican en la sociedad, produciéndolas a través de sus distintos órganos o reconociendo a las normas de carácter convencional presentes en los contratos. La segunda: el ordenamiento jurídico peruano se encuentra compuesto por diferentes tipos de normas legales, normas que no son iguales ni obligan de la misma forma, además de mantener entre sí una relación de jerarquía y de dependencia recíproca. La clasificación más extendida respecto a las normas jurídicas establece el criterio que aparece en el siguiente esquema:

Figura 1. Cuadro de jerarquía de normas en el ordenamiento jurídico peruano.

De esta forma la Constitución Política del Perú se erige como la norma jurídica más importante, dado que contiene los lineamientos de la política nacional de modo que todas las demás normas se encuentren en sintonía con la Constitución.[59] En la escala inmediata inferior aparecen las normas con rango de ley, que corresponden a la dinámica normativa propia de la actividad del estado. Por último, las normas con rango de reglamento se presentan como normas de carácter técnico con la misión de instrumentalizar y precisar los alcances de cada ley.

5.2. Instituciones jurídicas principales

5.2.1. Persona y derecho

Para el derecho moderno *el tema central es la persona*.[60] El derecho está construido en orden al ser humano, es por ello que la reflexión sobre la naturaleza de la persona, sus características y su tratamiento dentro del ordenamiento jurídico constituyen el objetivo central del quehacer jurídico. La definición clásica de Boecio define a *la persona* como *sustancia individual de naturaleza*

59 El ordenamiento jurídico establece que cualquier dispositivo que contravenga lo establecido en la Constitución Política del Perú, será derogado y en consecuencia deja de pertenecer al ordenamiento jurídico. Véase Art. 200 de la Constitución Política del Perú de 1993.

60 Carlos Fernández Sessarego, «¿Qué es ser «persona» para el derecho?», (1962): 289-333.

racional.[61] La doctrina jurídica clásica define a la persona *como todo ente capaz de ser sujeto de derechos y de deberes*, concepto que en última instancia remite siempre al ser humano.[62] El ser humano se encuentra en relación con el derecho desde el instante mismo de su concepción, hasta el momento de la muerte; todas las actividades de la vida cotidiana se enmarcan en un vínculo constante con la ciencia del derecho[63] y en esa medida todo le es debido.

En el ordenamiento positivo los derechos fundamentales de las personas se encuentran protegidos en el ámbito internacional por tratados internacionales de derechos humanos[64] y que son de observancia obligatoria para los países que los suscriben. En el espacio nacional, los derechos fundamentales están contenidos en la parte dogmática de la Constitución Política del Perú, estas normas señalan los derechos fundamentales de las personas y constituyen el referente de observancia obligatoria para todos los asuntos que involucren al ser humano.[65] En el código civil se establecen las normas que regulan las relaciones de la persona en el ámbito privado, en particular el Libro I referido a los Derechos de las Personas,[66] donde se tratan los aspectos referidos a la definición de sujeto de derecho, el concepto de capacidad jurídica, el carácter irrenunciable de los derechos fundamentales, derecho al nombre, imagen

61 «Persona est *rationalis naturae individua substantia*». Es la definición de Boecio contenida en *Liber de persona et duabus naturis*: ML, LXIV (1343). De acuerdo al trabajo de Gabriel Martí Andrés la definición de Boecio refiere a un supuesto que, en cuanto que tal, es algo completo, un todo unitario cuyos aspectos fundamentales son la individualidad y la subsistencia. «Sustancia Individual de Naturaleza Racional: El Principio Personificador y La Índole Del Alma Separada», *Metafísica y Persona*, n.º 1 (2017): 113-29, https://doi.org/10.24310/metyper.2009.v0i1.2849.

62 «Podemos sintéticamente concluir pues, que es persona para el derecho el sujeto de derecho, titular de derechos, deberes y obligaciones. Este concepto jurídico está contenido en el concepto ontológico de persona del cual resulta como un corolario». Rafael Santa María D'Angelo, «El Principio de La Dignidad de La Persona Humana y La Aparición de Nuevos Derechos», *en El Ordenamiento Jurídico Peruano Contemporáneo* (Lima: Palestra, 2012): 92.

63 Martinez Moran, «Lección 1: El Problema Del Concepto Del Derecho».

64 Los principales tratados internacionales están referidos en el numeral 4.4.1 del presente trabajo.

65 Véase Constitución Política del Perú de 1993, Título I De La Persona y de La Sociedad (arts. 1-42).

66 Los derechos de las personas en el Código Civil de 1984 se encuentran en el Título I (arts. 1-139).

e intimidad personal y hasta la muerte. Respecto a la actuación criminal, el Código Penal Peruano establece las conductas calificadas como delitos o faltas que son reprochadas por la sociedad; en relación con la persona, el código penal refiere en los cinco primeros títulos del Libro II, los delitos que atentan contra la persona, sea a nivel físico, moral o económico. [67]

1.1.2.Derecho y familia

La familia a través de la historia es reconocida como célula fundamental de la organización social; «la misma que ha dado fundamento a todas las demás instituciones creadas por el hombre».[68] La familia es el «sistema de convivencia social de los seres humanos que permite obtener la mayoría de las ventajas de la vida en sociedad»[69] y es el espacio privilegiado para la transmisión de los valores cívicos a los futuros ciudadanos.[70]

Todos los seres humanos han visto la luz en el seno de una familia. Los nuevos miembros de la sociedad —nacen, crecen y se educan o deberían hacerlo— en la institución nuclear que denominamos familia; la familia será el espacio por excelencia donde todo ser humano adquiere los hábitos y competencias que le permiten la vida en sociedad, donde se nutre y aprehende sobre la cultura y las normas que sostienen a la sociedad en la que se desarrolla.

La protección de la familia se encuentra a lo largo del ordenamiento jurídico, así la Constitución Política del Perú regula en el artículo 4 la protección a

67 En el Código Penal Peruano de 1991. Los cinco primeros títulos corresponden a: TÍTULO I: Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (arts. 106-129); TÍTULO I-A: Delitos contra la dignidad humana (arts. 129A-129P); TÍTULO II: Delitos contra el honor (arts. 130-138); TÍTULO III: Delitos contra la familia (arts. 139-150); TÍTULO IV: Delitos contra la libertad (arts. 151-184); TÍTULO V: Delitos contra el patrimonio (arts. 185-208).

68 Roswitha Hipp, «Orígenes del matrimonio y de la familia modernos», *Revista Austral de Ciencias Sociales*, n.º 11 (2006): 59-78, https://doi.org/10.4206/rev.austral.cienc.soc.2006.n11-04.

69 JEM Pabón, «Derecho civil, derecho de familia», (2010): 35.

70 Iván Darío Moreno-Acero, Pámela Leyva-Townsend y Ciro Parra-Moreno, «La Familia, primer ámbito de educación cívica», *Civilizar* 19, n.º 37 (2019): 43-54, https://doi.org/10.22518/usergioa/jour/ccsh/2019.2/a06.

la familia y el matrimonio[71]. En el mismo sentido, el Código Civil contiene un libro con normas referidas a la familia[72]. En el aspecto penal, el Código Penal registra la protección a la familia en la parte especial Título III: Delitos contra la familia.[73]

Con esto resulta evidente que la importancia de la familia para la sociedad, es la justificación de la protección de la que es objeto la institución familiar en todos los ordenamientos legales de las sociedades;[74] en consecuencia, resulta indispensable que los miembros de la comunidad conozcan de cerca la institución familiar y su protección jurídica.

5.3. Principales normas jurídicas

No es sencillo seleccionar las normas más importantes, considerando que la pretensión del derecho es regular todos los aspectos de la vida humana; sin embargo, en las líneas siguientes se refieren algunas de las normas con particular importancia en el ordenamiento jurídico peruano.

5.3.1. El Derecho Internacional Público sobre derechos humanos

El Derecho Internacional Público sobre derechos humanos está compuesto por todas las normas jurídicas de alcance supranacional que versan sobre los derechos fundamentales de las personas, estos provienen de los acuerdos adoptados por los países de manera multilateral o bilateral. La lista siguiente

71 Constitución Política del Perú. «Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio: La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad».

72 Véase en el Código Civil Peruano, Libro III: Derecho de Familia (arts. 233-659).

73 Véase en el Código Penal Peruano, Título III: Delitos Contra la Familia (arts. 139-150). Capítulo I: Matrimonios ilegales (arts. 139-142). Capítulo II: Delitos contra el estado civil (arts. 143-146). Capítulo III: Atentados contra la patria potestad (arts. 147-148). Capítulo IV: Omisión de asistencia familiar (arts. 149-150).

74 Juan Manuel y Burgos Velasco, «*¿Es la Familia una Institución Natural?*», *Cuad. Bioét.* XVI (2005).

refiere a las normas jurídicas internacionales de derecho público más relevantes en el espacio americano.[75]

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Pacto Interamericano de Derechos Humanos.

5.3.2. La Constitución Política del Perú

La Constitución Política del Perú fue aprobada por el Congreso Constituyente Democrático en el año de 1993. Las normas de orden constitucional resultan ser las más importantes y constituyen fuente de observancia obligatoria para el diseño de nuevas normas jurídicas y la administración de justicia. La importancia de la Constitución en el ordenamiento jurídico determina que cualquier dispositivo de menor jerarquía que atente contra estas normas será derogado por inconstitucional. En el mismo sentido, un juez se debe negar a aplicar cualquier norma que a su juicio afecte alguno de los derechos consagrados en la Constitución. La Constitución está compuesta de seis títulos, divididos en catorce capítulos con 206 artículos y 16 disposiciones finales y transitorias a las que se agregan tres disposiciones finales, la parte dogmática de la Constitución donde se señalan los derechos fundamentales corresponde a los cuatro primeros capítulos contenidos en el primer título. Los siguientes títulos refieren a la organización del Estado, a las garantías constitucionales y a la reforma de la Constitución. El ordenamiento jurídico ha establecido mecanismos para cautelar la irrestricta aplicación de estos

75 Los dispositivos se encuentran en la página web de las Naciones Unidas, disponible en https://www.un.org/es/our-work/protect-human-rights.

derechos y las excepciones que se puedan presentar en su aplicación en orden al interés de la nación.[76]

5.3.3. El Código Civil

El Código Civil peruano constituye el referente principal en el ámbito del derecho privado, fue aprobado en el año 1984 mediante D.L. 295 del 24 de julio de 1984, fecha desde la que ha experimentado varias modificaciones e inclusiones, de modo que pueda responder a las demandas de justicia de la sociedad. El Código Civil está compuesto de un t*ítulo* preliminar, diez libros y un t*ítulo* final, con un total de 2,122 artículos.[77] En el Código Civil se tratan los aspectos relacionados con la persona, el matrimonio, la familia, las sucesiones, los derechos de propiedad, contratos, responsabilidad civil, acto jurídico, sobre la prescripción y la caducidad de los derechos y sobre el derecho internacional privado.

5.3.4. El Código Penal

El Código Penal peruano fue aprobado por D.L. 635 del 3 de abril de 1991; se enmarca dentro de las normas de derecho público y contiene la descripción de las conductas que se califican como delitos o faltas El Código Penal también ha experimentado varias modificaciones, en sintonía con las demandas de la realidad social. Está compuesto de un título preliminar, tres libros, capítulos y disposiciones finales, con un total de 452 artículos; cuenta con una primera parte con normas relacionadas con aspectos generales del derecho penal y una segunda parte especial con la descripción específica de las conductas calificadas como delito o falta, así encontramos *delitos contra la vida el cuerpo y la salud, delitos contra el patrimonio, delitos contra la libertad y otros*.[78] Considerando que la comisión de un delito constituye una ofensa contra el orden público, el titular de la acción penal es el Ministerio Público en representación de la sociedad.

76 Véase el artículo 200 de la Constitución Política del Perú de 1993.

77 Véase el artículo 1 del Código Civil peruano de 1984.

78 Puede revisarse el índice del Código Penal peruano de 1991, donde constan los distintos tipos de conductas calificadas como faltas o delitos.

5.3.5. El Código de los Niños y Adolescentes

El Código de los Niños y Adolescentes fue aprobado por la Ley 27337 del 7 de agosto del año 2000. Está compuesto de un t*ítulo* preliminar, cuatro libros y 242 artículos que contienen las normas que regulan el tratamiento del derecho en relación a los niños y los adolescentes.

6. Conclusiones

De lo dicho hasta aquí se pueden extraer varias conclusiones:

1. Derecho y educación se manifiestan en una relación necesaria, en tanto ambos son pilares fundamentales para el desarrollo de los individuos y las sociedades. Promover la enseñanza del derecho supone además la exigencia de que el Estado diseñe los programas educativos, señalando las entidades responsables y determine los planes de acción necesarios para incorporar, sistematizar y trasmitir la formación sobre los aspectos jurídicos básicos a todos los campos de la sociedad.

2. El derecho se manifiesta en la alteridad, en la interacción de los sujetos, en los otros a los que puedo oponer mi derecho y desde luego respetar los suyos, es por eso que resulta fundamental lograr que los actores de la sociedad posean una conciencia clara respecto a sus derechos y obligaciones, además de conocer los mecanismos para hacerlos efectivos. Solo a partir del conocimiento adecuado de las reglas que orientan a la sociedad y que encarnan los valores humanos —individual o colectivamente— el hombre es capaz de proyectarse en la realidad, diseñando y proyectando un ideal de vida, un estándar de lo que debe ser, de lo correcto, de la forma en la que espera vivir.

3. En el marco individual, los individuos deben tener un conocimiento suficiente sobre las normas jurídicas, y la capacidad de aprehender y asumir estos principios siempre ha sido el mecanismo adecuado para educar y transferir el conocimiento que la sociedad propone. Solo a través de reglas de juego claras y justas es posible garantizar la permanencia de la sociedad.

4. El Estado a través del Ministerio de Educación y los demás organismos vinculados a la educación, deben promover la enseñanza de los fundamentos básicos del derecho como criterio transversal en todos los planes de educación básica. Las universidades, las escuelas de educación superior y los institutos de educación superior deben incorporar cursos orientados a la formación ciudadana y, de manera específica, cursos de introducción al estudio del derecho, de manera que los estudiantes dispongan de las competencias necesarias para la interacción social.

5. Los organismos del Estado deben ofrecer talleres o cursos gratuitos de conocimiento de fundamentos del derecho dirigidos a toda la población, de modo que se promueva el conocimiento del derecho en todos los espacios de la sociedad.

EDUCATIONIS MOMENTUM

Vol. 8, n.° 1, pp. 57-95, ISSN (impr.): 2414-1364; (online): 2517-9853
https://doi.org/ 10.36901/em.v8i1.1499

Aproximación a las libertades educativas desde los principios del Derecho eclesiástico peruano

Academic Freedoms in the Peruvian Ecclesiastical Law

Susana Mosquera
Universidad de Piura, Piura, Perú
susana.mosquera@udep.edu.pe
https://orcid.org/0000-0003-0214-0384

Recibido: 2022.05.29
Aprobado: 2022.10.10

Resumen

Partiendo de la esencial naturaleza de derecho y deber que tiene la educación, y tomando en cuenta la influencia que el modelo jurídico-político de relaciones Iglesia-Estado tiene en la materia, este trabajo trata de ofrecer elementos que permitan resolver, en base a los principios del Derecho eclesiástico, los problemas que surgen de la convivencia de un marco regulatorio de derecho público en materia educativa que converge con la necesaria garantía de las libertades individuales.

Palabras clave: derecho a la educación, libertad de enseñanza, libertad religiosa, igualdad, independencia y autonomía, colaboración Iglesia-Estado

Abstract

Starting from the essential nature of right and duty that education has, and taking into account the influence that the legal-political model of Church-State relations has on the matter, this work tries to offer elements that allow solving, based on the principles of ecclesiastical law, the problems that arise from the coexistence of a regulatory framework of public law in educational matters that converges with the necessary guarantee of individual freedoms.

Keywords: right to education, academic freedom, religious freedom, equity, independence and autonomy, Church-State relations

Sumario

I. Planteamiento del problema. II. Perspectiva histórica para entender la situación actual. III. Marco normativo que regula las libertades educativas. 3.1. Influencia de los tratados: reglas convencionales básicas. 3.2. Desarrollo normativo interno. IV. Los principios del Derecho eclesiástico como herramientas complementarias para una adecuada aplicación interna de las garantías internacionales que protegen las libertades en materia educativa. V. Reflexiones finales.

I. **Planteamiento del problema**

El sector educativo es uno de excepcional importancia para todo país, ya que en ese terreno descansa el proceso de formación para la vida en común de los jóvenes ciudadanos. En su proceso histórico de evolución, la educación ha estado originalmente vinculada a la familia, a la comunidad, a las instituciones religiosas, hasta que en una fase posterior es el Estado que asume la tarea educativa como propia. En ese camino, la secularización de la sociedad determinó la desvinculación entre educación y sector religioso, pero no hizo desaparecer esa dimensión religiosa de la persona. En la actualidad, la diversidad religiosa, producto de los movimientos migratorios y convivencia plural, hace necesario contar con adecuadas herramientas para la gestión de los problemas y tensiones que puedan surgir. La regulación jurídica, no siempre clara y suficiente, se aplica dentro de un modelo político sometido a condicionantes ideológicos que asumen diferentes posiciones en su relación con el fenómeno religioso, de ahí la importancia de ofrecer argumentos que ordenen el escenario normativo, y herramientas que ayuden a la interpretación para una efectiva protección de las libertades religiosas en el ámbito educativo.

Como es sabido, la libertad religiosa faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus convicciones religiosas. Esto incluye la libertad individual para elegir una opción religiosa en el ámbito educativo, y el derecho de la confesión para organizarse y fundar centros propios. En ese terreno, la polémica va mucho más allá de la simple cuestión de si debe existir o no un curso de religión en la escuela pública, dado que en este entorno educativo conviven dos aspectos que inevitablemente generan tensiones: un marco de enseñanza regulado por el Estado y unas garantías convencionales que protegen las libertades privadas.[1]

Esta situación hace evidente que estamos ante una materia que requiere no solo de una adecuada regulación, sino que debe completarse con herramientas de interpretación que ayuden a resolver la diversidad de escenarios

1 Libertad de enseñanza, derecho a la educación, derecho de los padres a elegir la educación para sus hijos, libertad de pensamiento, conciencia y religión, derecho a la identidad cultural, derechos de las minorías, por mencionar algunas. Antonio Embid Irujo, «El Tribunal Constitucional y la defensa de las libertades públicas en el ámbito privado», *Revista Española de Derecho Administrativo* 25 (1980): 19-206.

fácticos[2] que puedan presentarse. Esa necesidad de adaptabilidad de la respuesta es la que nos permite postular la utilización de los principios del Derecho eclesiástico peruano como mecanismo de gestión para analizar las tensiones inevitables que tiene la libertad religiosa en el ámbito educativo. La naturaleza transversal de esta disciplina jurídica, unido a la naturaleza matriz del derecho de libertad religiosa ofrecen una gran versatilidad para entender los problemas y aportar soluciones.[3]

Para entender lo que a continuación se va a exponer resulta esencial partir de la doble naturaleza de la educación, su doble dimensión: como derecho y como deber. Como derecho protege tanto al alumno como a los padres, al ser estos los que en gran parte del proceso formativo asumen la responsabilidad de elección de centro y orientación docente para sus hijos.[4] Como deber, se presenta como una tarea social, una responsabilidad del Estado que debe garantizar que la educación alcance a toda la población, con las condiciones de libertad en el sistema y libertad dentro del sistema. Pero como tarea social la educación compete también a los demás mediadores, a la sociedad civil, a la familia como institución, al gobierno, a los medios de comunicación, entre otros.[5] Pero no cabe duda que, en ese listado, es la familia y directamente los

2 Considerando sobre todo la riqueza y variedad que presentan las manifestaciones del ejercicio del derecho de libertad religiosa.

3 Milagros Revilla Izquierdo, *Derecho eclesiástico del Estado peruano* (Fondo Editorial de la PUCP, 2017).

4 María Elena Olmos Ortega, «El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral de sus hijos», *La enseñanza de la religión en la escuela pública,* ed. Isabel Cano Ruiz (Granada: Comares, 2013): 19-41.

5 Para enfocar ese análisis corresponde realizar una precisión terminológica inicial que permita distinguir los términos *enseñanza* y *educación*. Así, atendiendo a un criterio material de diferenciación, la expresión *educación* se reserva para la transmisión de mensaje con alto componente subjetivo, reservando el término *enseñanza* para la transmisión de conocimientos técnicos o verdades científicas, con poco espacio para la valoración subjetiva. En segundo lugar, en atención al criterio formal de diferenciación, en función de las actividades de los sujetos, la educación quedaría referida al «estudiante como receptor de los mensajes docentes» y la enseñanza «con la actividad del sujeto transmisor de los mensajes, es decir, tanto de los titulares (fundadores o dueños) de los centros docentes privados, como de sus respectivos profesores, de quienes se afirma que ejercitan la *libertad de enseñanza*». Luis Fernando Castillo Córdova, *El principio de libertad en el sistema educativo* (Lima: Universidad de Piura y Ara Editores, 2004), 10-11.

progenitores o tutores quienes asumen de forma más inmediata ese derecho.[6] De ese modo, «el derecho a la educación es sobre todo un derecho de los educandos, o de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad mientras son menores no emancipados; lo cual hace que sus derechos se conviertan en correlativos deberes de los poderes públicos».[7] Y es que el sistema educativo,[8] en tanto que opción o variante establecida desde las autoridades públicas, viene determinada por una serie de elementos externos, dentro de los cuales hay que prestar especial atención al factor ideológico.

En esa naturaleza derecho/deber es frecuente encontrar descrita a la educación como servicio público; interpretación no del todo acertada pues, como señala el profesor Martínez López-Muñiz, resulta más correcto entender la educación como un servicio esencial, puesto que estamos ante una garantía constitucional fundamental, por lo que no se debe confundir la naturaleza de la obligación esencial que tiene el Estado de garantizar la educación creyendo que se trata de un servicio público.[9] De hecho, en buena cuenta esa prestación de tipo privado tiene directa relación con la necesidad de garantizar la alternativa de elección del centro que responda a la protección del derecho que tienen los padres a elegir la formación religiosa o moral para sus hijos.[10]

Esto nos lleva a una serie de cuestiones que darán base para mayor debate y que requieren de análisis y profundización, sobre todo cuando en su

6 Cfr. Embid Irujo, «Derecho a la educación y derecho educativo paterno», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 7 (1983): 375-398.

7 María Roca, «Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 17, 8 (2008): 1-37.

8 Se está considerando en este estudio la educación reglada y por tanto sometida a regulación estatal.

9 José Luis Martínez López-Muñiz, «La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas», *Los derechos fundamentales en la educación*, dirs. José Luis Requero Ibáñez y José Luis Martínez López-Muñiz (Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2008), 15-78. Establece el doctor Martínez López-Muñiz la importancia de la correcta descripción de la educación como servicio esencial en régimen de libertad regular.

10 Lorenzo Martín Retortillo, «Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos: Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* 37 (2007): 334-347.

desarrollo normativo hay lagunas que no son correctamente aclaradas con la interpretación jurisprudencial. La diversidad religiosa e ideológica todavía incipiente en Perú, fruto de la globalización y movimientos de población, presenta un escenario retador para la convivencia en el espacio educativo, primera expresión de una convivencia plural.

II. **Perspectiva histórica para entender la situación actual**

Históricamente en Perú las actividades de enseñanza se han desarrollado bajo la influencia de las órdenes religiosas, por eso en los antecedentes históricos vamos a encontrar que el origen del Ministerio de Instrucción Pública aparece unido al Ministerio de Culto y Negocios Eclesiásticos, y solo con el tiempo se irán separando para formar estructuras ministeriales diferentes,[11] al mismo tiempo que Iglesia y Estado van logrando más independencia y autonomía. La influencia de la secularización también llegará a Perú (con un primer impacto en la regulación civil del matrimonio), extendiendo poco a poco sus efectos hasta el ámbito educativo. Se trata de disociar el proceso educativo, que realiza la familia, de la enseñanza organizada y supervisada por el Estado.[12] Para lograrlo el Estado emprende cambios radicales, que llevan a reemplazar la gestión privado-religiosa de la enseñanza por una gestión de tipo público. Se pasa así de la indiferencia al intervencionismo estatal en materia educativa.[13]

Es frecuente ver descrita la educación como derecho de segunda generación,[14] sobre todo porque la educación no fue una de las preocupaciones de los liberales revolucionarios del siglo XVIII.[15] Sin embargo, la Constitución de

11 El 4 de febrero de 1837 se crea el Ministerio de Instrucción Pública, Beneficencia y Negocios Eclesiásticos.

12 Paul Leroy Beaulieu, *Le Etat Moderne et ses foncions* (París: Guillaumin et Cie, 1900).

13 Ese proceso de influencia estatal en la gestión de la educación tiene dos posibles consecuencias: una positiva, que impulsa el fortalecimiento de un sistema universal de enseñanza con vocación de gratuidad; y una negativa, al quedar bajo control estatal los valores de convivencia social que se canalizan a través del proceso educativo.

14 Karel Vasak, *30-Year Struggle-Sustained Efforts to give Force of Law to Universal Declaration of Human Rights* (UNESCO Courier, 1977).

15 No se la menciona en la Declaración de Virginia, ni tampoco en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Cádiz en 1812 sí mencionó de forma expresa la instrucción pública, e incluso dispuso la creación de escuelas de primeras letras en todos los pueblos, universidades y otros establecimientos de instrucción.[16] Como señala la doctrina,[17] ese texto gaditano dejó su huella en las constituciones peruanas del siglo XIX, proyectando los principios igualitarios y liberales revolucionarios en el territorio del antiguo virreinato.[18] En esa línea, el texto de 1823 evidencia la importancia que tiene la difusión de la cultura desde esa primera etapa constituyente.[19] Esa declaración de principios será una constante en los textos constitucionales siguientes,[20] pero su éxito limitado sufre la ausencia de una adecuada reglamentación[21] que permita efectivamente alcanzar esos loables objetivos.[22] La derrota en la guerra con Chile y las dificultades económicas

16 «Art. 366. En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles». Lamentablemente, el destino de esos establecimientos educativos siguió los pasos del Texto Constitucional que los respaldaba.

17 José Pareja Paz-Soldán, *Historia de las Constituciones Nacionales (1812-1979)* (Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, 2005), 44.

18 Jorge Luis Cáceres Arce, *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo peruano* (Arequipa: Universidad Católica de Santa María - Editorial ADRUS, 2007), 87.

19 Art. 181 de la Constitución de 1823 establece: «La instrucción es una necesidad común, y la República le debe igualmente a todos sus individuos». Los siguientes artículos establecen la obligación de abrir establecimientos de enseñanza de todos los niveles.

20 Se insiste en las pautas fundamentales de la educación, la gratuidad de la instrucción primaria, la educación popular, entre otros importantes aspectos educativos. Ver Margarita Guerra Martiniere, *Historia general del Perú: La República (1827-1899),* tomo 6, dir. José Antonio del Busto Duthurburu (Lima: Brasa, 1994), 342.

21 En esa primera etapa, la organización, administración y financiación de los establecimientos educativos era gestionado desde las estructuras regionales y locales sin la guía de una política central, con escaso apoyo económico e institucional oficial. De hecho, no será hasta la presidencia de José Pardo cuando el gobierno central asuma la responsabilidad en la administración y dirección de la educación en Perú.

22 Hasta el 14 de junio de 1850, durante el gobierno del presidente Castilla, no se dará el primer reglamento general de instrucción pública. Este será el primer paso para una progresiva institucionalización del sistema educativo, que recibe también un mayor apoyo económico gracias a una mejoría de la situación de las arcas públicas. Alberto Regal, *Castilla educador, instrucción pública durante los gobiernos de Castilla* (Lima: Instituto Ramón Castilla, 1968), 79-80.

y políticas con las que cierra el siglo XIX hicieron difícil mantener reformas y objetivos del sistema educativo.[23]

El cambio de siglo traerá nuevos impulsos para lograr materializar esos principios constitucionales. La llegada de nuevas órdenes religiosas que tienen en la enseñanza su misión religiosa principal,[24] la aprobación de una Ley orgánica de instrucción en 1927, la reorganización del sector en 1930, culminan con la separación del Ministerio de Justicia y Culto del Ministerio de Educación Pública en 1935, materializando de ese modo la importancia que la educación tenía para el desarrollo del país. En los años siguientes, después de varias reformas educativas que no ayudaron a poner orden en el sector,[25] el gobierno del general Juan Velasco Alvarado presentó una propuesta de reforma total del sistema con la intención de que la educación llegase a toda la población.[26]

Lamentablemente las propuestas de reforma emprendidas por los gobiernos militares no tendrán éxito, tanto por causas internas como por el impacto de la crisis económica externa. El retorno al cauce democrático con el texto constitucional de 1979 será elemento muy positivo para fortalecer los derechos

23 Peter F. Klaren, *Nación y sociedad en la historia del Perú* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2005), 242-245.

24 Salesianos, Hermanos Cristianos de la Salle, Maristas, Religiosas del Sagrado Corazón, son algunas de las nuevas órdenes religiosas católicas que llegan al Perú al filo del siglo XX, pero también van a aparecer nuevos movimientos religiosos protestantes que utilizan la educación como herramienta de proselitismo religioso en el país. Ver Margarita Guerra Martiniere, *Historia general del Perú: La República (1899-1948),* tomo 7, dir. José Antonio del Busto Duthurburu (Lima: Brasa, 1994), 521-522.

25 Aunque algunas, como la propuesta de «Escuela para todos» durante el gobierno de José Pardo y Barreda (1904-1908) o la incorporación de Jorge Basadre Grohmann como ministro de Educación durante el gobierno de Manuel Prado Ugarteche (1956-1962), pasan por ser los intentos más elaborados de esos proyectos de reorganización y reforma. Ver Marden Rojas Girón, «La reforma educativa en el Perú (1972-1975)», *La Vida y la Historia*, vol. 7, n.° 2 (2020): 34-42, https://doi.org/10.33326/26176041.2020.2.974 (consultado el 20 de mayo del 2022).

26 Judithe Bizot, *La reforma de la educación en Perú* (París: Editorial de la UNESCO, 1976).

fundamentales y las libertades públicas.[27] En ese sentido, aunque la cuestión religiosa había sido materia de discusión constitucional temprana (gracias al impulso que los ideales revolucionarios francés y americano tuvieron en el proceso de independencia de las colonias españolas), lo cierto es que, como derecho fundamental, la libertad religiosa no alcanza reconocimiento constitucional hasta 1979. Así, durante buena parte de su vida independiente, el modelo de relaciones del Estado con las confesiones religiosas en Perú mantiene una confesionalidad católica que evoluciona desde la prohibición de ejercicio de cualquier otro culto, hacia un modelo de tolerancia religiosa, y solo con la Constitución de 1979 se plantea un «modelo de cooperación positiva con el factor religioso que reconoce y protege de modo pleno el derecho de libertad de conciencia y religión de todos los individuos y grupos, sin establecer ya a ninguna confesión como religión oficial del Estado».[28]

Ese avance en materia de reconocimiento de libertad religiosa y no confesionalidad es de gran importancia, pues resulta esencial preservar la neutralidad del modelo de relaciones Iglesia-Estado para asegurar la no discriminación de las personas y los grupos por razón de sus convicciones religiosas. Y es que:

> […] las diferencias religiosas son en efecto una fuente inagotable de situaciones de conflicto jurídico, especialmente en los ámbitos laboral, educativo o sanitario, porque ningún otro derecho como el de libertad religiosa recoge en el individuo la huella colectiva del grupo en el que esa identidad religiosa se ha formado, y expresa así la individualidad y la colectividad al mismo tiempo. Por eso es posible que sea el derecho de libertad religiosa el que de modo más gráfico nos ayude a visualizar el reto jurídico que tenemos por delante para lograr la convivencia plural y respetuosa que todos deseamos.[29]

27 Ver Luis Andrés Carpio Sardón, *La libertad religiosa en el Perú* (Piura: Universidad de Piura, 1999), 41.

28 Susana Mosquera, «Estudio del sistema peruano de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas», *Revista jurídica del Perú,* vol. 50 (2003): 265-284.

29 Susana Mosquera, «La acomodación por motivos religiosos en el modelo peruano de relaciones Iglesia-Estado», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión,* vol. 3, n.° 1 (2017), https://doi.org/10.7764/RLDR.4.42 (consultado el 20 de mayo del 2022). «With the depoliticization of the dominant religions and the inclusion of religious minorities in the political community as a whole, the spread of religious toleration —in which we recognized a pace-setter *for* democracy— also acts, *within* democracy, as a stimulus and model for the introduction of further cultural rights».

De ahí la importancia que, para la efectiva protección del derecho de libertad religiosa, tiene el proceso de reconocimiento de las entidades religiosas con las que el Estado establecerá posibles acuerdos de colaboración, o en todo caso garantizará la dimensión prestacional del derecho de libertad religiosa.[30] En ese sentido, se puede afirmar que el diseño del modelo de relaciones Iglesia-Estado genera un efectivo impacto en la protección del derecho de libertad religiosa de los fieles.[31] Tomando en consideración que, al momento presente, el modelo peruano todavía no ha logrado materializar mecanismos de colaboración entre el Estado y las entidades religiosas distintas de la católica, resulta importante acudir a mecanismos normativos internacionales que establecen los derechos y garantías esenciales en materia educativa.

III. **Marco normativo que regula las libertades educativas**

3.1. **Influencia de los tratados: reglas convencionales básicas**

Varias son las normas internacionales que resultan relevantes para conocer el contenido convencional de las libertades educativas, pero dado que el propósito de este artículo no es otro que servir de herramienta de trabajo para la solución de futuros casos en los que la libertad religiosa y de conciencia se vea constreñida en el ámbito educativo, se optará por presentar las reglas más relevantes, con referencia a la norma internacional que las respalda.

En ese sentido, la primera regla convencional mencionada debe ser sin lugar a dudas la que protege el *derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión*. Desde su reconocimiento en el art. III de la DADH[32] y en el art. 18 de la DUDH su contenido incluye la «libertad de cambiar de religión o de

Jürgen Habermas, «Intolerance and discrimination», *International Journal of Constitutional Law,* vol. 1, n.o 1 (2003): 8.

30 Cuando formalizar acuerdos se convierte en una tarea difícil por barreras burocráticas o por falta de interés de los grupos religiosos, la dimensión prestacional del derecho no puede ser descuidada.

31 Susana Mosquera, «The Impact of the Church–State Model for an Effective Guarantee of Religious Freedom: A Study of the Peruvian Experience during the COVID-19 Pandemic», *Laws* 10, 40 (2021), https://doi.org/10.3390/laws10020040 (consultado el 12 de mayo del 2022).

32 Art. III de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948: «Toda persona tiene el

convicciones, así como la libertad de manifestar la religión o las convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas o la observación de los ritos».[33] Adicionalmente la DUDH en su art. 26 dispone que: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas». Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su artículo 18.1 el derecho a «la libertad de elección de la propia religión o convicción», añadiendo que «nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección». Al mismo tiempo, en su apartado 3 dispone que «la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás».[34]

Por su relación con la materia, es de importancia recordar la guía interpretativa del art. 18 del PIDCP que nos ofrece el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la Observación General número 22, sobre el derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, para recordar que dicha norma «protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia».[35] Adicionalmente, el Comité afirma que «la libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades»,[36] estableciendo de ese modo la base para entender que la aplicación de la libertad religiosa es tan rica como las expresiones que dotan de contenido a su capa de manifestación externa. Finalmente cierra la lista de normas internacionales sobre la materia, la Convención sobre los Derechos

derecho de profesar libremente una creencia religiosa y manifestarla y practicarla en público y en privado».

33 Art. 18 de la DUDH.

34 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18.3.

35 Considerando que los términos *creencia* o *religión* deben entenderse en sentido amplio, de tal forma que no se limite en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones o creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales.

36 Apartado 4 de la Observación General número 22.

del Niño de 1989, que recoge en su art. 14 el derecho de los niños a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.[37]

En terreno de esta primera regla se inserta la cuestión de la enseñanza de la religión en la escuela pública, tema sobre el que se ha pronunciado el CDESC en su Observación General N.o 13. En ella nos recuerda que este elemento «permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión. Observa que la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al párrafo 3 del artículo 13, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores». Se trata de un terreno que sin dudas debe ser completado con una adecuada regulación interna y una buena interpretación para resolver los casos más complejos, y que en Perú todavía no ha sido explorado.

Como segunda regla convencional destaca la protección del *derecho de toda persona a la educación* consagrado en el art. 13 del PDESC, donde se establece que: «Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales». De ese derecho derivan reglas muy relevantes para la solución de controversias en la materia, conocerlas resulta especialmente importante por la necesidad de concretar en la práctica la dimensión prestacional del derecho que se exija al Estado parte. Entre las más relevantes cabe incluir el fomento de la gratuidad en todos los niveles de enseñanza, asegurar que la educación sea inclusiva, accesible y con aspiración de no dejar a nadie atrás en el proceso.[38] En esa línea, la Observación General N.o 13 del CDESC, en cuanto interpretación autorizada del PIDESC, ha fijado el marco conceptual sobre el contenido del

37 Ciertamente se trata de un reconocimiento relevante que, no obstante, se encuentra condicionado por la situación de capacidad de obrar limitada, de ahí que deba contar con un elemento de ponderación como es el concepto «interés superior del menor», que opera tanto como un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Ver Óscar Díaz Muñoz, *El derecho de libertad religiosa del menor. Familia, escuela y tratamientos médicos* (Lima: Palestra, 2010).

38 Art. 13.2 del PIDESC.

derecho a la educación estableciendo sus objetivos principales: «la educación debe orientarse al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana, debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y debe favorecer la comprensión entre todos los grupos étnicos, y entre las naciones y los grupos raciales y religiosos». De ese modo consagra cuatro elementos clave con los que debe medirse la calidad de todo sistema educativo en los estados parte del Pacto: «elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad que son comunes a la enseñanza en todas sus formas y en todos los niveles».[39]

En tercer lugar, debe destacarse la regla convencional que garantiza el *derecho de los padres o tutores a elegir para sus hijos la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*. Esta regla es especialmente poderosa en su formulación en el PIDESC,[40] pero también es posible encontrar su rastro en muchos otros instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que evidencia el importante peso que tiene dentro de esta confluencia entre regulación pública y protección de libertades individuales en el ámbito educativo. Así resulta comprensible la regulación que la Declaración del 25 de noviembre de 1981, en los distintos apartados de su artículo 5, hace sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, al establecer que: «Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse el niño». Garantizando que esa formación religiosa se desarrolle con respecto a la libre elección: «Todo niño gozará del derecho a tener acceso a la educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o

39 Observación General N.o 13 del CDESC, párr. 6.

40 Art. 13. 3 del PIDESC: «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 la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño».[41] Queda incluso abierta la materia para garantizar una protección extendida de esa voluntad paterna en casos de ausencia o muerte, y así establece la Declaración que: «Cuando un niño no se halle bajo la tutela de sus padres ni de sus tutores legales, se tomarán debidamente en consideración los deseos expresados por aquéllos o cualquier otra prueba que se haya obtenido de sus deseos en materia de religión o de convicciones, sirviendo de principio rector el interés superior del niño».[42]

A nivel convencional, esta regla también está reconocida en el art. 12.4 de la CADH: «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». De forma complementaria, la Observación General N.o 22 del Comité de Derechos Humanos, en su apartado 6 establece unas recomendaciones de especial relevancia para este punto al señalar que:

> La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones proclamada en el párrafo 4 del artículo 18 está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18. El Comité señala que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores.

Finalmente, en el apartado 8 señala que: «no se puede restringir la libertad de no ser obligado a tener o adoptar una religión o unas creencias y la libertad de los padres y los tutores a garantizar la educación religiosa y moral».

Por su parte, el CDESC en su Observación General N.o 13 reafirma «la libertad de los padres y tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas

41 Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55], art. 5.2.

42 Id., art. 5.4.

que el Estado prescriba o apruebe». Esa disposición se complementa con el párrafo 4 del artículo 13, que afirma «la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza», siempre que satisfagan los objetivos educativos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13 y determinadas normas mínimas.[43]

En cuarto lugar apuntamos la regla convencional que protege la *libertad de enseñanza*, concretada en el art. 13.4 del PIDESC, que establece que: «Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado». A pesar de que su enunciación parece simple, en la práctica de esta garantía se derivan importantes consecuencias, puesto que es a través de esta libertad como se concreta la efectiva prestación del derecho a la educación, de modo que el escenario de aplicación de las restantes reglas descansa en ella. Veremos su desarrollo normativo en el derecho peruano en el siguiente apartado.

Finalmente, la quinta y última regla convencional que debemos incluir en esta lista está referida a la *no discriminación en el ámbito educativo*. Enunciada tanto en el PIDCP[44] como en el PDESC,[45] podemos afirmar que el principio de no discriminación supera con mucho la condición de regla convencional para subir al escalón de las reglas internacionales de *ius cogens*, pues difícil sería legislar en contravención de este principio. Pero en lo que concierne a su específica aplicación en materia educativa es de especial relevancia destacar

43 Estas normas mínimas pueden referirse a cuestiones como la admisión, los planes de estudio y el reconocimiento de certificados.

44 Art. 26 del PIDCP: «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

45 Art. 1.2: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

su aplicabilidad, considerando las dificultades que genera una convivencia plural, y siendo el entorno educativo un escenario que evidencia muchas de esas dificultades. A la importancia del tema se debe la aprobación de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de tolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones de 1981, disposición que cuenta con un contenido clarificador y pedagógico que ofrece herramientas de interpretación y análisis, como las que en este trabajo se está tratando de buscar. Así la Declaración de 1981 estable que:

> El niño estará protegido de cualquier forma de discriminación por motivos de religión o convicciones. Se le educará en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y hermandad universal, respeto de la libertad de religión o de convicciones de los demás y en la plena conciencia de que su energía y sus talentos deben dedicarse al servicio de la humanidad. La práctica de la religión o convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral teniendo en cuenta el párrafo 3 del artículo 1 de la presente Declaración.[46]

Adicionalmente, el CDESC en su Observación General N.o 13 nos recuerda que: «La prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente».

En el contexto jurídico latinoamericano, los Pactos de Nueva York de 1966 confluyen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada en 1969, y en el caso concreto de Perú estas tres normas convencionales ingresaron al ordenamiento jurídico interno en 1978, justamente como base para fortalecer el proceso de transición a la democracia que culmina con la aprobación de la Constitución de 1979, en la que los tratados de derechos

46 Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55], art. 5.3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

humanos ocupan una posición importante.[47] De ese modo, las normas internacionales de derechos humanos completaron el contenido constitucional de los derechos de la persona, cuestión no baladí, porque eso nos permite buscar una pauta de interpretación al ejercicio de este derecho fundamental, como es el de la libertad religiosa en el ámbito educativo, con los parámetros que han sido establecidos en las normas y disposiciones internacionales.[48] Por esa razón, es importante destacar ese contenido convencional del derecho de libertad religiosa en el ámbito educativo.

3.2. **Texto constitucional y desarrollo normativo interno**

Adaptación interna de la regla convencional que protege el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. La Constitución de 1993 proclama como derecho fundamental de la persona la libertad de conciencia y de religión, se reconoce su ejercicio en forma individual o colectiva, dentro de un Estado que no tiene confesión oficial y que está abierto a la colaboración con las distintas confesiones.[49] Especialmente importante es el inciso final del art. 14 de la Constitución cuando establece que: «La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias», protección que va en línea con la garantía del ámbito interno de no coacción en materia religiosa. Ese derecho de libertad religiosa tiene desarrollo legislativo interno en la ley peruana de libertad religiosa, Ley N.° 29635 de diciembre del 2010, que presta especial atención a las manifestaciones individuales y

47 Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobado por Decreto Ley N.º 22231 el 11 de julio de 1978), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por Decreto Ley N.º 22128, Instrumento de Adhesión, 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Instrumento de Adhesión, 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978).

48 Coincidencia que resulta especialmente relevante cuando se compara la regulación sobre libertad religiosa en el que la Constitución es directa deudora de la fórmula que consagra la CADH, alejada de la estructura tripartita —pensamiento, conciencia y religión— constante en los restantes documentos internacionales de derechos humanos. Susana Mosquera, «Reflexiones a partir del estudio de casos sobre libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, *Derechos y creencias más allá del secularismo,* n.o 77 (Universidad de Navarra, 2017): 335-351.

49 Art. 2, inciso 3, art. 50 de la Constitución de 1993.

colectivas del derecho de libertad religiosa y ofrece reglas de acomodación que permiten conciliar intereses contrapuestos.

Relacionada con esta primera regla surge la cuestión ideológica —como la orientación básica que se ha de dar al sistema educativo—, cuestión que el artículo 14 de la Constitución trata directamente al señalar que: «La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar». Regulación que se completa en la Ley General de Educación,[50] que establece la obligatoriedad de esas formación ética y cívica en todo el proceso educativo.[51]

Adicionalmente, es la LGE la que, de un modo más preciso, determina que los fines del sistema educativo peruano comprenden:

> […] la formación de personas capaces de lograr su realización ética, intelectual, artística, cultural, afectiva, física, espiritual y religiosa, promoviendo la formación y consolidación de su identidad y autoestima y su integración adecuada y crítica a la sociedad para el ejercicio de su ciudadanía en armonía con su entorno, así como el desarrollo de sus capacidades y habilidades para vincular su vida con el mundo del trabajo y para afrontar los incesantes cambios en la sociedad y el conocimiento; y al mismo tiempo, que se contribuye a la formación de una sociedad democrática, solidaria, justa, inclusiva, próspera, tolerante y forjadora de una cultura de paz que afirme la identidad nacional sustentada en la diversidad cultural, étnica y lingüística, supere la pobreza e impulse el desarrollo sostenible del país y fomente la integración latinoamericana teniendo en cuenta los retos de un mundo globalizado. Altos fines para el sistema educativo, pues no en vano, en él se encuentra la clave para el desarrollo de las sociedades.[52]

50 Ley N.º 28044 del 28 de julio del 2003.

51 «La formación ética y cívica es obligatoria en todo proceso educativo; prepara a los educandos para cumplir sus obligaciones personales, familiares y patrióticas y para ejercer sus deberes y derechos ciudadanos. La enseñanza de la Constitución Política y de los derechos humanos es obligatoria en todas las instituciones del sistema educativo peruano, sean civiles, policiales o militares. Se imparte en castellano y en los demás idiomas oficiales». Ley N.º 28044 del 28 de julio del 2003, art. 6.

52 Ley N.º 28044 del 28 de julio del 2003, art. 9.

Adaptación interna de la regla convencional que protege el derecho de toda persona a la educación. La Constitución peruana de 1993 presta especial atención a la cuestión educativa, como se puede comprender al encontrar un buen número de artículos que en el texto constitucional tratan ese tema. En su regulación, el constituyente peruano —muy en línea con las normas internacionales— hace mención expresa a esa doble condición que la libertad de educación tiene como derecho y como deber, así lo señala en el artículo 13 del texto constitucional, cuando dice que «la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho a escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo».[53] Pero, además, en línea con las declaraciones internacionales de derechos, la finalidad de ese proceso educativo no es otro que el desarrollo integral de la persona humana.

La responsabilidad que asume el Estado en materia educativa queda reflejada claramente, en primer lugar, en el art. 3 de la LGE, cuando reconoce a la educación como un derecho fundamental de la persona y de la sociedad. De ahí que nazca para el Estado la obligación de garantizar el ejercicio del derecho a una educación integral y de calidad para todos y la universalización de la Educación Básica. Pero al mismo tiempo, como ya se ha señalado en páginas anteriores, aunque la educación como actividad reglada ha sido asumida por el Estado, la sociedad tiene también la responsabilidad de contribuir a la educación y el derecho a participar en su desarrollo. No es posible obviar el papel que la sociedad, en especial la familia, o los medios de comunicación social, desempeñan en el proceso educativo.[54]

Para lograr tan alto objetivo en el artículo 14 del texto constitucional la educación se enfoca como un proceso dirigido hacia la promoción del conocimiento, el aprendizaje, y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte, esto es, una preparación para la vida y el trabajo, fomentando siempre la solidaridad; siendo deber del Estado el promover el desarrollo científico y tecnológico del país, garantizando que la

53 Art. 13 de la Constitución.

54 Como reconoce el artículo 14 CP.

enseñanza se imparta con sujeción a los principios constitucionales y a los principios de la correspondiente institución educativa.

Adaptación interna de la regla convencional que garantiza el derecho de los padres o tutores a elegir para sus hijos la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. El texto constitucional señala que: «El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho a escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo». Lamentablemente, esta formulación constitucional está bastante alejada de los términos mencionados en la regla convencional que de forma expresa garantiza el derecho no solo de elección del centro, sino de la formación religiosa que reciban los menores. Esta que es una de las reglas convencionales más importante en la que confluyen las dos esferas en debate: la educación como servicio bajo regulación estatal y la libertad religiosa en el ámbito educativo. Hubiese sido deseable que el texto constitucional tuviera una recepción directa de ese precepto, para evitar situaciones que lleven al desconocimiento de esta regla. Ciertamente, la ley de libertad religiosa ha venido a paliar esa laguna al establecer que: «La libertad de religión comprende, entre otros, el ejercicio de los siguientes derechos [...] Elegir para sí o para los menores o los incapaces sujetos a su patria potestad, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».[55]

Adaptación interna de la regla convencional que protege la libertad de enseñanza. De ese modo, para garantizar ese principio de libertad,[56] y respondiendo también a la idea de descentralización del sistema educativo prevista en el artículo 16 de la CP, en 1995 se dictó la Ley N.º 26549 del 1 de diciembre que regula el régimen de los centros educativos privados. La creación de centros privados es una necesidad natural del sistema educativo, la articulación sectorial de que habla la LGE, así lo señala, recordando que «esa articulación intersectorial en el Estado y la de este con el sector privado, se da en todos los ámbitos de la gestión descentralizada del sistema educativo con activa participación de

55 Art. 3, inciso d, de la Ley 29635.

56 El artículo 15 de la Constitución en su último inciso recuerda que: «Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley».

la comunidad educativa".[57] Con tal propósito —continúa diciendo el artículo 11 de la LGE— «las autoridades correspondientes movilizan sus recursos y favorecen la autonomía, la innovación, el funcionamiento democrático y el fortalecimiento de las instituciones educativas».[58]

«El Estado en concordancia con la libertad de enseñanza y la promoción de la pluralidad de la oferta educativa, reconoce, valora y supervisa la educación privada».[59] Y no puede ser de otro modo, puesto que el artículo 17 de la Constitución establece la obligatoriedad de la educación inicial, primaria y secundaria, y lograr esa obligatoriedad no será posible sin la participación de los centros docentes privados. De ahí que, cuando ese mismo artículo 17 sanciona la gratuidad de la educación en su párrafo inicial, no puede menos que apuntar a continuación que: «Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y a favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa».[60]

57 Ley N.º 28044 del 28 de julio del 2003, art. 11. En ese sentido, podría ser una buena herramienta para lograr mayor eficacia en la gestión del sector educativo, implementar sistemas de gestión público-privada, siempre respetuosos del principio de subsidiariedad y de las libertades educativas que derivan de las reglas convencionales.

58 Ley N.º 28044 del 28 de julio del 2003, art. 11. A esos efectos tendrán la consideración de Instituciones Educativas Privadas, según el artículo 72 de la LGE: las personas jurídicas de derecho privado, creadas por iniciativa de personas naturales o jurídicas, autorizadas por las instancias descentralizadas del sector Educación.

59 Reglamento de las Instituciones Privadas de Educación Básica y Educación Técnico Productiva, art. 48.

60 Lamentablemente, el TC no comparte esa línea de interpretación. Así, en la sentencia 00007-2014-AA tenemos una interpretación constitucional que establece que la fórmula de colaboración en la financiación de centros educativos privados vinculados a estructuras religiosas podría ser incompatible con el modelo constitucional de separación Iglesia-Estado. Los efectos de esta sentencia felizmente no se han dejado ver, los centros de acción conjunta siguen funcionando en Perú y lo cierto es que, si no lo hicieran, la garantía real del derecho a la educación general obligatoria en el Perú se vería seriamente afectada, puesto que a través de los colegios públicos no habría suficiente número de plazas para poder atender a la alta demanda de escolarización que hay en la sociedad peruana. Por tanto, ese sería un aspecto especialmente importante que tiene que ver con cómo se tiene que interpretar el principio de cooperación en armonía con la naturaleza prestacional que tiene el derecho de libertad religiosa.

Para que tales objetivos se cumplan es preciso partir de una premisa básica: la libertad de enseñanza. Principio que la LGE vuelve a puntualizar, recordando que dicha libertad está reconocida y garantizada por el Estado. De ella derivan otras libertades dentro del sistema: la de los docentes, amparados por la libertad de cátedra;[61] la de los padres, que junto a su derecho-deber de implicación en el proceso formativo de sus hijos tienen garantizada la libertad de elección, esto es, la libertad de selección del centro que mejor se adapte a sus requerimientos; libertad que protege también a toda persona natural o jurídica que tiene derecho a constituir y conducir centros y programas educativos, libertad de la que se deriva la posibilidad de creación de centros docentes privados —libertad fundamental para garantizar el pluralismo dentro del sistema—. La iniciativa privada contribuye a la ampliación de la cobertura, a la innovación, a la calidad y a la prestación efectiva del servicio esencial de educación.

Una vez establecida la necesaria cooperación que el sector público recibe del sector educativo privado surge, inevitablemente, una cuestión esencial que afecta a la orientación, esencialmente ideológica, que pueden tener los centros privados. En ese sentido, el artículo 3 de la Ley 26549 dispone que:

> Corresponde a la persona natural o jurídica, propietaria de un centro educativo, establecer la línea axiológica que regirá su centro, dentro del respeto a los principios y valores establecidos en la Constitución; la duración, contenido, metodología y sistema pedagógico del plan curricular de cada año o período de estudios; los sistemas de evaluación y control de los estudiantes; la dirección, organización, administración y funciones del centro; los regímenes económico, disciplinario, de pensiones y de becas; las relaciones con los padres de familia; sin más limitaciones que las que pudieran establecer las leyes, todo lo cual constará en el Reglamento Interno del centro educativo.[62]

Las responsabilidades de ley por la actividad de los centros y programas educativos las asume la persona natural o jurídica propietaria o titular de

61 Que el legislador constituyente menciona en el artículo 18 de la Constitución, al mismo tiempo que regula la educación universitaria.

62 Ley 26549, de los centros educativos privados, art. 3.

los mismos. Un margen de acción bastante amplio para los centros privados, que en el Perú son mayoritariamente administrados por órdenes religiosas.[63]

Adaptación interna de la regla convencional que protege frente a la no discriminación en el ámbito educativo. El reconocimiento de esta regla tiene garantía constitucional sólidamente establecida en el art. 2, inciso 2, de la Constitución, donde se reconoce la igualdad ante la ley como derecho fundamental de toda persona y la prohibición de discriminación. No obstante, dada la naturaleza relacional del principio de igualdad, resultaba importante contar con una fórmula mucho más directa y expresa en línea con lo establecido en la Declaración de 1981 para hacer evidente la interacción entre discriminación y libertad religiosa. Sobre todo, porque ese es un terreno que genera gran litigiosidad y en el que la interpretación será especialmente necesaria.

Llegados a este punto, y con los elementos que ofrecen las reglas internacionales y su desarrollo normativo interno, tendremos que ser capaces de establecer elementos de análisis para entender en dónde está el contenido esencial de ese derecho-libertad en el ámbito educativo, y cómo aplicarlo, con pretensiones con las que, aparentemente, se puede encontrar en colisión.

IV. Los principios del Derecho eclesiástico como herramientas complementarias para una adecuada aplicación interna de las garantías internacionales que protegen las libertades en materia educativa

En este escenario, nos planteamos la necesidad de garantizar la efectiva aplicación de esas reglas convencionales que delimitan las libertades educativas. El eje central en ese terreno es la idea de que los menores tienen un derecho/deber a recibir educación, de ahí la obligatoriedad de la enseñanza general al menos en esa primera franja de edad, que puede oscilar entre los 16 o los 18. Pero considerando que, en ese periodo de edad, el menor se encuentra bajo la patria potestad, ese derecho del alumno es un derecho que tiene a los padres como mediadores.[64] A las garantías protegidas por el derecho a

63 Centros que funcionan bajo régimen establecido en R.M. N.° *483-1989-ED, Reglamento de centros educativos de acción conjunta Iglesia Católica-Estado peruano, de*l 3 de agosto del 1989.

64 Fons Coomans, «Exploring the Normative Content of the Right to Education as a Human Right: Recent Approaches», *Persona y Derecho* 50 (2004): 61-100.

la libertad religiosa y su confluencia en el ámbito educativo se le aplican una serie de principios, que vertebran el modelo peruano de relaciones Iglesia-Estado; principios que pueden convertirse en útiles herramientas de solución de controversias.[65] ¿Cómo protegemos la libertad de cátedra del docente en el ámbito educativo, para que no choque con la formación con respeto a la libertad de conciencia de los alumnos?, ¿cómo resolvemos la cuestión de los símbolos religiosos en las escuelas?,[66] ¿qué significa la educación que garantiza el libre desarrollo de la personalidad?, ¿cómo gestionamos la igualdad de trato entre las diferentes religiones al momento de colaborar en materia educativa?, ¿podemos financiar con dinero público centros educativos privados?

Vemos que hay una serie de cuestiones importantes que requieren la aplicación al caso concreto de esas reglas convencionales, en gran medida constitucionalizadas. Considerando el nivel de generalidad que tiene alguna de esas reglas y en atención a que su aplicación debe realizarse dentro del concreto contexto jurídico peruano, parece oportuno completar el marco normativo con los aportes que derivan de la ventaja de situar este tema dentro de la disciplina del Derecho eclesiástico, disciplina joven, pero con potencial para trabajar en defensa de derechos y libertades de la persona en todo lo relacionado con su autodeterminación ideológica.[67]

Los principios del Derecho eclesiástico «son a un tiempo, principios informadores y esencia del sistema jurídico».[68]

65 Sobre los principios del Derecho eclesiástico peruano, véase Susana Mosquera, «Fuentes y principios de derecho eclesiástico», *Vox Iuris* 36(2) (2018): 59-76, https://doi.org/10.24265/voxjuris.2018.v36n2.05 (consultado el 12 mayo del 2022).

66 El EXP. 06111-209-AA/TC habla de esta materia en el ámbito de otro entorno público, como son las salas del Poder Judicial. La respuesta que dio el Tribunal Constitucional, en ese caso, en un periodo que coincidió con similares sentencias referidas justo a símbolos en ámbito educativo, puede servirnos de pauta para entender cuál sería la posición de una eventual controversia sobre esta materia, si es que se plantea la presencia de símbolos en el ámbito, en este caso educativo.

67 Susana Mosquera, «Avances en la construcción del Derecho eclesiástico como disciplina jurídica en Perú», *Revista chilena del derecho,* septiembre-diciembre, vol. 43, n.o 3 (2016): 1117-1120.

68 Pedro Juan Viladrich y Javier Ferrer, «Los principios del Derecho eclesiástico español», *Derecho eclesiástico del Estado Español* (Pamplona: Eunsa, 1980): 211-237.

Son valores superiores del ordenamiento jurídico, simbólicos esquemas para el modelo de relaciones entre el poder político y el factor religioso. Su naturaleza por tanto es constitucional, de ahí que la función de integración y armonización que esos principios constitucionales desarrollan a nivel general haya tenido un especial valor a la hora de llevar a cabo su trabajo en el campo concreto del Derecho eclesiástico. Cumplen una función de interpretación, que tiene su más clara manifestación en el trabajo de desarrollo legislativo y jurisprudencial respecto a las normas que han sido dictadas por los poderes públicos, sobre materia eclesiástica. Esta labor de interpretación debe realizarse a dos niveles: en primer lugar, a nivel horizontal, interpretando de modo coherente y conjunto las distintas normas del ordenamiento jurídico peruano de rango estatal, y en segundo lugar, a nivel vertical, conforme esos criterios interpretativos han descendido hacia los niveles de la descentralización administrativa.[69]

Luego, Susana Mosquera añade:

La función de estos principios es esencial para estructurar un sistema de relaciones entre el Estado y las entidades religiosas, que sea justo y respete el bien esencial del sistema, la persona humana y su dignidad. Algunos de esos principios se presentan con una doble configuración jurídica, pues son también derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional, y su defensa y cumplimiento puede arbitrarse por los medios legales previstos para la defensa y protección de los derechos subjetivos. Esa doble condición jurídica hace de ellos bienes preciados de obligado respeto, de ahí la importancia de su adecuada definición.[70]

69 Susana Mosquera, «El sistema jurídico peruano desde la perspectiva del Derecho eclesiástico», *Polemos* (marzo 2020), https://polemos.pe/el-sistema-juridico-peruano-desde-la-perspectiva-del-derecho-eclesiastico/ (consultado el 20 de mayo del 2022). Lamentablemente, salvo escasas excepciones, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no utiliza estos principios para resolver los casos que afectan al ejercicio del derecho de libertad religiosa y comprometen el modelo peruano de relaciones entre el Estado y las entidades religiosas.

70 Mosquera, «El sistema jurídico peruano desde la perspectiva del Derecho eclesiástico». Para mayor información sobre los principios del Derecho eclesiástico véase María Roca, «Propuestas y consideraciones críticas acerca de los principios en el

Principio de libertad religiosa. En su dimensión objetiva, la libertad religiosa como principio del Derecho eclesiástico del Estado implica una actitud del Estado tendente a remover o evitar los impedimentos que encuentren los ciudadanos de modo primario, y los grupos religiosos, de modo derivado, en el disfrute y ejercicio de su derecho de libertad religiosa.[71] El reconocimiento de la libertad religiosa discurre de la mano de un necesario reconocimiento y promoción del pluralismo religioso. Los regímenes de confesionalidad única, con intolerancia hacia los cultos ajenos al oficial, no han sido lugar adecuado para el nacimiento del principio/derecho de libertad religiosa. Solo en medio del pluralismo religioso puede tener lugar una verdadera defensa de la libertad religiosa. Por ese motivo, el principio esencial de libertad en materia religiosa avanza de la mano del reconocimiento de independencia y autonomía entre el Estado y las entidades religiosas.

Varias son las controversias que surgen en el terreno educativo que bien podrían entrar en el ámbito de aplicación de este principio básico. Así una de las más frecuentes es la que surge en países de larga tradición confesional, en los que se dicta una asignatura de religión en las aulas, es un tema que trae su origen de un pasado histórico en el que, de la posición privilegiada de una confesión dentro del sistema, se concluía su especial relación con el sistema educativo. Cuando los principios de libertad, independencia y cooperación con todas las confesiones religiosas toman carta de naturaleza dentro del ordenamiento jurídico, se plantea entonces la necesidad de reconsiderar el régimen de asignatura única de religión.[72]

El Acuerdo entre Perú y la Santa Sede de 1980 mantiene la asignatura de Religión Católica en los centros educativos públicos, donde seguirá dictándose como materia obligatoria.[73] Tomando en cuenta que existe la posibilidad de creación de instituciones privadas de enseñanza con ideario propio, la polémica

Derecho eclesiástico», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XVII (2001): 17-33.*

71 Javier Saldaña Serrano y Cristóbal Orrego Sánchez, *Poder estatal y libertad religiosa* (México: UNAM, 2001).

72 Jesús López Medel, *Libertad y derecho a la enseñanza de la religión* (Madrid: Dykinson, 2004).

73 Edgar Flores Caldas, *Libertad religiosa y enseñanza de la religión católica en el ordenamiento jurídico peruano y en el Acuerdo con la Santa Sede de 1980. Dissertationes canonicae* (Madrid: Universidad San Dámaso, 2016).

en relación a la enseñanza obligatoria de la religión católica debería quedar reducida al ámbito de los colegios públicos. No obstante, ante el insuficiente número de centros que permitan cubrir la demanda educativa[74] se mantiene viva la polémica, dado que la asignatura de formación religiosa que se dicta en los centros privados es principalmente la católica, lo que genera la duda sobre el tratamiento que deben recibir los alumnos que piden estar exentos de llevar ese curso por razones de conciencia. Después de muchos años de polémica en relación a este punto,[75] la Ley peruana de libertad religiosa estableció en su artículo 8 que: «Las instituciones educativas, en todos sus niveles y modalidades, respetan el derecho de los alumnos a exonerarse de los cursos de religión por motivos de conciencia o en razón de sus convicciones religiosas sin verse afectado su promedio académico. En los casos de los menores de edad, la exoneración procede siempre y cuando así lo expresen los padres o quien tenga la tutela de los mismos».[76] Sin embargo, mientras no se pueda garantizar esa pluralidad de centros, corresponde conceder la exoneración del curso obligatorio de religión en todos aquellos casos —tanto en centros educativos públicos como privados— en que esa formación religiosa no sea respetuosa con la libertad de conciencia de los alumnos (titulares de un derecho individual de libertad religiosa) y de las

74 No hay suficientes colegios públicos y la elección de centros privados se realiza más por razón de las carencias que tiene el sistema educativo público, no tanto por razón de la afinidad ideológica que los padres puedan tener con el centro educativo privado al que envían a sus hijos.

75 Defensoría del Pueblo acumuló bastante experiencia atendiendo pedidos de protección de padres de familia a cuyos hijos obligaban a cursar una asignatura de formación religiosa contraria a las creencias que ellos habían elegido para sus menores. César Orrego Azula, «Algunas consideraciones de la libertad religiosa y su incidencia en el fundamental derecho a la educación», *El derecho fundamental de libertad religiosa,* III Jornadas de Derechos Humanos, coord. Susana Mosquera (Lima: Palestra, 2014): 127-144.

76 El art. 9 del Reglamento de Desarrollo de la Ley 29635 de 2011 establecía que: «En las instituciones educativas estatales los padres o apoderados, cuando corresponda, podrán solicitar la exoneración del curso de religión cursando una comunicación expresa en ese sentido. Respecto de los alumnos debidamente exonerados del curso de Religión, su promedio académico se tomará considerando solamente las materias cursadas». La nueva regulación reglamentaria aprobada en 2016 no dice nada sobre la exoneración al curso de religión católica.

opciones que sus padres o tutores hayan elegido para su formación moral en línea con la regla convencional ya mencionada.[77]

Tenemos entonces el marco convencional, su recepción constitucional, la normativa de desarrollo y un acuerdo con la Santa Sede que permite ofertar la enseñanza de la religión católica en los centros educativos públicos.[78] Considerando la escuela (pública y privada) como un lugar de formación no cabe duda de que hay espacio para la educación religiosa, dado que la religión es un elemento más de comprensión de la persona y un mecanismo de protección de los derechos culturales.[79] En ese sentido, si la formación religiosa se presenta como una necesidad antropológica de la persona,[80] una efectiva garantía del pluralismo social, la igualdad de trato y el respeto a la diversidad religiosa, nos obliga a ofrecer herramientas adicionales que permitan al operador jurídico resolver los problemas concretos que genera la inserción de las libertades educativas privadas en un espacio que tiene una importante regulación pública.[81]

Por eso, en un segundo nivel, surge la cuestión referida al enfoque en el contenido del curso de formación religiosa. La regla convencional de protección de la libertad religiosa, especialmente la interpretación que de ella hace el

77 Sobre cómo se ha resuelto esta cuestión en el ordenamiento español ver Mariano Cubillas Recio, «La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos», *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos* 2 (2002): 157-219.

78 «La educación religiosa escolar es un área fundamental para la formación de los niños, jóvenes y adultos. Es un elemento constitutivo de las dimensiones del ser humano y, por lo tanto, debe ser enseñada y aprendida, de una manera intencional, programada y asumida dentro de los currículos de las instituciones educativas, ya sean oficiales o privadas». María Elizabeth Coy Africano, «Educación religiosa escolar ¿Por qué y para qué?», *Franciscanum. Revista de las ciencias del espíritu*, vol. LI, núm. 152, julio-diciembre (Colombia: Universidad de San Buenaventura Bogotá, 2009): 49-70.

79 María Roca, «La enseñanza de la religión en la escuela y los derechos culturales», *Revista General de Derecho Constitucional* 35 (2021): 1-24.

80 Michael Lambek, «Anthropology and Religion», *Oxford Handbook of Religion and Science*, ed. Philip Clayton (Oxford: Oxford University Press, 2006): 271-289.

81 Pablo Da Silveira, «Libertad de enseñanza, libertad religiosa, secularización y laicidad: límites confusos y falsas asociaciones», *Páginas de Educación,* vol.5, n.o 1 (2012): 17-35, http://www.scielo.edu.uy (consultado el 22 de abril del 2022).

Comité de Derechos Humanos en su Observación General n.o 22, recomienda alejar el adoctrinamiento del contenido pedagógico de los cursos de religión, y acercarlo a un estudio de historia y cultura de las religiones de forma que sirva como fomento de un efectivo pluralismo y protección de la diversidad religiosa en el país. De ese modo, en el caso peruano, la discusión a futuro se proyecta en una doble ruta. En primer término, y en línea con las obligaciones internacionales, surge la necesidad de preguntarse si será oportuno reformular el contenido de ese curso de formación religiosa para alejarlo del enfoque actual como curso dogmático de religión. En segundo término, habrá que plantearse la necesidad de determinar si esa asignatura de «formación religiosa» ha de limitarse a la formación católica o puede comprender otra orientación religiosa, en línea con las creencias religiosas que tienen base dentro del territorio peruano. Hasta el momento en los colegios públicos solo se imparte formación religiosa católica, pero la presencia de otras confesiones religiosas en el territorio peruano, el proceso de reconocimiento jurídico que les otorga una posición de interlocución ante las instituciones públicas, son datos que hacen previsible que la cuestión sobre la orientación que deba darse a esa asignatura de «formación religiosa» surja en un futuro cercano.[82] En todo caso, corresponde aclarar que la presencia de una asignatura de formación religiosa en el plan de estudios se justifica como ejemplo de cooperación y asistencia entre Estado y entidades religiosas, y se ofrece como apoyo para que, en el ámbito educativo público, las entidades religiosas ofrezcan espacio para que aquellos padres que lo hayan elegido libremente tengan oportunidad de seguir formando la dimensión religiosa de la personalidad de sus hijos. Entiéndase, por tanto, que el curso de Religión en la escuela es consecuencia del modelo de colaboración Iglesia-Estado que establece el art. 50 de la Constitución, y de la naturaleza prestacional del derecho de libertad religiosa.[83]

82 Desde la perspectiva de la regla de igualdad de trato en materia religiosa, corresponde plantearse si se está garantizando la dimensión prestacional del derecho de libertad religiosa de padres y alumnos no católicos, que también desean recibir formación religiosa en el ámbito educativo público.

83 Derivado de la existencia de un curso de formación religiosa en la escuela surge la cuestión de la selección del personal docente encargado de dictar esa asignatura. Hasta la fecha no se habían suscitado mayores controversias sobre este punto, pero una reciente sentencia de la Corte IDH deja abierto el escenario para el conflicto. Se trata del caso Pávez Pávez vs. Chile del 22 de abril del 2022, en el que la Corte IDH considera responsable al Estado por el trato discriminatorio a la Sra. Pávez,

En un tercer nivel, dentro de la regla que protege la libertad religiosa en la escuela, surge la cuestión de la posible objeción de conciencia. Entendida como «la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas». Esto es, una situación en que se solicita exoneración al cumplimiento de una obligación legal «por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece».[84] La objeción parte de un elemento esencial de la libertad religiosa, «que nadie debe ser obligado a actuar en contra de sus convicciones», pero considerando el valor normativo que tiene el mandato legal que se opone a la conciencia corresponderá revisar en cada caso, de forma específica e individual, si el deber legal cede paso ante la libertad religiosa. Para ello se podrán utilizar varios mecanismos para analizar la situación: crear alternativas al cumplimiento del mandato legal, ofrecer reglas de acomodación que permitan hacer compatibles ambas obligaciones, o finalmente, plantear judicialmente la controversia y someterla a las reglas de ponderación que utiliza el juez.

Es frecuente la negativa de los padres a que sus hijos cursen determinadas asignaturas (no solo se plantean casos de objeción al curso de formación religiosa, también a materias como educación para la ciudadanía o educación sexual), a que reciban un determinado enfoque de género[85] o científico en un curso, a participar en las clases de educación física y también polémicas que afectan al tipo de alimentos (*kosher* o halal) que se deben servir en el comedor escolar, por poner algunos ejemplos. De todos ellos, uno de los más frecuentes, surge a raíz de la obligatoriedad de realizar alguna actividad

quien fue separada de su cargo de profesora de religión en un colegio público. La razón de la separación del cargo fue consecuencia de la revocación del certificado de idoneidad por parte de las autoridades religiosas, al tomar conocimiento de que su vida personal (comenzó a convivir con una persona de su mismo sexo) no era compatible con los mandatos de la fe católica que enseñaba a los alumnos. Sobre este tema puede verse el comentario de Jorge Otaduy Guerín, «La retirada de la autorización para enseñar religión católica. Resoluciones judiciales recientes en el Perú y marco doctrinal», *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional*, coords. Óscar Díaz Muñoz, Gerardo Eto Cruz y Javier Ferrer Ortiz (Lima. Tribunal Constitucional: Centro de Estudios Constitucionales): 177-204.

84 Art. 4 de la Ley 29635.

85 Como la destacada campaña contra el sesgo de ideología de género que se pretendía incluir en la reforma del currículum educativo, que en 2016 movilizó a muchos padres peruanos a través del grupo de Facebook, «Con mis hijos no te metas».

educativa en una fecha que coincide con un día de descanso religioso. Esto es en esencia lo que se plantea en el EXP. N.° 02430-2012-PA/TC; aquí el TC se encuentra ante un supuesto típico de conflicto entre el cumplimiento del mandato religioso y el cumplimiento de un deber jurídico, pero decide no entenderlo así afirmando que: «Revisada la doctrina precedente sobre la objeción de conciencia, este Tribunal concluye que los conflictos suscitados por exámenes programados en días que, según la religión de una persona, son de descanso semanal con abstención de cualquier actividad laboral o asimilada a ella, no serían en estricto casos de objeción de conciencia, pues carecerían del requisito del *deber jurídico* a objetar […], ya que la persona no estaría obligada legalmente a rendir el examen en cuestión».[86] Es evidente que sí existe un mandato a rendir examen, aunque se encuentre establecido en norma de rango infralegal, como puede ser el reglamento de funcionamiento del centro educativo en cuestión; por lo que no hay duda de que este es uno de los supuestos típicos de objeción de conciencia (de hecho, es uno de los que se presenta con mayor frecuencia en el ámbito educativo y laboral), y por esa razón la Ley 29365 ofrece herramientas de armonización para darle solución.[87] De ese modo, cuando en el ámbito educativo alguna manifestación suponga una violación a la libertad de las conciencias nos plantearíamos si esto en verdad es una exigencia debida, y podemos establecer alguna acomodación razonable para permitir que sea protegida esa dimensión esencial de la libertad religiosa o de culto.[88]

Principio de igualdad.

86 EXP. N.° 02430-2012-PA/TC, f.j. 40. Para comentario puede verse Joaquín Mantecón Sancho, «Exámenes convocados en días de descanso religioso. Comentario a la STC. 2430-2012-PA/TC», *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional*, 233-244.

87 Art. 3, inciso f, reconoce como manifestación propia del derecho de liberta religiosa el derecho a: «Conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que se considere sagrado en su religión, debiéndose armonizar los derechos de los trabajadores con los de la empresa o administración pública para la que labore, y de los estudiantes con las instituciones educativas, conforme al reglamento de la presente Ley».

88 Susana Mosquera, «Consideraciones sobre la acomodación por motivos religiosos en el modelo peruano de relaciones Iglesia-Estado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión,* vol. 3, n.° 1 (2017), http://www.revistalatderechoyreligion.c om/ojs/ojs2.4.6/index.php/RLDR/article/view/48/pdf (consultado el 20 abril del 2022).

> La igualdad es un principio/derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. Traducir ese derecho-principio de igualdad y no discriminación al modelo peruano de relaciones iglesias-estado no es sencillo, dada la desigualdad «natural» e histórica que supone la presencia sociológicamente mayoritaria de un grupo confesional en comparación a los demás, y dadas las condiciones de colaboración vía acuerdo específico que ese grupo ya disfruta dentro del sistema. De ahí la especial importancia que tendrá la ponderada aplicación de este principio de igualdad para llegar a determinar cuándo, en el caso concreto el trato equivalente que debamos dar a las demás entidades religiosas debe pasar necesariamente por los elementos o condiciones de trato que recibe dentro del sistema la confesión mayoritaria.[89]

Muchas son las consecuencias prácticas que tiene este principio del derecho eclesiástico en el ámbito educativo —la igualdad de acceso a clases de formación religiosa en la escuela, la oferta de centros educativos que se adapten a la elección religiosa o moral que los padres elijan para sus hijos, la admisión del alumnado sin establecer exigencias que generen discriminación ideológica, por mencionar algunas—, pero casi todas reenvían a la dificultad de ofrecer un trato en igualdad entre los fieles cuando no existe igualdad entre las distintas confesiones.[90] Es decir, son consecuencia de un modelo de colaboración deficiente.

89 Mosquera, «El sistema jurídico peruano desde la perspectiva del Derecho eclesiástico». Esta idea de igualdad ponderada podemos muy bien percibirla de la redacción que tiene el art. 50 del texto constitucional, que señala los acuerdos de colaboración que el Estado deberá realizar con la Iglesia católica con base en la aportación que esta entidad ha tenido en la formación del país, y abriendo también esa misma opción —aunque formulada en términos de hipótesis— para las demás confesiones religiosas con presencia en el territorio peruano.

90 Para una reflexión actualizada sobre el tema, puede verse María Esperanza Adrianzén Olivos, «El principio de neutralidad para la garantía de la libertad religiosa en el Perú: valoración de avances desde una perspectiva comparada», *Libertad religiosa en el*

Principio de colaboración.

Es el complemento indispensable del principio de igualdad, y al mismo tiempo funciona como eje del sistema de protección de la libertad de conciencia y de religión en el marco de relaciones entre el orden jurídico y el religioso.[91] La idea fundamental que plantea la cooperación o colaboración entre poderes públicos e instituciones religiosas, es la del reconocimiento de una necesidad de interrelación.[92] Ambas esferas son efectivamente independientes entre sí, pero en determinadas cuestiones encuentran puntos o temas comunes que necesitan del consenso y trabajo conjunto. Así la colaboración que el Estado ofrece a lo religioso, no ha de ser la de un apoyo incondicional que sustituya en ocasiones al propio aparato religioso en la toma de decisiones relevantes para el orden interno de las confesiones religiosas, sino que ese enfoque cooperacionista ha de garantizar una esfera de independencia y autonomía para ambas instituciones, la esfera religiosa y la esfera pública o estatal han de colaborar sin interferirse mutuamente. La mejor manera de plasmar esa colaboración es a través de herramientas legales, los acuerdos con las confesiones religiosas, ocupan un papel fundamental para el futuro desarrollo de ese ideal.[93]

Perú. Contexto histórico, garantías del derecho y experiencia comparada: España, Argentina, Colombia y México (Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022).

91 Así, esa colaboración se sostiene sobre una serie de presupuestos básicos, la valoración positiva que la participación democrática a través de grupos intermedios tiene en el ordenamiento jurídico, dentro de esos grupos se reconoce la singularidad de los que dedican su acción a las actividades religiosas y de culto, lo cual comporta a su vez aceptar el hecho religioso como factor social positivo dentro del sistema. María Dolores Cebriá García, «El principio de cooperación "suo modo" informador de las relaciones Iglesia-Estado: su regulación constitucional», *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls,* vol. I (Valencia: Universidad de Alicante, 2000): 101-115.

92 Positivo es la palabra clave en este punto, lo contrario llevaría hacia un planteamiento de rechazo o negación del factor religioso presente en la sociedad, y daría como resultado un Estado de tipo laicista e incluso una sociedad negadora del hecho religioso.

93 Mosquera, «El sistema jurídico peruano desde la perspectiva del Derecho eclesiástico».

La regulación que ha hecho el legislador peruano en relación con la libertad de enseñanza es coherente con lo dispuesto en el artículo 50 CP.[94] El reconocimiento de la Iglesia católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, lleva al Estado a ofrecerle su colaboración, y en ella el sector educativo no puede quedar olvidado puesto que es una competencia que, aun siendo responsabilidad directa del Estado, ha sido tradicionalmente asumida por las instituciones religiosas. En ese sentido debe interpretarse lo dispuesto en el art. XIX del Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú, cuando se reconoce que la Iglesia católica tiene plena libertad para establecer centros educacionales de todo nivel, de conformidad con la legislación nacional, en el ámbito de la educación particular. Reconocimiento expreso del importante papel que la Iglesia católica tiene dentro del sector educativo privado.[95]

Recordemos que, junto a la garantía del derecho a la educación está la cuestión de la libertad de enseñanza como derecho del centro. Los centros pueden ser públicos y privados y su regulación tiene un marco normativo diferente en uno y otro caso, pero si los centros educativos privados colaboran en la prestación del servicio esencial de educación, ¿cómo deberían ser financiados? Siendo la educación un derecho de segunda generación, resulta más evidente que es necesaria esa dimensión prestacional por parte de las autoridades públicas, si no ofertamos plazas suficientes para que los alumnos en edad escolar obligatoria estén escolarizados, no habrá forma de dar efectividad al contenido de este derecho fundamental. Pero las garantías de autonomía que deben tener los centros educativos privados son también materia clave para entender el funcionamiento correcto de este sector.[96] Respecto a los colegios privados, surge la cuestión de su ideario, si tienen o no la posibilidad

94 Art. 50. Constitución peruana de 1993: «Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas».

95 Sobre educación religiosa, puede verse Gonzalo Flores Santana, «La educación religiosa en la escuela pública y privada», *Libertad religiosa y aconfesionalidad del Estado,* eds. Francisco Bobadilla Rodríguez, Jéssica Chirinos-Pacheco y Javier Ferrer Ortiz (Lima: Yachay, 2020).

96 José Luis Martínez López-Muñiz, «Autonomía de los centros escolares y derecho a la educación en libertad», *Persona y Derecho* 50 (2004): 447-504.

de mantener autonomía sobre esos aspectos que son posiciones de fe, y en las que los padres eligen el centro educativo en función de la formación religiosa que desean tener para sus hijos. Esta es una materia muy importante en donde debemos entender la libertad de enseñanza combinada con el derecho a la educación y la formación religiosa que los padres eligen para sus hijos, tal y como viene establecida en la regla convencional mencionada.

> *Principio de independencia y autonomía.*
>
> El modelo peruano de relaciones iglesias-estado no cuenta con un reconocimiento expreso de no confesionalidad, pero esa idea puede ser deducida de manera implícita si se hace una lectura histórica de la evolución que ha experimentado el Derecho eclesiástico peruano en esta materia, desde los textos constitucionales del confesionalismo excluyente, pasando por los del confesionalismo tolerante hasta llegar al texto del 79 con su reconocimiento del derecho pleno de libertad religiosa. En apoyo de esta interpretación de la identidad no confesional del Perú, es posible acudir al concepto de «incompetencia recíproca» que aparece en la jurisprudencia del TC.[97] Ese principio de incompetencia recíproca resulta perfectamente coherente con lo dispuesto en la línea de apertura del ya mencionado art. 50; nada más cercano al modelo dualista cristiano, y nada más lejano al modelo laicista que rechaza de modo radical el hecho religioso.[98]

Durante varios años la evolución legislativa del modelo parecía orientado hacia la construcción de un sistema de colaboración entre el Estado y las diferentes entidades religiosas presentes en el territorio (así se concluía de la Ley 29635 y de su primer Reglamento de Desarrollo). Sin embargo, la reforma reglamentaria del 2016 que omite toda referencia a los acuerdos

97 EXP. N.º 3283-2003-AA/TC, del 15 de junio del 2004, establece que: «Dentro de un Estado aconfesional la relación entre el cuerpo político y las iglesias surgidas del reconocimiento al pluralismo religioso se rige por el principio de incompetencia recíproca; vale decir que, de un lado, el Estado reconoce la existencia de "espacios" en la vida de las personas en los que le está vedado regular y actuar. De manera concordante, las Iglesias aceptan como valladar ético y jurídico la intervención institucional en asuntos propiamente estatales».

98 Mosquera, «El sistema jurídico peruano desde la perspectiva del Derecho eclesiástico».

de cooperación, y la confusa interpretación que realiza el TC ponen en duda la descripción jurídica del modelo.[99] De la evolución legislativa del modelo parece intuirse la intención de mantener la posición de la religión dentro de las instituciones que están bajo control administrativo del Estado, en una suerte de modernización del antiguo regalismo indiano; por su parte, el TC se esfuerza en hacer una lectura sesgada del art. 50 convirtiendo la cláusula de apertura del art. 50, «régimen de independencia y autonomía», en sinónimo de un modelo de laicidad negativa en las relaciones Iglesia-Estado, olvidando que dicho artículo se completa con una expresa referencia a las fórmulas de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas presentes en el país. Ante esa incoherencia que presenta el sistema, y realizando una lectura coherente del art. 50 de la Constitución, es posible afirmar que el modelo sigue siendo de colaboración con aquellas entidades que alcancen el notorio arraigo del que habla la Ley 29635.

Como aclaración cabe señalar que, la principal consecuencia que debe derivar de ese reconocimiento de independencia y autonomía es la obligación que tienen las autoridades estatales de alejarse, independizarse del hecho religioso, asumiendo una posición de neutral colaboración. En línea con ese principio, está la cuestión de la independencia; los centros educativos tienen marco regulatorio de carácter público, y están estructurados dentro del funcionamiento del organigrama educativo estatal, pero para la participación que ofrecen para garantizar la prestación del servicio esencial de educación deben respetar las libertades educativas privadas que garantizan las normas internacionales.

Ese elemento de independencia entre lo público y lo privado es una materia que requiere de un análisis muy específico, puesto que va unida a la fórmula de cooperación del Estado con las entidades religiosas y a la necesaria protección de la dimensión prestacional del derecho de libertad religiosa. Debemos entender que, en Perú, la actitud del modelo ante el hecho religioso es positiva, de ahí deriva un deber asistencial y de cooperación. En ese sentido es que el Estado necesita cooperar, necesita establecer herramientas de colaboración entre la estructura pública que tiene la obligación de garantizar el derecho-deber de educación de los alumnos del país; y del otro lado,

99 Carlos R. Santos Loyola, «La Ley de libertad religiosa: Principales avances y una problemática reglamentación», *Gaceta Constitucional*, tomo 183 (enero 2019): 183-192.

los centros educativos de naturaleza privada que están vinculados a una estructura de tipo religioso, con la que el Estado debe aprender a cooperar. Como señala el juez Bonello en su opinión concordante en el caso Lautsi: «Hasta una época bastante reciente, el Estado "laico" no se ocupaba apenas de la educación, misión esencial que delegaba, por defecto, a las instituciones cristianas. No fue sino poco a poco que el Estado empezó a asumir sus responsabilidades en cuanto a educar a la población y proponerle otra cosa que el cuasi monopolio religioso en la educación».[100]

En ese orden de cosas, y conociendo la concreta evolución histórica del modelo peruano, entender la laicidad como estrategia de separación Iglesia-Estado, en la que la fe religiosa queda reducida a hecho privado, equivale a desconocer la existencia de la religión como un factor que explique y estructure la sociedad.[101] Esa forma de entender la laicidad se presenta más bien como la gran excepción de Francia, donde la laicidad transformada en laicismo institucional hace todos los esfuerzos por eliminar la presencia de la religión de la esfera pública. Sin embargo, el modelo peruano no ha sido construido con base en ese planteamiento de laicismo negativo, sino como un modelo de estado laico (es decir, que ya no tiene religión oficial) pero que no ignora la fe religiosa como fenómeno social. La religión sí existe, y desconocerla puede tener impacto en los derechos y libertades de las personas. La hostilidad hacia la religión genera dificultades de convivencia pues anula el pluralismo y margina los derechos de las minorías. Por otro lado, desde una perspectiva sociológica y estadística hay que señalar que la separación radical como modelo es en realidad minoritario, ya que lo más frecuente es la existencia de alguna forma de reconocimiento o cooperación.[102] Pero sobre todo resulta esencial entender la importancia de mantener la protección jurídica del derecho de libertad religiosa independientemente del modelo político de relaciones Iglesia-Estado.

100 Opinión concordante del juez Bonello a la Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el Caso Lautsi vs. Italia del 18 de marzo del 2011.

101 Jean Baubérot et al., «La laïcité française fase au pluralism et à ses mutations», *Chercheurs de Dieux Dans l'espace Public - Frontier Religions in Public Space*, ed. Pauline Côté (Ottawa: University of Ottawa Press, 2001): 169-182, http://www.jstor.org/stable/j.ctt1ckpcj1.14 (consultado el 2 de mayo del 2022).

102 Para conocer con detalle las características de los distintos modelos, puede verse la información disponible en el Proyecto Religión y Estado, https://www.thearda.com/ras/ (consultado el 2 mayo del 2022).

> El Convenio ha confiado al Tribunal la tarea de hacer respetar la libertad de religión y de conciencia, pero no le ha otorgado la facultad de obligar a los Estados a la laicidad o de forzarlos a adoptar un régimen de neutralidad confesional. Corresponde a cada Estado optar o no por la laicidad y decidir si —y, en su caso, en qué medida— quiere separar la Iglesia y la gestión de los asuntos públicos. Lo que el Estado no debe hacer es privar a nadie de su libertad de religión y de conciencia. Un abismo axiomático separa un concepto prescriptivo de los demás conceptos, no prescriptivos.[103]

En ese terreno los tratados tienen la función de servir como elemento guía que, desde fuera del entorno político nacional, ayuden a interpretar las normas internas en aquellos momentos en que pierdan el rumbo.

Lamentablemente, la jurisprudencia del TC no asume la diferencia entre la laicidad como principio y la laicidad como modelo de relaciones Iglesia-Estado.[104] Afirmando en muchas de las recientes sentencias que el modelo establecido es un modelo de laicidad, cuando la palabra «laico, laicidad o incluso aconfesional» ni siquiera aparecen en el texto constitucional. El punto culmen de la confusión en este punto llegó con la sentencia 00007-2014-AA, en la que el TC llega a afirmar que es inconstitucional la financiación pública de los centros educativos de acción conjunta, y lo hace porque interpreta el artículo 50 de la Constitución como si en él se hubiera establecido un modelo de relaciones Iglesia-Estado laicista, y no un modelo de colaboración.[105] Estamos en completo desacuerdo con la interpretación de esta sentencia que tergiversa al modelo convirtiéndolo en un modelo de laicidad cuando el artículo 50 nos describe un modelo de colaboración, aspecto confirmado con la ley de libertad religiosa. Pero es que además cuestiona un régimen de

103 Opinión concordante del juez Bonello a la Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el Caso Lautsi vs. Italia del 18 de marzo del 2011.

104 Para una mejor comprensión de lo que significa el estado laico, puede verse Susana Mosquera, «Sobre el estado laico», *Ius 360* (febrero 2019), https://ius360.com/publico/sobre-el-estado-laico/.

105 Sobre el modelo peruano de relaciones Iglesia-Estado, puede verse Susana Mosquera, «Estudio del sistema peruano de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas», *Revista Jurídica del Perú*, vol. 50 (2003): 265-284.

financiación que está expresamente previsto en el texto constitucional.[106] Por todo ello resulta urgente superar esa situación, dejar a un lado la polémica sobre la descripción política del modelo para poder centrar el debate en la efectiva garantía de la libertad religiosa como derecho fundamental.

V. Reflexiones finales

El derecho a la educación es terreno natural de convivencia entre estructuras privadas y regulación pública. En un país como Perú, el factor histórico explica la significativa presencia de instituciones educativas vinculadas a instituciones religiosas. Tratar de ofrecer una garantía del servicio esencial de educación completamente público resultaría inalcanzable. Pero dada la dimensión prestacional del derecho a la educación es legítimo preguntarse por la obligación de colaboración que tiene el Estado hacia las instituciones educativas privadas.

Adicionalmente, en materia educativa, las reglas convencionales que garantizan las libertades individuales que protegen la dimensión religiosa de la persona y de los grupos necesitan de un pleno desarrollo interno. El derecho de los padres a elegir la formación religiosa de sus hijos, la protección de la libertad de las conciencias en el ámbito educativo, la enseñanza de la religión desde un enfoque respetuoso del pluralismo, son algunos de los aspectos que llevan de forma natural esta materia hacia el terreno del Derecho eclesiástico. De ahí que el adecuado desarrollo del modelo de relaciones entre el Estado y las entidades religiosas se presenta como mecanismo jurídico para poner orden en alguna de estas cuestiones. Pero mientras ese desarrollo no cristalice en específicos acuerdos, será necesario seguir acudiendo a los principios para la solución de los problemas que derivan del ejercicio de libertades individuales dentro de un marco regulatorio público.

106 Art. 17 de la Constitución: «Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y en favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa».

EDUCATIONIS MOMENTUM

Vol. 8, n.° 1, pp. 97-136, ISSN (impr.): 2414-1364; (online): 2517-9853
https://doi.org/ 10.36901/em.v8i1.1500

Régimen jurídico de la educación universitaria privada en Uruguay

The Legal Regime of Private University Education in Uruguay

Marcelo Sheppard Gelsi
Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay
mjsheppard@um.edu.uy
https://orcid.org/0000-0002-3155-7122

Recibido: 2022.06.13
Aprobado: 2022.09.28

Resumen

El presente artículo analiza el régimen jurídico de la educación universitaria privada en Uruguay, examinando la relación entre Constitución y persona humana, la libertad cultural y de enseñanza, el principio de subsidiariedad y la autonomía universitaria. Al mismo tiempo hace un resumen de los instrumentos internacionales y leyes relativos a la enseñanza y a la educación en el país, para luego estudiar los conceptos de educación superior, terciaria y universitaria. Finalmente examina la normativa aplicable a la educación universitaria privada.

Palabras clave: educación, universidad privada, Constitución, libertad de enseñanza, Uruguay

Abstract

This article analyses the legal regime of private university education in Uruguay, examining the relationship between the Constitution and the human person, cultural and teaching freedom, the principle of subsidiarity and university autonomy. At the same time, it summarizes the international instruments and laws relating to teaching and education in Uruguay, and then surveys the concepts of higher, tertiary and university education. Finally, it examines the regulations applicable to private university education.

Keywords: education, private university, Constitution, academic freedom, Uruguay

1. Introducción

El presente artículo analiza el régimen jurídico de la educación universitaria privada uruguaya desde una mirada a los principios rectores reconocidos especialmente por la Constitución nacional, tratados internacionales ratificados e internalizados por Uruguay, por leyes y decretos.

En la sección primera se desarrolla la relación entre Constitución y persona humana. La segunda sección examina la libertad cultural y de enseñanza, mientras que la tercera sección aborda el principio de subsidiariedad y la enseñanza. La cuarta sección analiza la autonomía universitaria, con especial énfasis en la autonomía de la universidad privada. La sección quinta resume los instrumentos internacionales y las leyes relativas a la educación y, finalmente, la sexta sección elabora el concepto de educación superior, terciaria y universitaria, a la vez que analiza el marco jurídico vigente de la educación terciaria universitaria privada en Uruguay. En la última sección se realizan una evaluación crítica del régimen jurídico de la educación terciaria privada en Uruguay y algunas propuestas de reforma.

2. Constitución y persona

La Constitución uruguaya reconoce la importancia de la persona humana cuando en el artículo 72 establece que: «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».

Siempre que la Constitución se refiere a derechos y deberes se dirige a la persona humana, centro neurálgico de las normas que giran en torno a ella y sin la cual carecen de sentido. Como expresa claramente Gelsi Bidart, «referirse a derechos humanos parecería casi un "pleonasmo" jurídico, pues no cabe hablar, en sentido estricto, sino de derechos que corresponden al hombre: a nadie más pueden atribuirse, ningún otro titular y no hay otro modo de calificar, por su pertinencia, a los derechos».[1]

1 Adolfo Gelsi Bidart, *Cuestiones de cultura y enseñanza* (Montevideo: Amalio Fernández, 1974), 55-56.

La persona humana es centro del derecho, hacia ella debe dirigirse el Estado y a ella debe servir. Brito enseña que la persona humana es centro de configuración de atributos sustantivos y que la vida humana es el «contenido esencial» de todos los derechos y deberes que deben ser reconocidos por el Estado y obligan a todos los poderes públicos.[2] Rotondo y Martins sostienen acertadamente que el régimen jurídico uruguayo pone a la persona humana como centro de las instituciones sociales, poseyendo derechos fundamentales «porque provienen de la dignidad que le es inherente y a cuyo respecto el Estado efectúa un reconocimiento y establece procedimientos de garantía».[3]

En la misma línea, explica Gelsi Bidart, que la enumeración de los derechos es un elemento necesario para que la sociedad sea «verdaderamente humana», siempre reconociendo que la persona «ha de ser siempre sujeto y nunca objeto, para el mismo».[4]

La persona humana es digna, y debe ser respetada siempre y en todo lugar, especialmente por los distintos poderes del Estado. Brito enseña que:

> […] en este asiento de la realidad —vida vivible, perfectible— que el hombre es, se configura la dignidad humana. Desde ella resultan reclamos ontológicos (háblese de derechos y deberes). Desde la peculiaridad y notas —atributos entitativos— de la persona humana, se advierte su ser en una unidad que anuda a) vida, b) libertad personal, c) verdad, d) búsqueda de la preservación del ser individual […] e) el ser alteridad y la custodia de la proyección de ese ser con otros […] f) la atención a los deberes también inherentes a la persona humana.[5]

En el mismo sentido, para Real «la concepción del hombre como un valor en sí, de principio, acogido por el derecho, pero que no encuentra en el derecho

2 Mariano Brito, «Persona humana en internet», *Derecho Administrativo, su permanencia: Contemporaneidad-Prospectiva* (Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004), 94-95.

3 Felipe Rotondo y Daniel Hugo Martins, *Régimen legal de la educación* (La Ley Uruguay, 2010), 25.

4 Bidart, *Cuestiones de cultura y enseñanza*, 56.

5 Brito, «Persona humana en internet», 95.

la fuente de su existencia y actividad ni el impulso motor, sino el límite de su esfera reservada».[6]

El ser humano es definido por la tradición aristotélico-tomista como animal racional dotado de las potencias de la inteligencia y la voluntad[7]. Esta concepción queda plenamente ratificada por el artículo 8 de la Constitución, que establece que «no se admite entre los ciudadanos más diferencias que los talentos —la inteligencia— y las virtudes — la voluntad»[8]. Maritain explica que el ser humano por tener raciocinio es capaz de abstraerse de los fenómenos sensibles para conocer el ser y «descubrir motivos superiores a insertar en el mundo una serie de actos que no resultan necesariamente de los antecedentes dados. El hombre, si quiere, puede representar su papel en el mundo: es una persona».[9]

Cajarville, explicando el artículo 72 de la Constitución, entiende que son «inherentes a la personalidad humana» aquellos derechos que corresponden al ser humano, «por el hecho de serlo»; sin depender de su actividad ni de la situación jurídica en la que se encuentran, «sino de su propia naturaleza, de lo que todos los hombres tienen de igual».[10]

Muy unido a la concepción de persona, de sus derechos y deberes se encuentra la noción de bien común, que puede ser definido como conjunto de condiciones

6 Alberto Ramón Real, *Estado de Derecho y humanismo personalista* (Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1974); citado por Juan Pablo Cajarville, *Estudios en homenaje al Prof. Dr. Alberto Ramón REAL, dispuesto por el Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay* (Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1996), 475.

7 Aristóteles, *Política*, VII, 12, 1332 –b (Gredos, 1988), 435; Tomás de Aquino, *Suma Teológica* I, q. 82, a. 1, ad 2).

8 Héctor Barbe Pérez, *Proceso Educativo del Uruguay* (Montevideo: Ed. Barreiro y Ramos, 1981), 76.

9 Jacques Maritain, *Para una filosofía de la persona humana* (Santiago: Editorial Letras, 1938), 84; citado por Daniel Hugo Martins, *Principios Constitucionales* (Montevideo: Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Jornadas sobre el estado de Derecho, Educación y Laicidad, 1988), 102.

10 Cajarville, *Estudios en homenaje al Prof. Dr. Alberto Ramón*, 475.

de la vida social que ayudan al ser humano a la plena realización.[11] Durán Martínez explica que «el estado Constitucional de Derecho, está para el logro del bien común, es decir, para crear las condiciones de hecho necesarias para el desarrollo de la persona humana. En definitiva, El Estado, ser instrumental, está para facilitar el adecuado desarrollo de la persona humana».[12]

Al mismo tiempo, la Constitución expresa en su artículo 7 que: «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 establecen por razones de interés general». Estos derechos surgen por el mero hecho de ser persona y no por ser concedidos por el Estado, que debe proteger la vida, el honor, la libertad, seguridad, trabajo y propiedad. El «interés general», en este caso, se identifica con el bien común antes mencionado, dado que un interés general que no cree condiciones necesarias para el desarrollo de la persona dejaría de ser interés general.

3. Libertad cultural y de enseñanza

La libertad cultural, reconocida en nuestro ordenamiento en los artículos 8, 68 y 72 de la Constitución, engloba la libertad de enseñar[13] y de aprender,

11 Alasdair MacIntyre, «Theories of Natural Law in the Culture of Advanced Modernity», en *Common Truths: New Perspectives on Natural Law*, ed. Edward B. Mclean (Wilmington, Delaware: ISI Books, 2000), 109. Constitución Pastoral Gaudium Et Spes Sobre La Iglesia En El Mundo Actual, punto 26 en https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html (recuperado el 9 de junio del 2022).

12 Augusto Durán Martínez, «Principios rectores de la enseñanza y de la educación», *Transformaciones Actuales del Derecho Administrativo*, coord. Carlos Delpiazzo, (Montevideo: FCU, 2010): 207.

13 Según Mariano Brito y Héctor Frugone, *Régimen jurídico de la Educación y la Enseñanza en el Uruguay* (Montevideo, 1973), 14. «Enseñanza es expresar a alguien su propio saber, lo que se cree o lo que se entiende sobre algún punto y como contrapartida, recibir también esas opiniones y creencias, y Educación, desde el punto de vista sociológico, importa la trasmisión a determinados individuos, de los valores, las ideas, las normas, las maneras de concebir el mundo, de un grupo social […] es incorporar a alguien a cierta tradición cultural, infundiéndole principios». En similar sentido, ver Carlos Delpiazzo, *Derecho Administrativo Especial*, volumen 2, 3.a edición actualizada y ampliada (Montevideo, 2017), 13.

como presupuestos exigidos por la libertad de acceder a la verdad.[14] Por su parte, los artículos 68 a 71 y 202 a 205 refieren a enseñanza y el art. 41 a educación.

Como bien explica Gelsi Bidart, la libertad de enseñanza se inserta en la protección de la libertad de pensamiento, en «cuanto resulta necesario para poder enseñar libremente, poder pensar de manera libre».[15] La libertad de enseñanza es uno de los principios fundamentales del régimen jurídico uruguayo y tiene su sustento «en la concepción de la persona humana adoptada por nuestro derecho positivo».[16]

El artículo 68 de la Constitución dispone que «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».

Rotondo manifiesta que en la Constitución reconoce el derecho a enseñar y «a aprender en libertad», lo que comprende el pluralismo educativo «como expresión de la libertad de comunicación de pensamiento».[17] Garantizar equivale a reconocer la existencia previa de la cosa garantizada, y por ello la Constitución no instituye la libertad de enseñanza, sino que la reconoce y la protege jurídicamente.[18]

La Constitución limita la intervención del Estado al mantenimiento de la convivencia a los solos efectos de mantener la higiene, moralidad, seguridad y orden públicos. Como bien dice Barbé Pérez, el ordenamiento jurídico «al mismo tiempo que reconoce la libertad de cultura, establece algunas limitaciones

14 Barbé Pérez, *Proceso Educativo del Uruguay*, 76. Conf. Felipe Rotondo, «Regulación de la enseñanza privada en el Uruguay», *Regulación de la actividad privada, en homenaje a Mariano Brito y Horacio Cassinelli Muñoz* (FCU, septiembre de 2015): 397. Conf. Augusto Durán Martínez, «Principios rectores de la enseñanza y de la educación», 208.

15 Bidart, *Cuestiones de cultura y enseñanza*, 238.

16 Barbé Pérez, *Proceso Educativo del Uruguay*, 76.

17 Felipe Rotondo, «Regulación de la enseñanza privada en el Uruguay», 399.

18 Durán Martínez, «Principios rectores de la enseñanza y de la educación», 208.

legítimas y prohíbe también algunas prohibiciones ilegítimas de esta libertad como puede ser el monopolio estatal de la enseñanza».[19]

Barbé Pérez, Martins y Durán Martínez coinciden en cuanto a que el contenido de la libertad de enseñanza supone esencialmente:

a. La creación de institutos educativos con la forma jurídica que se desee y la designación libre de los docentes.

b. La libre elección de los métodos, programas y orientación.

c. La expedición de títulos o certificados de estudios.

d. La aplicación efectiva de los conocimientos adquiridos, a través del reconocimiento de los títulos otorgados.[20]

Por su parte, la importancia del artículo 68 de la Constitución se puede resumir, como bien comenta Durán Martínez, en las siguientes razones:

a. Declara en forma amplia el derecho de los educandos a elegir para su enseñanza los maestros o instituciones que deseen.

b. Obliga al estado a asegurar esa libertad de opción.

c. Veda absolutamente el monopolio de la enseñanza en todos sus niveles y en todas sus manifestaciones […].

d. Limita al máximo la intervención del estado. La limita en cuanto a la forma y en cuanto al fin. En cuanto a la forma, la Constitución exige ley en sentido orgánico-formal, en cuanto fin, únicamente se admite al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y órdenes públicos.[21]

19 Barbé Pérez, *Proceso Educativo del Uruguay*, 78.

20 Barbé Pérez, 77; Martins, *Principios Constitucionales*, 104; Durán Martínez, «Principios rectores de la enseñanza y de la educación», 211.

21 Durán Martínez, 210.

Si bien el artículo 68 de la Constitución reconoce a personas menores o incapaces como titulares de la libertad de enseñanza, el derecho de los mayores está contenido en el artículo 72 de la Constitución.

Como se mencionó, uno de los contenidos de la libertad de enseñanza es la libertad de las instituciones de enseñanza privada de expedir títulos o certificados. Su valor surgirá de los contenidos y nivel de los estudios correspondientes.[22] Como dice Durán, «la ley puede limitar la libertad de trabajo por razones de interés general, pero al hacerlo, no puede afectar la libertad de enseñanza… Si la ley exige título habilitante para el ejercicio de una profesión debe reconocer los títulos expedidos por las universidades privadas que cumplen acabadamente con los requerimientos jurídicos establecidos».[23]

A modo de conclusión, Gelsi Bidart enseñaba que:

a. La libertad de enseñanza es un bien a salvaguardar por la sociedad, para que todos los hombres, ya sea de los que se coloque en el plan de enseñar, como de quienes puedan requerir la enseñanza para sí, garantizándolos el poderlo hacer según sus propias orientaciones, sin imposiciones ni coacciones externas y con los solos límites de la salud, moral o seguridad públicas.

b. Implica una igual consideración y posibilidad para todos los hombres, y para las instituciones que puedan formar al respecto, tanto en el contenido como en los métodos de la enseñanza, sin privilegios positivos ni prohibiciones o dificultades insuperables para unos y otros, incluso en el plano económico.

c. La efectividad de ese respeto y de la libre elección de la empresa educativa o de enseñanza, supone asegurar a los representantes naturales de los menores, la realización directa de la enseñanza (comunidad educativa familiar) y la delegación parcial —integrándola en la tarea común educativa— en instituciones de enseñanza, no entregando el

22 Rotondo, «Regulación de la enseñanza privada en el Uruguay», 400.

23 Durán Martínez, 219.

> hijo a éstas, sino integrándose, con el hijo, en las mismas, para proseguir la tarea educativa.[24]

4. Principio de subsidiariedad y enseñanza

Como viene de decirse, la libertad de enseñanza debe ser reconocida por el Estado, y no debe ser monopolizada ni suprimida por este.[25] Estos dos corolarios son manifestaciones del principio de subsidiariedad.

La Constitución reconoce el principio de subsidiariedad en los artículos 68 a 70. Tal como señala Delpiazzo:

> […] 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 populares y suplir 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 derecho propio.[26]

De acuerdo a Aguilera y Rodríguez:

> […] el principio de subsidiariedad, consiste, como su nombre lo indica (ayuda desde la reserva), en ayudar desde una instancia que no es la directamente responsable de lo que ocurre. Se trata de la ayuda que cada entidad superior ha de desempeñar respecto de las inferiores, siempre y cuando éstas no sean capaces de cumplir con sus obligacio-

24 Bidart, *Cuestiones de cultura y enseñanza*, 25.

25 Delpiazzo, *Derecho Administrativo Especial*, 15-16.

26 Delpiazzo, «Derechos de los padres en materia de enseñanza religiosa», *Revista de Derecho*, Año XIII, n.o 25 (Universidad de Montevideo, 2014): 17.

> nes, cubrir sus necesidades, etc. Dicho de otra manera, se trata de que las instancias superiores estimulen y no suplanten las áreas de autonomía que pueden por sí mismos los inferiores ejecutar.[27]

De acuerdo a los autores citados el principio de subsidiariedad tiene un aspecto restrictivo, en tanto dispone que la entidad de rango superior no debe realizar lo que puede hacer por sí sola la de rango inferior; también tiene un aspecto positivo en tanto fomenta la iniciativa privada; y a la vez tiene un aspecto supletorio, en tanto la entidad de orden superior debe suplir siempre que la entidad de rango inferior no pueda realizar la actividad por sí sola: «vivir este principio es necesario, para que cada hombre y (subsidiariamente) las entidades sociales desarrollen su propia personalidad, ejerzan libremente su creatividad y perciban el reconocimiento que merecen».[28]

Rodríguez Arana y Gómez Pérez enseñan que la autoridad debe ejercerse en el nivel más adecuado para que sea eficiente y que el Gobierno debe completar, no sustituir, la acción de las personas y de las familias.[29] Comparto la opinión de Rodríguez Arana en cuanto que, «el principio de subsidiariedad está en la entraña del Estado Social y Democrático de Derecho y confirma la idea de que el Estado, los poderes públicos, existen para servir al ciudadano, y no el ciudadano para el Estado».[30]

En Uruguay, como dice Rotondo, el principio de subsidiariedad «no significa que el estado no intervenga sino que lo haga subsidiariamente en tareas

27 Antonio Millán Puelles, *Persona humana y justicia social* (Rialp, 1982), 135-154; citado por Juan Carlos Aguilera y Alfredo Rodríguez, «Principios de subsidiariedad y equidad en la gestión de las organizaciones educativas», https://www.adeepra.org.ar/congresos/Congreso%20IBEROAMERICANO/POLITICASEQUIDAD/RLE2828Aguilera.pdf (recuperado el 9 de junio del 2022).

28 Aguilera y Rodriguez, «Principios de subsidiariedad y equidad en la gestión de las organizaciones educativas», 1.

29 Rafael Gómez Pérez, «Aclarándose con la subsidiariedad», *Expansión* (1992): 2; citado por Jaime Rodríguez Arana, *Cuatro estudios de Derecho Administrativo Europeo. Derechos fundamentales, subsidiariedad, subvenciones y Administraciones Públicas* (Granada: Editorial Comares, 1999), 17.

30 Rodríguez Arana, 17.

que son de fomento, colaboración, y en su caso, suplencia, siendo el papel primerísimo de cada persona y familia».[31]

La faceta restrictiva del principio de subsidiariedad en materia de enseñanza es más intensa, ya que no se admite nunca el monopolio. En esta materia, el Estado debe ayudar a la actividad privada, sin desplazarla ni obstaculizarla. [32]

Con respecto a la faz positiva del principio de subsidiariedad se debe mencionar el artículo 69 de la Constitución, que dispone que «las instituciones de enseñanza privada y las culturales de la misma naturaleza estarán exoneradas de impuestos nacionales y municipales, como subvención por sus servicios». La Constitución, por lo tanto, estimula la educación privada. En Uruguay, a diferencia de otros países como en España, el Estado no financia los sueldos de los profesores de los institutos privados.[33]

Por último, el aspecto supletorio del principio de subsidiariedad se da por prestación de enseñanza gratuita estatal (art. 71 y concordantes de la Constitución).

5. Autonomía universitaria

La autonomía universitaria es la capacidad de la universidad de proteger su libertad académica, principalmente del poder político.[34] Bernasconi enseña que «la relación entre la libertad académica y la autonomía es una de medio a fin donde la autonomía es un medio para la protección de la

31 Felipe Rotondo y Daniel Hugo Martins, *Régimen legal de la educación* (La Ley, 2010), 28-29.

32 Durán Martínez, «Principios rectores de la enseñanza y de la educación», 220.

33 Juan José Guardia Hernández, «Conciertos educativos y régimen de copago en España: Entre la ficción y la realidad», https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1512785 (recuperado el 9 de junio del 2022).

34 Jorge Landinelli, «Alcances de la autonomía universitaria en Uruguay: continuidades, perturbaciones y cambios», *La autonomía universitaria: una mirada latinoamericana*, comps. Antonio Villar y Antonio Ibarra, Unión de Universidades de América Latina y el Caribe [UDUAL] (México D.F.: Impresos Condor, 2014), 1. Andrés Bernasconi, «Autonomía Universitaria en el siglo XXI: nuevas formas de legitimidad ante las transformaciones del Estado y la sociedad», *Pág. Educ.* vol. 7, n.o 2 (Montevideo, nov. 2014): 1.

libertad intelectual», de modo que brinda una garantía a los profesores e investigadores de que la libertad de enseñanza se mantendrá inalterada.[35]

Aquí cabe una distinción entre autonomías. La primera, llamada genérica, es la que surge del derecho de asociación y que tienen todas las asociaciones, clubes, centros y universidades privadas. Las últimas, además, están bajo el amparo de la libertad de enseñanza, lo que refuerza la independencia frente al poder político. Por su parte, la autonomía especial es aquella que deriva de la función propia y exclusiva de su conocimiento; en el ámbito universitario, se aplica a las universidades creadas por el Estado y que funcionan bajo su potestad.[36]

En Uruguay, tanto la Udelar como la UTEC son entes autónomos y, por lo tanto, tienen autonomía especial con rango constitucional. Sin embargo, que la Udelar y la UTEC tengan consagrada su autonomía a través de la creación de un ente autónomo, no significa que las universidades privadas no sean autónomas. Como se dijo antes, por el mero hecho de ser universidades deben poder ejercer la libertad académica con autonomía de los poderes políticos. Como todas las libertades, estas pueden ser limitadas por ley por razones de interés general.

¿Cuál es el contenido, entonces, de la autonomía universitaria? De acuerdo a la International Association of Universities (IAU), el principio de autonomía puede definirse como «el necesario grado de independencia de interferencia externa que la Universidad requiere respecto a su organización interna y gobierno, la distribución interna de recursos financieros y la generación de ingresos de fuentes no públicas, la contratación de su personal, la fijación de las condiciones de estudio y, por último, la libertad de enseñanza e investigación».[37]

35 Bernasconi, «Autonomía Universitaria en el siglo XXI».

36 Ibid. Antonio Abruña, Víctor Baca y Álvaro Zegarra, «Algunas ideas para el estudio de la autonomía universitaria en el ordenamiento peruano», *Revista de Derecho*, vol.1 (Universidad de Piura, 2000): 9-57.

37 IUA Policy Statement, «Academic Freedom, University Autonomy and Social Responsibility» (abril 1998), https://www.iau-aiu.net/IMG/pdf/academic_freedom_policy_statement.pdf (recuperado el 9 de abril del 2022. Bernasconi, «Autonomía Universitaria en el siglo XXI».

¿Qué nivel de autonomía reconoce el Decreto 104/14 a las universidades privadas? El artículo 11 del Decreto 104/14 establece que «esos estatutos consagrarán un régimen que permita a la institución ejercer, dentro del marco legal y reglamentario vigente, las siguientes atribuciones con plena autonomía institucional y académica (subrayado mío):

a) Reformar sus estatutos, definir sus órganos de dirección y de asesoramiento, decidir su integración y forma de designación o elección de sus integrantes, y establecer sus funciones.

b) Elegir sus autoridades.

c) Crear carreras de grado y posgrado.

d) Formular y desarrollar planes de estudio, de investigación científica y de extensión y servicios a la comunidad.

e) Establecer el régimen de acceso, permanencia y promoción del personal docente y no docente.

f) Establecer el régimen de admisión, permanencia y promoción de sus estudiantes.

g) Otorgar grados académicos y títulos.

h) Designar y remover a su personal.

i) Administrar sus bienes y recursos.

j) Impulsar y participar en emprendimientos que favorezcan el desarrollo académico.

k) Mantener relaciones de carácter educativo, científico y artístico con instituciones del país y del extranjero.

Sin embargo, el mismo decreto establece que las instituciones deberán solicitar reconocimiento para los cambios de planes (art. 5), nuevas ofertas de grado y postgrado (art. 5), nuevas sedes (art. 7); solo podrán asumir la naturaleza jurídica de asociaciones y fundaciones (art. 10).

Si bien la autonomía tiene sus límites (y debe ser regulada por ley por razones de interés general), sería conveniente a los efectos de reconocer y efectivizar la autonomía de las universidades privadas, que aquellas más consolidadas puedan, por ejemplo, modificar los planes de estudio u ofrecer ofertas de postgrado sin la necesidad de transitar el proceso de evaluación de pares, cumpliendo sí con los controles formales que ejerza el Área de Educación Superior del Ministerio de Educación y Cultura.

6. Instrumentos internacionales y leyes relativos a la educación

En el ámbito internacional, Uruguay ha ratificado e internacionalizado los siguientes instrumentos, los cuales reconocen la libertad de enseñanza, la libertad de los padres para garantizar la educación religiosa y moral que esté de acuerdo a sus convicciones, derecho de toda persona a la educación, derecho al desarrollo de la personalidad, entre otros.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948). Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, art. 26.[38]

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1949), art. 12.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley N.o 13.751 de 11/7/69), art. 18.4.

38 En cuanto a la importancia de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia entendió que:

«[…] comparte la línea de pensamiento según la cual las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos se integran a la Carta por la vía del artículo 72 por tratarse de Derechos inherentes a la Dignidad Humana que la comunidad internacional reconoce en los pactos. En este sentido Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los artículos 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales de Derecho positivo, de trascendencia práctica de los que no puede prescindir la sistematización técnico jurídica».

Alberto Ramón Real, «El Estado de Derecho», *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture* (Montevideo, 1957), 604. Suprema Corte de Justicia, sentencia 365/2009 del 19 de octubre del 2009.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley N.o 13.751 de 11/7/69), arts. 10, 13.
- Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (Ley N.o 17.724 de 3/5/04), art. 5.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley N.o15.737 de 08/03/85), art. 4.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Ley N.o 16.137 28/09/90), art. 28.
- Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (Ley N.o 18.270 de 19/4/08), art. 22.
- El Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N.o 17.823 de 7/9/04), arts. 7, 19, 110c).
- Ley General de Educación N.o18.437 de 12/12/08 y Ley de Urgente Consideración N.o 19889 de 14/07/20, arts. 1, 2 y 3.

7. Concepto de enseñanza superior, terciaria y universitaria

Como señala Rotondo, la Constitución alude a la enseñanza superior en los artículos 71, 76, 202, 251, sin que surja su caracterización.[39] Cassinelli Muñoz entendió que:

> […] hay que buscar el concepto en los tratadistas de la teoría de la educación, pues la Constitución no trae una definición normativa que imponga un apartamiento del significado técnico de la expresión. Según las doctrinas más recibidas, lo caracteres esenciales de la enseñanza superior tocan tres aspectos: en primer lugar, la necesidad de una preparación cultural media para su buen aprovechamiento; en segundo lugar la preponderancia de los aspectos intelectuales de los estudios; en tercer lugar, la orientación hacia la capacitación del estudiante para la creación independiente, o sea para la solución de los problemas que aparezcan en el ejercicio profesional o en la inves-

39 Rotondo, «Regulación de la enseñanza privada en el Uruguay», 401.

> tigación desinteresada y que no encuadren en esquemas de rutina ya estudiados.[40]

Gelsi Bidart señalaba que:

> […] la enseñanza superior debe realizarse teniendo en consideración el fin formativo de la enseñanza, para el hombre en general que además será profesional; y que en base a la clase comunidad que actúa en conjunto bajo la dirección del profesor, con acceso individual a las fuentes y construcción en equipo, en la clase, de los temas respectivos, dando preferencia al «dialogo socrático» sobre la mera exposición del profesor o de los alumnos.[41]

La ley 16.736 de 29/10/84 dispone que «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». En forma similar, el Decreto 104/14, cuando regula el reconocimiento de carreras terciarias no universitarias, establece que estas no podrán «utilizar la denominación "Universidad" o sus derivados, de atribuir carácter "superior" a la enseñanza que impartan, y de aplicar a los títulos que expidan las denominaciones referidas en el artículo 21 de este decreto».

De estos artículos se desprende que, a los efectos de la regulación de la educación terciaria privada, el término «superior» hace referencia a los niveles más altos de la enseñanza y de alguna manera se la asemeja a la enseñanza universitaria.[42]

---

40 Horacio Cassinelli Muñoz, «Ciudadanía y enseñanza superior», *Revista DJA T* 61, n.o 4, 94.

41 Bidart, *Cuestiones de cultura y enseñanza*, 362.

42 Felipe Rotondo expresa que la «educación superior» no se identifica con educación universitaria en la Constitución, citando el artículo 76 que refiere que los profesores de educación superior no requerirán ciudadanía para ejercer dicha profesión. Felipe Rotondo, «Instrumentos Jurídicos del Sistema Educativo Uruguayo con inclusión de la nueva ley Nº 18.437», *Revista de Derecho*, número 15 (Universidad de Montevideo, 2009): 85. Sin embargo, a los efectos de la regulación de la educación

En cuanto a la educación terciaria, ella no aparece en la Constitución, como bien señala Rotondo.[43] Se debe acudir a la Ley General de Educación N.o 18.437 de 12/12/08 en su artículo 29 modificado por la Ley de Urgente Consideración N.o 19889 para encontrar una definición: «(De la educación terciaria).- La educación terciaria es aquella que requiere como condición de ingreso haber finalizado la educación media superior o acreditar los saberes y competencias correspondientes. Puede o no ser de carácter universitario».

Por su parte el Decreto 104/014 de 28/4/14 establece en su artículo 1: «Se considera enseñanza terciaria la que, suponiendo por su contenido que sus estudiantes hayan aprobado la educación media superior en instituciones públicas o privadas habilitadas, en el país o en el extranjero, o tengan formaciones equivalentes, profundiza y amplía la formación en alguna rama del conocimiento». Está garantizada la libertad de enseñanza terciaria, conforme a lo dispuesto por el artículo 68 de la Constitución de la República. En todas las instituciones de enseñanza terciaria se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos (Constitución, artículo 71).

Asimismo, respecto a la definición de educación universitaria, la Ley General de Educación establece en su art. 30 que: «(De la educación terciaria universitaria).- La educación terciaria universitaria será aquella cuya misión principal será la producción y reproducción del conocimiento en sus niveles superiores, integrando los procesos de enseñanza, investigación y extensión. Permitirá la obtención de títulos de grado y postgrado».

La ley orgánica de la Universidad de la República establece que sus fines son:

> Art. 2. Fines de la Universidad. - La Universidad tendrá a su cargo la enseñanza pública superior en todos los planos de la cultura, la enseñanza artística, la habilitación para el ejercicio de las profesiones científicas y el ejercicio de las demás funciones que la ley le encomiende. Le incumbe, asimismo, a través de todos sus órganos, en sus respectivas competencias, acrecentar, difundir y defender la cultura; impulsar y proteger la investigación científica y las actividades artísticas y contri-

universitaria privada, entiendo que la ley citada y el Decreto 104/14 asimilan la educación superior a la universitaria.

43 Rotondo, «Regulación de la enseñanza privada en el Uruguay», 401.

> buir al estudio de los problemas de interés general y propender a su comprensión pública; defender los valores morales y los principios de justicia, libertad, bienestar social, los derechos de la persona humana y la forma democrático-republicana de gobierno.[44]

El artículo 2 del Decreto 104/014 indica que:

> […] a los efectos del artículo l del Decreto-Ley N° 15.661, de 29 de octubre de 1984, se considera universitaria la enseñanza terciaria que por su rigor científico y profundidad epistemológica, así como por su apertura a las distintas corrientes de pensamiento y fuentes culturales, procure una amplia formación de sus estudiantes que los capacite para la comprensión crítica y creativa del conocimiento adquirido, integrando esa enseñanza con procesos de generación y aplicación del conocimiento mediante la investigación y la extensión de sus actividades al medio social.

El artículo 4 del Decreto 104/014 entiende que es: «Universidad: institución que realiza actividades de enseñanza, investigación y extensión en tres o más áreas disciplinarias no afines orgánicamente estructuradas en Facultades, Departamentos o unidades académicas equivalentes. Utilizarán la denominación "Universidad"».

Por último, con respecto a la palabra *universidad*, Newman entiende que «la universidad logra su objetivo no a través de reglas escritas, sino por sagacidad, sabiduría y paciencia; investigando profundamente cada tema y por una vigilante represión a cualquier agresión. Lo que un imperio es en la historia política, es una universidad en la esfera de la filosofía y la investigación. Es el más alto protector de todo conocimiento y ciencia, de hecho y principio, de indagación y descubrimiento, de experimento y especulación».[45]

---

44 Ley N.o 12.549 de 16/10/1958 - D.O. 29/10/1958.

45 John Newman, «Christianity and Scientific Investigation: A Lecture Written for the School of Science, 1855», citado por Mónica Luque, *La Idea De Universidad. Estudios sobre Newman, Ortega y Gasset y Jaspers,* https://dedona.files.wordpress.com/2015/10/la-idea-de-universidad-estudios-sobre-newman-ortega-y-gasset-y-jaspers.pdf (recuperado el 9 de junio del 2022).

En resumen, se puede afirmar que:

a) La educación superior no está definida por la Constitución, sin embargo, se puede establecer que la ley N.o 16.736 y el Decreto 104/014, a los efectos de la regulación de la educación terciaria privada, asimilan la educación superior a la educación universitaria.

b) La educación terciaria está definida por el pasaje del estudiante por etapas previas de aprendizaje (educación media superior) o haber obtenido competencias correspondientes, y es aquella que profundiza en algún saber.

c) La educación universitaria es aquella que produce conocimiento en niveles superiores integrando la enseñanza, investigación y extensión, permitiendo la obtención de títulos de grado y postgrado.

8. Marco jurídico vigente de la educación universitaria privada

La ley madre que regula la educación universitaria privada es el Decreto Ley N.o 15.661 de 29/10/84, que dispone:

a) Que 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.

b) Que 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 estos.

El artículo 380 de la ley N.o 16736 señala que:

> 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 institucio-

> nes infractoras de esta disposición, cualquiera sea su naturaleza jurídica, las potestades que respectivamente les confiere el Decreto-Ley Nº 15.089, de 12 de diciembre de 1980.

La Ley General de Educación N.o 18.437 solo remite al Decreto Ley N.o 15.661 y no regula en forma orgánica a la educación superior.

Uruguay no cuenta con un sistema único de educación superior. Las universidades estatales (Universidad de República Oriental del Uruguay y Universidad Tecnológica) se rigen en forma autónoma por sus respectivas leyes orgánicas (Udelar: Ley N.o 12.549, UTEC: Ley N.o19.043) y las universidades privadas por el Decreto Ley N.o 15.661.

El Decreto 104/014 viene a modificar el decreto reglamentario de dicha ley, el decreto 308/95.

Por Ley N.° 19852 de 29/12/2019 se creó el Instituto Nacional de Acreditación y Evaluación de la Educación Terciaria (INAEET), aunque a septiembre de 2022 no ha comenzado a funcionar. En los hechos, entonces, Uruguay no está acreditando carreras a nivel nacional. Muchas universidades, sin embargo, presentan sus carreras a acreditación bajo el régimen de ARCU-SUR.

8.1. Desarrollo de la universidad privada en Uruguay

El subsistema privado universitario en el Uruguay está formado por cinco universidades. La primera en autorizarse fue la Universidad Católica del Uruguay, a través del decreto 343/984 en 1984. La Universidad ORT fue reconocida en 1996, la Universidad de Montevideo en 1997, la Universidad de la Empresa en 1998, la Universidad CLAEH en 2017.

Como dice Landinelli:

> Recién en 1984 se produjo por decreto del Poder Ejecutivo el reconocimiento oficial de la primera universidad privada del país, la Universidad Católica del Uruguay, sin que existiera entonces un cuerpo de disposiciones jurídicas que definieran pautas generales para la estructuración y funcionamiento de esa clase de instituciones y permitieran hacer operativo en la esfera de la educación superior el consuetudina-

> rio precepto constitucional de libertad de enseñanza. Ese vacío legal se procuró subsanar una década después con el Decreto 308/95 de Ordenamiento del Sistema de Enseñanza Terciaria Privada, el que estableció requisitos formales, exigencias y reglas para la aceptación, habilitación y contralor por parte del Poder Ejecutivo de los establecimientos universitarios no estatales.[46]

8.2. Competencia sobre el control de la enseñanza terciaria privada

Sin embargo, una vez que el Poder Ejecutivo reglamentó el Decreto Ley N.o 15.661 de 29/10/84 a través del Decreto 308/95 de 11/08/95, la Universidad de la República, entendiendo que el control de la enseñanza terciaria privada era de su competencia, impugnó dicho acto administrativo.

El primer argumento de la Udelar fue el de la autonomía. Citando a Cassinelli entendía que:

> […] la tradición uruguaya en la materia incluye en el ámbito competencial de la Universidad oficial la habilitación de establecimientos privados, y precisamente los liceos habilitados por la Universidad de la República en la época en que la Universidad de la República incluía la enseñanza secundaria y preparatoria además de la superior, esto es, hasta 1935. La «especialización» del ente Universidad de la República se redujo a la enseñanza superior, pero no solamente en cuanto a la labor de la enseñanza directa en clase, sino también en los demás aspectos que suponen la misma especialización: y en particular la determinación de los planes de estudios, de los requisitos para obtener títulos profesionales y académicos de nivel superior, la determinación y el control de cumplimento de los requisitos académicos que deba cumplir una institución privada para que los cursos sean equiparados a los oficiales, etc… Es universitario lo que está comprendido […] entre los cometidos de la Universidad de la República. Este último sentido representa el mínimo esencial de atribuciones que la ley no puede

46 Jorge Landinelli, «Notas sobre la regulación de la educación terciaria en Uruguay», *Debate Universitario* (ISSN en línea 2314-1530): 81.

> poner a cargo de organismos ajenos a la Universidad, sin incurrir en inconstitucionalidad en razón de contenido. [47]

Para Udelar la ley N.o 2.078, del 25 de noviembre de 1889, refleja la tradición histórica reconociendo a esta la competencia en cuanto a la habilitación de los establecimientos privados de enseñanza secundaria y superior, normativa vigente. Esta norma, no habría sido derogada expresamente ni tácitamente por el decreto ley N.o 15.661.[48]

El Poder Ejecutivo expresó que el decreto impugnado no era ilegal en tanto solo se limita a reglamentar el decreto ley N.o 15.661. Al mismo tiempo, afirmó que la ley N.o 2.087 fue derogada en forma tácita por las normas que crearon el Consejo Nacional de Educación Secundaria (ley N.o 9523) y posteriormente por las que crearon el CONAE (ley N.o 15.739), y que la ley Orgánica de la Universidad de la República nada dice sobre la facultad para habilitar títulos de educación terciaria y tampoco hace referencia a la ley N.o 2.078, lo que infiere que la misma quedó derogada y que es ajena a los cometidos del Ente las habilitaciones de los referidos institutos, lo que dejó en manos del legislador establecer primero la posibilidad de su existencia y, segundo, quién la habilitaría y controlaría, lo que hizo a través del decreto ley N.o 15.661.[49]

El TCA con voto conforme de todos sus integrantes desestimó la demanda anulatoria entendiendo lo siguiente:

1. El decreto cuestionado, de acuerdo al artículo 168 numeral 4 de la Constitución y lo dispuesto por el decreto N.o 15.661 constituye un típico acto reglamentario.

2. El decreto reglamentario no exorbita las pautas o parámetros del decreto ley N.o 15.661.

---

47 «Recurso interpuesto por la Universidad de la República al decreto 308/995», *Revista de Derecho Público*, número 8 (FCU, 1995): 132.

48 Ibid.

49 «Resultados de la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo: Sentencia N.o 960», *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo VI (26 de noviembre de 1997): 101 y ss.

3. EL Tribunal comparte los argumentos del Informe del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho, especialmente cuando señala que la fundación y funcionamiento de establecimientos universitarios están amparados por la libertad de enseñanza de la Constitución.

4. La especialidad de los entes de enseñanza radica en la actividad de enseñar en las distintas ramas y no en constituirse en un mecanismo de control.

5. No puede reputarse que esta ilegitimidad derive de la inconstitucionalidad de la misma, ya que la Suprema Corte de Justicia, único órgano competente para ello, no ha sido reclamada procesalmente para expedirse al respecto.

6. El decreto ley en cuestión derogó la ley N.o 2.078 por ser normas notoriamente inconciliables.[50]

8.3. El Decreto 104/014

Luego de varios años de existencia del decreto 308/95, el Poder Ejecutivo lo modificó a través del nuevo Decreto 104/14.

Como explica Landoni Couture:

> El tema de la regulación de las universidades privadas estuvo en la agenda pública durante el proceso de debate educativo que precedió la aprobación de la Ley General de Educación Nº 18.437 del año 2008. Dicha norma, si bien no cambió el régimen vigente, estableció en una disposición transitoria, la obligación del Poder Ejecutivo de enviar un proyecto de ley que «…establezca procedimientos adecuados, técnicamente diseñados y que ofrezca garantías a las instituciones y a la sociedad, para la autorización, el reconocimiento y el seguimiento de las instituciones privadas de educación terciara». Años después, y no por ley, se ha dado respuesta a este requerimiento normativo… Ante la falta de avances en la aprobación parlamentaria del proyecto

50 «Resultados de la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo: Sentencia N.o 960».

> de creación de la Agencia de Acreditación, el Ministerio de Educación aprovechó un cambio en la integración del órgano asesor del Ministerio para la aprobación de instituciones y carreras privadas, el Consejo Consultivo de la Enseñanza Terciaria Privada (CCETP) en el año 2013, para promover una modificación del marco regulatorio existente. La reforma se procesó, inicialmente, en dicho ámbito. Con posterioridad, se concretó un espacio de diálogo y negociación entre el Consejo de Rectores de Universidades Privadas y el Ministerio de Educación y Cultura, que llegó a un conjunto de acuerdos que se consagraron en el nuevo marco regulatorio (Decreto 104/14).[51]

El Decreto 104/014 está diseñado en 8 capítulos: Capitulo I. De la enseñanza terciaria universitaria y no universitaria: conceptos y principios generales; Capitulo II. De la autorización para funcionar y del reconocimiento de instituciones de enseñanza terciaria universitaria y no universitaria; Capitulo III. De la naturaleza jurídica y de los estatutos de las instituciones de enseñanza terciaria; Capitulo IV. De la solicitud de autorización para funcionar y de reconocimiento de nivel académico; Capítulo V. De los títulos profesionales; Capítulo VI. Del consejo consultivo de la Enseñanza privada; Capitulo VII. Disposición transitoria. El capítulo I fue tratado en la sección 7.

8.3.1. De la autorización para funcionar y del reconocimiento de instituciones de enseñanza privada universitaria y no universitaria

El capítulo II recaba los requisitos necesarios para obtener la autorización para funcionar y del reconocimiento para funcionar. El artículo 3 dispone que será el Poder Ejecutivo el encargado de autorizar a funcionar, en cumplimiento del decreto ley 15.661, siempre que la institución cumpla con los requisitos formales y sustanciales previstos en la norma.

8.3.2. Tipos de instituciones terciarias autorizadas

De acuerdo a los artículos 4 y 5 hay distintos tipos de instituciones autorizadas: a) universidad, b) instituto universitario y c) institución de enseñanza no universitaria. La diferencia entre universidad e instituto universitario se

51 Pablo Landoni Couture, «El prolongado parto de la Educación Superior Privada en Uruguay», *Debate Universitario* (ISSN en línea 2314-1530), 84.

da en la cantidad de áreas disciplinarias no afines que abarca. Mientras que la universidad abarca tres o más, el instituto universitario abarca menos de tres, y al menos una carrera completa de grado, una maestría o un doctorado. Por su parte, los institutos de enseñanza terciaria no universitaria pueden impartir enseñanza y expedir títulos de nivel no universitario, y deberán cumplir con ciertos requisitos de extensión de sus programas.

8.3.3. Alcance de la autorización para funcionar y del reconocimiento del nivel académico

El artículo 6 del decreto establece que la autorización para funcionar alcanza a la institución y a la sede o sedes incluidas en la solicitud inicial o en las solicitudes de inclusión posteriores, que cumplan con los requisitos formales y sustanciales contenidos en el decreto.

La solicitud de reconocimiento del nivel académico de nuevas carreras se debe presentar, ante el Ministerio de Educación y Cultura (MEC), seis meses antes de la fecha del comienzo del dictado de la carrera. En caso que se omitiera este requisito, esto impedirá que se reconozcan los estudios cursados en los seis meses posteriores a la presentación. Si la institución decide iniciar la carrera antes de la resolución del MEC, esta deberá comunicarlo públicamente. En caso que el MEC no se expidiera en un año o más, se les concede a los estudiantes el derecho a completar la carrera como fue presentada y a registrar los títulos correspondientes, de manera que el estudiante no se vea perjudicado por una omisión del MEC.

Este artículo es una de las más importantes modificaciones al decreto 308/95. Garibaldi entiende que:

> El nuevo decreto incorpora un nuevo ordenamiento para la iniciación de las carreras. Según el decreto anterior, las instituciones podían iniciar sus carreras y luego solicitar su autorización. Ahora, las instituciones deberán realizar la solicitud seis meses antes de iniciar la carrera. Al mismo tiempo la administración tiene un año desde el comienzo de la carrera para expedirse y de no hacerlo quienes hubieran iniciado los estudios podrán culminarlos y sus títulos serán registrados. Este es un aspecto sustancial que evita situaciones complejas como las que se han vivido en el pasado con carreras que son aprobadas luego de años de dictadas y cuando no eran recono-

> cidas se produjeron importantes inconvenientes para los estudiantes. Este fue uno de los temas de mayor intercambio y de debate… Pero asimismo es una exigencia importante para las instituciones, del momento en que deberán planificar con tiempo la apertura de nuevas carreras y cumplir con los requisitos en el tiempo establecido y obtener resolución dentro de esos plazos ya que una parte de los atrasos en las resoluciones era atribuible a demoras de las instituciones en brindar toda la información. Este aspecto es uno de los cambios sustanciales que ofrece garantías al MEC, a las instituciones, a la sociedad y muy especialmente a los estudiantes.[52]

Por su parte, Díaz Maynard sostiene que la citada nueva disposición: «Evita conflictos frecuentes y situaciones enojosas de grupos de estudiantes que habiendo iniciado una carrera podían quedar en una situación incierta de difícil solución. Por otra parte, en la medida que el CCETP ha acortado mucho el tiempo de resolución de las nuevas propuestas, podrán cumplirse los plazos establecidos para que se expida la administración».[53]

Este artículo fue, junto con el 28, dos de los artículos que generaron polémica en el seno del CCETP. Como dice el actual presidente del CCETP Claudio Williman, luego de una negociación con el MEC se llegó a una solución consensuada en la redacción del actual artículo 6.[54]

8.3.4. Nuevas sedes

El artículo 7 dispone que:

> Las nuevas sedes de las instituciones autorizadas deberán ser sometidas a un proceso de autorización de la forma que establece el artículo 6º

52 Luis Garibaldi, «Consensos que habilitan y desafían», *Debate Universitario* (ISSN en línea 2314-1530): 76-77.

53 Álvaro Diaz Maynard, «Hacia una cultura de la evaluación», *Debate Universitario* (ISSN en línea 2314-1530): 70.

54 Claudio Williman, «20 Años Después: Un Nuevo Decreto de Ordenamiento del Sistema de Enseñanza Terciaria Privada», *Debate Universitario* (ISSN en línea 2314-1530): 93. Asimismo comenta: «Sin duda esto fue otro avance muy importante, que obliga al Ministerio a tener un Área de Educación con capacidades y recursos (humanos y financieros) como para poder cumplir en tiempo y forma con los trámites de reconocimiento y da tranquilidad a las instituciones universitarias sobre las carreras impartidas y los estudiantes inscriptos».

> del presente decreto. Se consideran sedes de las instituciones terciarias o universitarias los espacios físicos donde se desarrollan actividades de investigación o enseñanza presenciales o virtuales, con autonomía de gestión académica o administrativa. El dictamen de autorización de sede hará mención de las carreras y títulos reconocidos para ser ofrecidos en la sede que se autoriza.

Garibaldi explica las razones de la inclusión de esta nueva disposición: «La instalación de nuevas sedes constituyó un aspecto conflictivo en años anteriores ya que el Decreto 309/2002 no lo establecía en forma clara, lo que permitió que algunas instituciones instalaran sedes sin la necesaria autorización del MEC. Este cambio normativo permite asegurar la calidad de la educación en cualquier parte del territorio nacional».[55]

8.3.5. Revocabilidad de la autorización para funcionar como institución terciaria y del reconocimiento de nivel académico de las carreras

El artículo 8 establece que la autorización para funcionar se otorga inicialmente en forma provisoria por cinco años. En este tiempo, podrán ser revocados «por apartamiento relevante de las condiciones tenidas en cuenta para su otorgamiento» o «por incumplimiento de los planes y programas de desarrollo presentados». Una vez vencidos los cinco años, la autorización para funcionar únicamente podrá ser revocada «por apartamiento relevante de las condiciones tenidas en cuenta para su otorgamiento o por manifiesta inadecuación superveniente de la enseñanza impartida a la evolución científica, técnica o artística ocurrida».

El mencionado Decreto Ley dispone que faculta al Ministerio de Educación y Cultura para aplicar sanciones a las asociaciones civiles y fundaciones que incurran en infracciones a las normas legales, reglamentarias o estatutarias a través de: a) observaciones, b) apercibimiento, c) multa y d) cancelación de la personería jurídica.

55 Garibaldi, «Consensos que habilitan y desafían», 76.

8.3.6. De la naturaleza jurídica de los estatutos de instituciones de enseñanza terciaria

El artículo 10 del decreto dispone que:

> Las instituciones de enseñanza terciaria que pretendan la autorización para funcionar (artículo 3º) o el reconocimiento de nivel académico (artículo 5º) deberán estar constituidas *como asociaciones civiles o fundaciones sin fines de lucro, con personería jurídica.* A tal efecto, la resolución aprobatoria de estatutos y de reconocimiento de personería jurídica, o aprobatoria de reforma de estatutos, según corresponda en cada caso, se dictará conjuntamente con la autorización para funcionar como institución terciaria, previo cumplimiento de todos los trámites requeridos por ambos actos jurídicos. Además de las disposiciones comunes a las entidades de su naturaleza, sus estatutos deberán prever: a. Órganos de dirección administrativa y académica y procedimientos de designación de sus integrantes, la mayoría de los cuales deberán ser ciudadanos naturales o legales, o bien contar con una residencia en el país no inferior a tres años. b. Fines, objetivos y misión de la institución.

Durán Martínez es muy crítico de esta disposición, ya en su redacción del artículo 9 del decreto 308/95:

> También resulta inconstitucional el artículo 9 del decreto 308/995 de 11 de agosto de 1995, en cuanto establece que las instituciones de enseñanza terciaria que pretendan autorización para funcionar o reconocimiento del nivel académico deberán estar constituidas como asociaciones civiles o fundaciones sin fines de lucro, con personería jurídica, es una exigencia irracional. Como se ha dicho, la libertad de enseñanza implica no sólo el derecho de fundar instituciones de enseñanza, sino también el de adoptar la forma jurídica más conveniente a su objetivo. No hay entonces ninguna razón para que se prohíba la adopción de una forma comercial.[56]

En el mismo sentido, Martins entiende que «la libertad de enseñanza comprende la libertad de aprender y la libertad de enseñar, y como

56 Durán Martínez, «Principios rectores de la enseñanza y de la educación», 215.

consecuencia de ello la libertad de establecer institutos privados de enseñanza, aun con carácter comercial».[57]

En este caso, también está en juego la libertad de comercio. Como dice Rotondo, «los institutos privados se forman en virtud del ejercicio de la libertad de enseñanza pero, también, implican el ejercicio de la libertad de trabajo y comercio (art. 36), en tanto exista actividad de intermediación entre profesores y estudiantes, y de la libertad de asociación (art. 39)».[58]

Por lo dicho, entendemos que de acuerdo al artículo 7 de la Constitución, la libertad (específicamente la libertad de comercio y trabajo, art. 36 de la Constitución) solo puede ser limitada por ley por razones de interés general. En este caso, se está limitando la libertad de comercio de instituciones privadas, por decreto y no por ley, por lo cual se trata de una disposición inconstitucional por violación del artículo 7 de la Constitución.

8.3.7. Requisitos de los estatutos de las instituciones terciarias

El artículo 11 prevé los requisitos que deben tener las instituciones terciarias que quieran ser reconocidas por el Poder Ejecutivo.

La relevancia de este artículo está en las atribuciones de plena autonomía institucional y académica que reconoce el decreto. Como dice Fernández, por primera vez en el derecho uruguayo se explicitan elementos de autonomía para las instituciones reconocidas.[59]

8.3.8. De la solicitud de autorización para funcionar y de reconocimiento de nivel académico

De acuerdo al artículo 12 se debe acompañar, a los efectos de obtener la autorización o el reconocimiento del nivel académico, una serie de documentos tales como los estatutos, sus antecedentes en actividades de enseñanza, datos personales de los integrantes de los órganos de dirección, proyecto

57 Martins, *Principios Constitucionales*, 443.

58 Rotondo, «Instrumentos Jurídicos del Sistema Educativo Uruguayo», 85.

59 Julio Fernández, «Comentarios sobre el decreto 104/2014», *Debate Universitario* (ISSN en línea 2314-1530): 73.

institucional, carreras ofrecidas, personal docente, personal de apoyo, bibliotecas, laboratorios o equipos técnicos, vinculaciones interinstitucionales existentes, servicios de información y comunicación interna, planta física disponible, número de aulas y oficinas, inventario inicial y balances; acreditación de un patrimonio suficiente, plan financiero institucional, plan de desarrollo en un plazo de cinco años, procedimiento de reválidas.

También se dispone que, para solicitar autorización de nuevas sedes, además de cumplir con algunos de los requisitos del propio artículo, los integrantes de los órganos de dirección administrativa y académica de las sedes residan en la región y dispongan de una alta dedicación horaria y contar con un porcentaje inicial del 10 % de su personal docente que resida en la región (art. 12b).

En este caso, del artículo 12b se vuelve a limitar la libertad de trabajo sin ley habilitante, por lo que resulta inconstitucional por violación del artículo 7 de la Constitución, tal como afirma Claudio Rama.[60]

El articulo 13 indica que la información sobre las carreras ofrecidas incluirá los datos siguientes: a) Pertinencia y objetivos de la carrera; b) Plan de estudios: objetivos, orientaciones metodológicas, asignaturas, duración total, carga horaria global y por asignatura, sistema de previaturas, perfil esperado del egresado; c) Programa analítico de cada asignatura; d) Bibliografía básica de cada asignatura; e) Director o responsable académico de la carrera; f) Docentes de cada asignatura; g) Régimen de evaluación de los estudiantes; h) Régimen de asistencia de los estudiantes.

8.3.9. Modalidades educativas no presenciales

Una de las modificaciones más destacadas del decreto es el artículo 14 que dispone que:

> […] en las carreras o asignaturas, una modalidad educativa a distancia, semipresencial o equivalente, se deberá informar sobre los siguientes aspectos: 1. Docentes encargados de curso y tutores virtuales con capacitación en el dictado de cursos de su especialidad en esta modalidad. 2. Expertos en sistemas de información en condiciones de gestionar la

60 Claudio Rama, «Un nuevo decreto de regulación sobre la educación terciaria privada», *Debate Universitario* (ISSN en línea 2314-1530: 91.

> plataforma u otros espacios virtuales donde se alojarán los cursos, y de sostener la tarea de los docentes, tutores y estudiantes, con sistemas de evaluación y seguimiento acorde a cursos virtuales. 3. Entornos virtuales disponibles, accesibles y adecuados al nivel académico.

Como dice Garibaldi: «El nuevo Decreto incorpora la modalidad de educación a distancia de una carrera (total o parcial) que cada vez más se incorpora en las ofertas educativas de las instituciones. La regulación de la Educación Superior Privada […] constituye una actualización imprescindible, estableciendo condiciones para la presentación de solicitudes que deberán incorporar información acerca de los tutores, las plataformas y los entornos virtuales».[61]

8.3.10. Requisitos del personal docente de carreras universitarias

Según el artículo 15 del decreto el personal docente deberá cumplir, a los efectos de la autorización o del reconocimiento, con diferentes requisitos de acuerdo a las distintas carreras ofrecidas.

En los casos de competencia notoria, como dice Rotondo, esta deberá ser avalada por evaluadores del CCETP.[62]

8.3.11. Actualización de información

El artículo 17 del decreto regula los requisitos de actualización de información «durante el lapso inicial de cinco años, en dos ocasiones, la primera a los dos años y la siguiente antes del vencimiento del período inicial. Posteriormente la información actualizada se brindará al MEC cada tres años». Tal como recalca Díaz Maynard: «Se facilita la actualización de información de las instituciones, incrementando los plazos requeridos para dicha actualización. Incluye, en el caso de las instituciones reconocidas como universidades o institutos universitarios con más de 20 años de antigüedad, llevar el plazo de información de tres a cinco años».[63]

61 Garibaldi, «Consensos que habilitan y desafían», 76.

62 Rotondo, «Regulación de la enseñanza privada en el Uruguay», 409.

63 Maynard, «Hacia una cultura de la evaluación», 71.

En similar sentido, Garibaldi destaca que:

> […] el Decreto racionaliza los tiempos para que las instituciones presenten información, evitando la sobrecarga de trabajo administrativo tanto para las instituciones como para el Ministerio. En este sentido, la innovación más importante es que incluye una nueva temporalidad para las instituciones que ya cuentan con veinte años de existencia, exigiéndoles que informen cada cinco años y no cada tres como las instituciones autorizadas con menos de ese tiempo. Esto constituye un reconocimiento al desarrollo de la educación terciaria privada que tiene una historia relativamente corta en Uruguay.[64]

8.3.12 De los títulos profesionales

8.3.12.1 Concepto y validez de título profesional. De acuerdo al artículo 19 del decreto: «A los efectos de los artículos 1º y 2º del Decreto-Ley Nº 15.661 de 29 de octubre de 1984 y del artículo 380 de la Ley Nº 16.736 de fecha 5 de enero de 1996 se entiende por título profesional el que acredita haber cursado con aprobación en instituciones universitarias, los estudios correspondientes a una carrera universitaria completa de carácter científico, técnico o artístico, incluyendo las que carecen de propósitos utilitarios inmediatos».

Por su parte, el artículo 20 dispone que los títulos profesionales otorgados por instituciones privadas solo serán válidos cuando la otorgante haya sido autorizada para funcionar como institución universitaria por el Poder Ejecutivo y hayan sido registrados ante el MEC. Cumplidos tales requisitos, esos títulos tendrán idénticos efectos jurídicos que los expedidos por la Universidad de la República y otras universidades públicas, independientemente de estos.

8.3.12.2 Niveles y títulos profesionales. Los artículos 21 y 22 regulan los niveles y títulos profesionales. Diaz Maynard explica que por el nuevo decreto (104/14), «se complementan las características de los diferentes niveles de posgrado y se introducen los conceptos de Maestrías Académicas y Maestrías Profesionales, con sus correspondientes definiciones. (Art. 21). La revisión y actualización de definiciones y requisitos en los

64 Garibaldi, «Consensos que habilitan y desafían», 77.

> posgrados, constituía una necesidad impostergable, pues la mayoría de las propuestas que hoy llegan al CCETP, corresponden a posgrados».[65]

Garibaldi comenta que:

> El anterior decreto no establecía criterios para la instalación de postgrados de manera diferenciada de las carreras de grado. Esto originó un sinfín de inconvenientes en la medida en que el sector privado ha tenido una creciente participación en este tipo de propuestas. De manera ilustrativa basta señalar que a comienzos de 2014 el sector privado ofrecía 98 carreras de grado y 113 de postgrado, lo que demuestra la relevancia que estas últimas están teniendo en la órbita privada. El nuevo decreto incluye una diferenciación entre maestrías académicas y profesionales, criterios específicos para el personal docente de los postgrados y condiciones para los tutores de las tesis tanto de maestría como de doctorado. La introducción de estos criterios permite asegurar la de calidad de las propuestas recogiendo la experiencia en la materia.[66]

El artículo 21 dispone los niveles de los títulos profesionales correspondientes a los estudios universitarios de los siguientes niveles, de: 1) Licenciatura universitaria / 2200 horas de clase o actividades supervisadas en 4 años. 2) Especialización: carrera de posgrado con carga horaria, incluirá al menos 300 horas de clase o actividades educativas supervisadas. 3) Maestría o máster: carrera de posgrado con carga horaria, incluirá 500 horas de clase o actividades educativas supervisadas (incluyendo el trabajo final). Las mismas pueden ser académicas (orientadas al trabajo científico con trabajo final: tesis) o profesionales (orientadas a una profesión con trabajo final: proyecto, plan de negocios, estudio de caso o tesis). 4) Doctorado: carrera de posgrado que constituye el nivel superior de posgrado en un área de conocimiento.

8.3.13 Criterios de ingreso y revalidas

El artículo 23 regula las condiciones de ingreso, siendo estas haber aprobado la educación media superior en instituciones públicas o privadas habilitadas. Las instituciones en forma excepcional pueden admitir «formaciones

65 Maynard, «Hacia una cultura de la evaluación», 77.

66 Garibaldi, «Consensos que habilitan y desafían», 76.

equivalentes», siempre que cuenten y que se demuestre que poseen la formación necesaria para seguir con aprovechamiento los cursos terciarios.

8.3.14 Del Consejo Consultivo de Enseñanza Terciaria Privada

Como viene de decirse, el nuevo decreto tiene su génesis en la actividad del Consejo Consultivo de la Enseñanza Terciaria Privada (CCETP). Los artículos 26 a 32 del decreto regulan sus cometidos y actividad.

El CCETP del Ministerio de Educación y Cultura tendrá como cometido asesorar al Poder Ejecutivo y al Ministerio de Educación y Cultura en las solicitudes de autorización para funcionar como institución terciaria (artículos 3 y 5) y en las solicitudes posteriores de reconocimiento de nivel académico de nuevas carreras (art. 6) y en la revocación de los respectivos actos (art. 8), así como en las solicitudes de autorización de nuevas sedes (art. 7). El Consejo Consultivo podrá también proponer las modificaciones que entienda convenientes al régimen establecido en el presente decreto (art. 26).

El artículo 27 dispone que el CCETP está integrado por ocho miembros designados por el Poder Ejecutivo —ciudadanos de destacada trayectoria académica que no ocupen cargos en órganos de dirección en instituciones de enseñanza terciaria públicas o privadas—. Tres de los miembros serán designados a propuesta de la Universidad de la República, dos a propuesta del Ministerio de Educación y Cultura, uno a propuesta de la Administración Nacional de Educación Pública y dos a propuesta de las instituciones universitarias autorizadas a funcionar como tales. Los miembros del CCETP permanecen tres años en sus cargos, actúan con autonomía técnica en el desempeño de sus funciones y su permanencia no está condicionada al mantenimiento de la confianza de los proponentes.

Sería conveniente un cambio regulatorio en cuanto a la conformación del CCETP, de manera que estuviera mejor balanceado, dado que no se entiende por qué la Udelar tiene más miembros que el MEC o que las universidades privadas. No dudo que la presencia de miembros de Udelar enriquece el consejo, pero entiendo que habría que balancearlo mejor.[67]

67 Conf. Fernández, «Comentarios sobre el decreto 104/2014», 74.

Por su parte, el artículo 28 designa al presidente del CCETP a un miembro propuesto por el MEC o la Udelar. Por lo dicho anteriormente, entiendo que el presidente debería ser propuesto por el MEC o por el consejo de rectores de universidades privadas.

Para emitir su dictamen, el CCETP podrá requerir los asesoramientos y peritajes que estime pertinentes y designará uno o más evaluadores a tal efecto.

> Se entiende como evaluador al experto destacado cuya trayectoria le otorga un grado de autoridad en la materia, a nivel profesional o académico, suficiente como para emitir juicios de valor con independencia de criterio y solidez técnica. Los asesores, evaluadores o peritos se comprometerán a mantener la confidencialidad de la información recibida, asesoramientos y peritajes que se produzcan. El CCETP deberá comunicar a la institución peticionante, las designaciones que realice para los asesoramientos correspondientes. La institución tendrá un plazo de 5 días hábiles para presentar objeciones formales, debidamente fundamentadas, a tales designaciones. Cuando se trate de una autorización para funcionar como institución universitaria privada, requerirá necesariamente la opinión de la Universidad de la República, que deberá expedirse dentro del plazo de sesenta días contados a partir del requerimiento formal con agregación de antecedentes. Transcurrido ese plazo, podrá prescindirse de su opinión.

Los pronunciamientos del CCETP —que debe sesionar con al menos cinco miembros— son preceptivos, pero no vinculantes. Cuando el dictamen contuviera objeciones a la solicitud formulada, se dará vista de lo actuado a los solicitantes.

> Evacuada la vista, las actuaciones volverán al CCETP que emitirá un segundo dictamen teniendo en cuenta los elementos aportados por los interesados, así como los que resultaren de otros asesoramientos que pueda haber recabado el Ministerio de Educación y Cultura. Si el órgano decisor se apartara del criterio del CCETP, deberá hacer constar en la parte expositiva de la resolución los fundamentos por los cuales adopta decisión divergente. (Artículo 30).

El artículo 31 dispone que si el CCETP no emite el dictamen dentro del plazo de 120 días corridos a partir del día en que fue sometido a su consideración,

el órgano decisor puede resolver prescindiendo de su opinión. El artículo 32 dispone la publicidad de los dictámenes del CCETP.

De acuerdo a la experiencia de sus protagonistas, y al resultado de cómo fueron tomadas las resoluciones del CCETP, se ve como un órgano valioso y que en parte es responsable de la actualización del Decreto 104/14.[68]

9. Evaluación crítica del régimen jurídico de la educación universitaria privada en Uruguay y propuestas de reforma

El régimen jurídico de la educación superior uruguaya está muy bien cimentado en la Constitución de la República, que reconoce derechos inherentes a la persona humana, centro y raíz del ordenamiento jurídico, siendo la persona siempre sujeto y nunca objeto del Derecho.

Asimismo, y acertadamente la Constitución reconoce, pero no consagra, la libertad de enseñanza, principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. La libertad de enseñanza supone esencialmente la libertad de establecer institutos de enseñanza, designando libremente a los docentes. Implica libertad de elección de programas, métodos, y orientación conveniente. Al mismo tiempo reconoce la libertad de los padres y tutores de elección de instituciones que prefieran y la libertad de dichas instituciones de expedir títulos y certificados. La libertad de enseñanza veda en forma absoluta el monopolio de la enseñanza en todos sus niveles, incluida la universitaria. La Constitución limita la intervención del Estado, en tanto para intervenir solo lo puede hacer a través de una ley y en cuanto al fin solo se admite a los efectos de mantener la convivencia: higiene, moralidad, seguridad y orden públicos.

68 Maynard, quien fue presidente del CCETP, señala: «Corresponde señalar, que esa Comisión, integrada por dos universitarios propuestos por el MEC, dos por la Universidad de la República y uno por el Consejo de Rectores de las Universidades Privadas, en seis años de trabajo, no registró ni una sola resolución producto de la votación, todas fueron aprobadas por el acuerdo unánime de sus integrantes. Predominó pues la preocupación por mejorar la calidad de la enseñanza superior del país y se fue formando, durante el trabajo conjunto, una concepción nacional de la evaluación. Esa experiencia, ha influido muy positivamente en el funcionamiento del CCETP», «Hacia una cultura de la evaluación», 69.

De la misma manera, la Constitución en forma adecuada consagra el principio de subsidiariedad, que dispone que se «ayude desde la reserva» y supone un triple aspecto: a) restrictivo de no injerencia o respeto de la iniciativa privada, b) positivo: fomento de la actividad privada y c) suplencia: debe llegar donde la estructura social de orden inferior no llegue. El aspecto restrictivo supone la veda al monopolio, el aspecto positivo, la exoneración impositiva (art. 69 de la Constitución) y el aspecto supletorio: la prestación de enseñanza gratuita estatal (art. 71 y concordantes de la Constitución).

Al mismo tiempo, Uruguay, con una clara vocación internacionalista, ha internalizado instrumentos que reconocen la libertad de enseñanza, en el entendido de la relevancia que esta libertad tiene en el ordenamiento jurídico uruguayo centrado en la persona humana.

Las universidades estatales tienen, acertadamente, una autonomía consagrada en la Constitución y en sus leyes orgánicas, mientras que la autonomía de las universidades privadas surge del principio constitucional de libre asociación, reforzada por la libertad de enseñanza, también reconocida por la Constitución.

Uruguay tiene un sistema de enseñanza superior público y privado, regulado por distintas normas. El sistema público tiene el fundamento de su actividad y cometidos por las leyes orgánicas de Udelar y UTEC, mientras que el sistema privado se rige básicamente por el Decreto Ley N.o 15.661 y el Decreto 104/04 y sus modificativos.

Propuestas de reforma

En base a lo expuesto en este trabajo, entiendo pertinente reformar el Decreto 104/14 en forma parcial. Tal como reconoció el Consejero Garibaldi en ocasión de la redacción del art. 17 del Decreto 104/014, que estableció un acortamiento de los plazos para la actualización de información a universidades con más de 20 años de antigüedad, es hora de reconocer la trayectoria de las universidades privadas y dar paso a un reconocimiento mayor de su autonomía. El argumento original de que el sistema universitario privado era muy joven y debía obtener reconocimiento del MEC para muchas de sus actividades dejó de tener la legitimidad que pudo detentar en la década de los noventa.

En primer lugar, a los efectos de reconocer una mayor autonomía de las universidades privadas, sería conveniente dejar en manos de las universidades los cambios de planes de estudios, en tanto la fijación de las condiciones de estudio son reconocidas internacionalmente por asociaciones de universidades como un elemento constitutivo de la autonomía universitaria (art. 5).[69]

Del mismo modo, entiendo que se podría dar mayor autonomía a las universidades para el reconocimiento de los programas de postgrado (art. 5). El reconocimiento de la calidad de los programas podrá darse a través de la acreditación regional o internacional de los mismos.

En segundo lugar, y en atención a la libertad de enseñanza y de comercio, reconocidos por la Constitución, creo conveniente derogar el requisito de que las instituciones de enseñanza privada deban ser constituidas como asociaciones civiles o fundaciones sin fines de lucro. En todo caso, la forma de regular un derecho debería ser a través de una ley establecida por razones de interés general y no a través del decreto.

En tercer lugar, creo pertinente derogar el requisito de residencia del personal docente en la región de la sede respectiva. Se trata de una limitación a la libertad de trabajo realizada a través de un decreto, por lo que viola el artículo 7 de la Constitución.

En cuarto lugar, y luego de 38 años desde la primera norma que regulara la educación terciaria privada, creo conveniente cambiar la conformación del Consejo Consultivo de la Educación Terciaria Privada (art. 27 del Decreto 104/014). Actualmente una universidad pública, Udelar, designa tres miembros, mientras que dos miembros son designados por las instituciones universitarias autorizadas. Si bien la Udelar fue durante mucho tiempo la única universidad de Uruguay, y por ello la preponderancia en el diseño del CCETP, actualmente el sistema público cuenta con dos universidades y el sistema universitario privado en Uruguay tiene un desarrollo considerable, que se refleja en las acreditaciones regionales e internacionales de sus carreras y en sus posiciones de los rankings internacionales de universidades. Creo que el correcto balance debería ser que

69 Ver IUA Policy Statement, «Academic Freedom, University Autonomy and Social Responsibility», nota 38.

las universidades autorizadas designaran a tres miembros, mientras que las universidades públicas a dos.

En quinto lugar, algo parecido sucede con la designación del presidente del CCETP, que actualmente recae en una persona designada por el MEC o por Udelar. Entiendo por lo antes mencionado, que la presidencia debería ser designada por el MEC o por las universidades autorizadas.

Por último, quiero destacar que el Decreto 104/14 se negoció en el ámbito del CCETP y logró un consenso de forma tal de incluir aspectos relevantes, antes inexistentes en el decreto 308/95, como los nuevos requisitos para iniciar las carreras (art. 6), nuevas sedes (art. 7), nuevas atribuciones autonómicas (arts. 11 y 12), modalidades educativas no presenciales (art. 14), requisitos del personal docente de carreras universitarias (art. 15), actualización de información (art. 17), regulación de niveles y títulos profesionales, incorporación de maestrías académicas y profesionales (arts. 21 y 22), criterios de ingreso y reválidas (arts. 23 y 24).Todo esto mejoró mucho el funcionamiento del sistema.

En conclusión, el régimen jurídico de la educación universitaria privada en Uruguay está muy bien cimentado tanto en la libertad de enseñanza y de educación como en el principio de subsidiariedad, reconocidos ambos por la Constitución de la República. La autonomía universitaria general está también reconocida por la Constitución en la libertad de asociación, y ha obtenido cierto reconocimiento explícito a través del Decreto 104/14. Entiendo que es hora de dar un paso más y reconocer aún más la trayectoria y desarrollo de las universidades privadas en Uruguay, reformando algunos de los artículos del Decreto 104/014 y conseguir así mejorar el funcionamiento del sistema.

EDUCATIONIS MOMENTUM

Vol. 8, n.° 1, pp. 137-174, ISSN (impr.): 2414-1364; (online): 2517-9853
https://doi.org/ 10.36901/em.v8i1.1498

La educación como derecho constitucional y servicio público*

Education as a Constitutional Right and Public Utility

Guillermo Chang Chuyes
Universidad de Piura, Piura, Perú
guillermo.chang@udep.edu.pe
https://orcid.org/0000-0002-6426-0421

Recibido: 2022.09.19
Aprobado: 2022.11.22

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

Resumen

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

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

Palabras clave: educación, constitución, servicio público

Keywords: education, constitution, public utilities

Sumario

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

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

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

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

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

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

2 Ibid., 11.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13 Ibid., 51.

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

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

B. Las relaciones educativas establecidas en la Constitución

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

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

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

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

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

15 El numeral 2 del artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene una redacción similar: *la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el desarrollo de la paz*. Por su parte, el artículo 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales detalla que la educación debe *orientarse al pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales*. Además, *debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de naciones Unidad en pro del mantenimiento de la paz.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

educativa concreta, como ocurre con el caso de los medios de comunicación[18] o con los convenios de prácticas pre o profesionales.[19]

C. La relación paternofilial

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

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

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

fines de la educación establecidos por la Carta Magna, los padres pueden educar a la prole según su leal saber y entender, respetando los derechos fundamentales de sus hijos.[20]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E. Su prestación por medio del servicio público educativo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Estas exigencias positivas, como menciona Susana Mosquera Monelos,[43] se traducen en técnicas de discriminación positiva.

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

42 STC N.° 2210-2007-PA/TC.

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

En segundo lugar, analicemos el medio para lograr la igualdad: el principio de solidaridad. El Tribunal Constitucional peruano[44] ha señalado que «la solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial». Este principio, según el propio Tribunal, puede presentarse como una exigencia ética y como un criterio en el ámbito jurídico-político.[45] En el primer caso, nos encontramos antes la virtud de la solidaridad que realizan los privados en el marco de su libertad.[46] En el segundo, ante los deberes que el Estado se impone a sí mismo o a terceros. Sobre este segundo aspecto, es donde se encuadran los derechos sociales y su prestación por medio del régimen de servicios públicos no publificados. Se aprecia que el principio de solidaridad va más allá del mero financiamiento público. Lo importante es la ayuda mutua entre los hombres, que se organiza de forma distinta según cada circunstancia.

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

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

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

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

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

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

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

c) *Examen de las características del servicio público*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) *Concurrencia y competencia en su prestación*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

F. Conclusiones

1. La educación y el derecho se encuentran íntimamente relacionados porque este último organiza al primero. Sin embargo, la regulación del derecho a la educación exige la participación de una serie de ciencias y técnicas metajurídicas. Por ello, la función del derecho es respetar el debate político en torno a la educación y hacer cumplir lo acordado en esta materia.

2. La educación es un derecho natural porque es una necesidad que fluye de la naturaleza. A su vez, en el Perú es un derecho constitucional y un servicio público de tipo social. En ese sentido, definimos educación como una *relación de ayuda asimétrica y temporal que implica la mejora personal del educando*. En base a esta relación, la Carta Magna peruana regula tres relaciones: paternofilial, estatal y la basada en la libertad religiosa. Sin embargo, esta última tiene una regulación bifronte: por un lado, puede establecer relaciones educativas dentro de su libertad de culto; por otro lado, en base al principio de cooperación Iglesias-Estado, puede intervenir en el currículo educativo.

3. La educación dentro de la relación paternofilial depende de la patria potestad. Básicamente, la regulación es mínima. Por su parte, la educación estatal tiene una serie de derechos y deberes regulados en la Carta Magna. Respecto de los deberes estatales, estos se han

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

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

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

EDUCATIONIS MOMENTUM

Vol. 8, n.° 1, pp. 175-177, ISSN (impr.): 2414-1364; (online): 2517-9853
https://orcid.org/0000-0002-4183-5093

Alfredo Aguilar Medina (1959-2020)



Por: Walter L. Arias Gallegos[1]
https://orcid.org/0000-0002-4183-5093

Recibido: 2021.03.16
Aceptado: 2021.08.26

El 22 de julio del 2020 falleció Alfredo Aguilar Medina, un educador a carta cabal que mantuvo durante toda su vida un rol muy activo por el desarrollo de la educación arequipeña. Fue fundador de la ONG Corpa&dos y un académico con una visión integral de la educación, que acompañó su multifacética labor con diversas actividades formativas, administrativas y culturales. Tuve el gusto de conocerle y trabajar junto a él desde el año 2001, cuando me uní a Corpa&dos, y me inicié en la vida académica gracias a sus consejos y su constante apoyo. Alfredo ha sido un verdadero amigo y una persona admirable, que trabajó incansablemente por el desarrollo de la educación regional desde diferentes frentes. Lamentablemente, ha fallecido en fecha reciente, y esta nota necrológica está dedicada a mantener viva su memoria.

1 Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú. Correo electrónico: warias@ucsp.edu.pe

Rigoberto Alfredo Aguilar Medina nació en Arequipa el 29 de junio de 1959, en el seno de una familia de clase media, y fue el mayor de cuatro hermanos. Cursó sus estudios primarios en el Centro Educativo 41004, ubicado en la calle Octavio Muñoz Najar, y sus estudios secundarios en el Colegio Luna Pizarro. Sus estudios superiores en la Universidad Católica de Santa María, donde obtuvo su título profesional de Licenciado en Educación Secundaria. Luego realizó estudios de postgrado en la Universidad de Valladolid, donde obtuvo una Maestría en Tecnologías de la Educación y un Doctorado en Filosofía y Ciencias de la Educación en la Universidad de Salamanca en 1996.

A su retornó al Perú fundó la ONG Corpa&dos, que tuvo como meta el fortalecimiento de la educación en la región Arequipa, y dentro de la cual fungió como presidente y director del Centro de Investigaciones Pedagógicas. Para ello, se convocó a un núcleo multidisciplinario de personas con interés en la educación, que poco a poco fue sumando nuevos integrantes; con quienes dio luz a importantes proyectos formativos y de reflexión en torno a la problemática educativa. Dentro de las actividades que ejecutaba Corpa&dos se tienen cursos de capacitación en investigación educativa, epistemología de la educación, estrategias didácticas, proceso enseñanza-aprendizaje, diseño curricular, gestión de proyectos educativos, evaluación de los aprendizajes, calidad y equidad en educación, marco jurídico y políticas educativas, entre muchas otras temáticas.

Asimismo, Corpa&dos organizó las Conferencias Regionales de Educación desde 1995 y editó la revista Paradigma Educativo desde el año 1998, además de publicar boletines y documentos con datos estadísticos sobre la situación académica y administrativa de la educación arequipeña. Todo ello con el objetivo de formular, de manera consensuada, un proyecto educativo regional sobre la base de un marco jurídico legal que oriente las políticas educativas hacia una mayor calidad y equidad en beneficio de los educandos. En medio de todo ello, siempre se ubicó al docente y a los estudiantes como epicentro del quehacer educativo, por ello, fundó una institución educativa en el distrito de Socabaya, en la que se puso en práctica los principios rectores del ideario educativo que sostenía a Corpa&dos como institución.

Corpa&dos sirvió también como un semillero de investigación para varios de sus miembros, que, bajo el liderazgo de Alfredo Aguilar, y en contacto con grandes educadores de Foro Educativo, se consiguió ejecutar proyectos

académicos de envergadura. El año 2005 Alfredo Aguilar formó parte de la Corporación Educativa Faraday, donde asumió el papel de consejero académico y educativo. Esta corporación gestionó la Institución Educativa Faraday, que hasta la fecha es una de las más representativas de la región, por sus logros deportivos y académicos, pues ha ganado diversos campeonatos de ajedrez, básquet, futbol y natación; además de concursos de conocimientos a nivel regional y nacional. Asimismo, el año 2013, Alfredo Aguilar asumió la dirección de la UGEL Sur de la Gerencia Regional de Educación de Arequipa, pero lamentablemente se mantuvo un breve periodo en el cargo, pues su interés por reformar la educación chocó con la aletargada mentalidad de los docentes y administrativos que se encuentran anclados a viejas prácticas y carecen de la visión y la proactividad necesarias para mejorar la educación.

A toda esta labor institucional, la obra de Alfredo Aguilar suma una amplia producción académica, reflejada en su función editorial, sus artículos en periódicos locales y nacionales, presentaciones en programas radiales y televisados, y la publicación de numerosos artículos académicos y libros, entre los que podemos mencionar *Perú a debate. Preparando la agenda del siglo XXI*, y muchos otros que han servido para compartir diversas reflexiones y brindar sólidos argumentos en aras de forjar una educación que nos permita dar solución a varios de los problemas sociales que agobian a nuestro país. Su postura fue siempre enérgica y entregada hacia el servicio de los más necesitados, o de quienes le solicitaban apoyo, consejos y orientaciones. Sus propuestas siempre fueron técnicas y formuladas con el cabal conocimiento de la realidad del país y de los últimos avances en materia educativa. Su calidad humana era inagotable, al igual que su abnegada preocupación por el bienestar de los actores educativos.

Por todo ello, Alfredo Aguilar obtuvo diversos reconocimientos, pero lamentablemente, en el contexto de la pandemia, falleció debido al COVID-19, enfermedad que puso fin a sus días, pero estamos seguros de que sus enseñanzas perdurarán en el tiempo, y siempre será recordado como el infatigable educador arequipeño que hizo hasta lo imposible por ofrecer a la comunidad arequipeña una educación de calidad. Descansa en paz, Alfredo, Dios te tenga en su gloria; un abrazo hasta la eternidad.

Colaboraron en este número

José Luis Martínez López-Muñiz es doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo (España) y licenciado en la misma materia por la Universidad de Navarra (España). Ha sido profesor en la Universidad de Oviedo, y catedrático, desde 1988, en la Universidad de Valladolid, donde en el 2017 fue nombrado profesor emérito honorífico vitalicio. Ha presentado ponencias en congresos nacionales e internacionales, e impartido cursos y conferencias en diversos países de Europa, América y África. Es académico de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid. Es autor de varios libros y de más de dos centenares de publicaciones en el ámbito principalmente del derecho administrativo, constitucional y de la Unión Europea, particularmente sobre la distinción entre el derecho público y el privado, la naturaleza, delimitación y principios jurídicos de las administraciones públicas y de la Unión Europea, la organización territorial, los derechos fundamentales y su especial protección, derechos y libertades en educación, la constitución económica y el estatuto económico de la UE, entre otros.

Enrique Briceño-Medina es máster en Derecho Público por la Universidad Abat Oliba CEU (España) y licenciado en Derecho por la Universidad Nacional de San Agustín (Arequipa). Cuenta con una segunda especialidad en Docencia Universitaria Católica por la Universidad Católica San Pablo (UCSP), de Arequipa, donde en la actualidad se desempeña como Jefe del Área de Biblioteca y docente a tiempo completo en el Departamento de Derecho. Es candidato a doctor en Derecho por la Universidad Católica Argentina y a magíster en Humanidades por la UCSP. Sus intereses de investigación comprenden la migración y la educación.

Susana Mosquera es doctora en Derecho con mención europea por la Universidade da Coruña (UDC), en España, casa de estudios por la cual también se licenció en Derecho. Se ha desempeñado como docente en la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica) y en la UDC. Actualmente es profesora ordinaria principal en la Universidad de Piura, donde ha sido directora de la maestría en Derecho Público y directora del Departamento de Derecho. En la actualidad es vicedecana de Investigación, así como directora del Instituto de los Derechos Humanos y Democracia en dicha universidad. Sus líneas de investigación comprenden la protección internacional de los derechos humanos, el estudio de las libertades públicas, libertad de pensamiento, conciencia y religión, y del derecho al desarrollo.

Marcelo Sheppard Gelsi es doctor y maestro en Derecho por la Queen Mary University of London (Inglaterra). En la actualidad se desempeña como profesor adjunto de Derecho Comercial en la Universidad de Montevideo (Uruguay). Es miembro del Consejo Consultivo de la Educación Terciaria Privada del Uruguay, y miembro de la Comisión Ad Hoc ARCU-SUR. Sus intereses de investigación comprenden el derecho de la educación privada y el de los conglomerados financieros, así como el derecho comercial, la ética y las finanzas.

Guillermo Chang Chuyes es máster en Estudios Jurídicos Avanzados por la Universidad de Valladolid (España) y abogado por la Universidad de Piura (UDEP) en el Perú. Adicionalmente es bachiller en Artes Liberales con mención en Filosofía por esta última universidad. Es candidato a doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Ha sido docente de diversas asignaturas en la UDEP, y en la actualidad es profesor ordinario auxiliar de Derecho Administrativo en dicha casa de estudios. Así mismo, es profesor en la Academia de la Magistratura. En Piura es miembro de la Comisión de la Oficina del Indecopi y árbitro de la Cámara de Comercio. Investiga sobre actos jurídicos públicos, regulación económica, concesiones y ética de funcionarios públicos.

Walter L. Arias Gallegos es doctor en Psicología por la Universidad Nacional de San Agustín (Arequipa), y magíster en Ciencias de la Educación por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque). Ha sido docente en varias universidades públicas y privadas del Perú, así como fundador, editor y miembro del consejo editorial de diversas revistas científicas. En la actualidad es docente en la Universidad Católica San Pablo (Arequipa). Sus líneas de investigación abarcan estrés docente, riesgo psicosocial en la escuela, estilos de aprendizaje, rendimiento académico, historia de la educación e historia de la psicología.

Libros llegados a nuestra redacción

Grompone Velásquez, Á., Reátegui, L., & Rentería, M. (2022). *¿De qué colegio eres? La reproducción de la clase alta en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 216 pp., ISBN: 978-612-326-159-7.

Luri, G. (2020). *La escuela no es un parque de atracciones. Una defensa del conocimiento poderoso*. Barcelona: Ariel, 416 pp., ISBN: 978-84-344-3183-6.

Moreno Castillo, R. (2006). *Panfleto antipedagógico*. Barcelona: El Lector Universal, 156 pp., ISBN: 978-84-9350-201-0.

Instrucciones para autores

Instrucciones para autores

Educationis Momentum (ISSN: 2414-1364) es una revista de carácter científico editada por el Departamento de Educación de la Universidad Católica San Pablo (Arequipa, Perú). Su objetivo es difundir trabajos de investigación en el ámbito educativo —especulativos o empíricos— que sirvan de fundamento para un debate basado en evidencia y como insumo para la toma de decisiones. Está dirigida a especialistas, académicos, delineadores de políticas, autoridades en educación pública y privada, miembros de organizaciones no gubernamentales, directores y docentes escolares, y estudiantes de Educación o ciencias afines.

En su primera etapa, la revista se publica anualmente, en septiembre. Se puede acceder a la versión en papel mediante suscripción anual renovable, canje o compra de números individuales. La versión electrónica (ISSN: 2517-9853) es de acceso gratuito en <https://revistas.ucsp.edu.pe/index.php/emomentum>.

Trabajos publicables

Educationis Momentum recibe trabajos originales —escritos en castellano, inglés o portugués— de la siguiente naturaleza:

- Informes de investigaciones básicas o aplicadas.
- Ensayos científicos.
- Reseñas de publicaciones sobre educación con una antigüedad no mayor a 2 años a la fecha de remisión; las reseñas deberán estar firmadas por un solo autor, salvo autorización solicitada al editor.
- Cartas al director: misivas o comentarios breves que procuren el debate a partir de réplicas a artículos aparecidos en la revista o comentarios de sucesos relevantes del mundo educativo nacional o mundial.

La exigencia de originalidad implica que los trabajos no deben haber sido publicados previamente —en cualquier formato— en idioma alguno. Mientras

esté en proceso de evaluación o de edición no deberán ser remitidos a ninguna otra publicación, so pena de ser rechazados definitivamente, al margen del veredicto de terceras publicaciones.

Los trabajos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores, de modo que la revista no se hace responsable —ni moral ni legalmente— por los contenidos presentes en ellos.

Proceso de publicación

En ningún caso el acuse de recibo de un trabajo remitido a la revista implica su necesaria publicación. Los trabajos seleccionados son sometidos —mediante el sistema de doble ciego— a la revisión de hasta tres revisores, nacionales o extranjeros, expertos en el tema o en temas afines. Además de la calidad científica, para la aprobación de los textos se tomará en cuenta criterios como una redacción clara y correcta, la observación de criterios éticos usuales en investigación, y la obediencia a las normas expuestas aquí. La decisión de los jueces es inapelable, salvo casos de grave y expresa injusticia.

Los trabajos deberán enviarse por correo electrónico en formato compatible con MS Word®. Las imágenes y gráficos deben ser presentados con baja resolución en el texto (en los lugares donde se desea que aparezcan);[1] de ser aceptado el artículo, deberán ser enviados en alta resolución (300-600 dpi) en archivos independientes de formato PNG. Para la composición del manuscrito se deben seguir las pautas de formato determinadas por la 7.ª edición del *APA Style (Manual de publicaciones de la American Psychological Association)*. Tenga en cuenta que el uso del *APA Style* es un criterio de calificación de los evaluadores.

En la medida de lo posible, los trabajos deberán tener las siguientes secciones:

1 Si bien se hace lo posible, por razones de espacio la revista no puede garantizar que estos serán publicados necesariamente en el lugar donde el/los autor/es señalen.

	Empírico	Ensayo	Reseña	Carta al editor
Título en idioma original	• Necesario	• Necesario	• Título del libro en el idioma en que se leyó el texto (se debe incluir datos editoriales e ISBN)	• Opcional
Título en inglés	• Necesario	• Necesario	• No se aplica	• Necesario si se optó por uno en idioma original
Resumen en idioma original	• Necesario • Hasta 200 palabras	• Necesario • Hasta 200 palabras	• No se aplica	• No se aplica
Palabras clave en idioma original	• Necesario • Hasta 6 términos	• Necesario • Hasta 6 términos	• No se aplica	• No se aplica
***Abstract* (en inglés)**	• Necesario • Hasta 200 palabras	• Necesario • Hasta 200 palabras	• No se aplica	• No se aplica
***Keywords* (en inglés)**	• Necesario • Hasta 6 términos	• Necesario • Hasta 6 términos	• No se aplica	• No se aplica
Cuerpo de texto	• Secciones: introducción (no titulada), metodología, resultados, discusión	• Se pueden usar subtítulos a discreción	• Se pueden usar subtítulos a discreción	• Se pueden usar subtítulos a discreción
Referencias	• Necesario	• Necesario	• Opcional	• Opcional
Anexos, gráficos y notas finales	• Opcional	• Opcional	• No se aplica (salvo aprobación del director)	• Opcional
Mínimo y máximo de palabras (incluyendo todas las secciones necesarias)	• 5000-10 000	• 4000-8000	• 1000-2000	• Máximo: 900 palabras.

Para admitir trabajos más o menos extensos que lo indicado arriba se deberá solicitar autorización al editor; este, además, se reserva el derecho de publicar cualquiera de los artículos aceptados en la edición que considere más oportuna (no necesariamente la de aparición inmediata).

Como parte del proceso de edición, el texto puede ser devuelto a su/s autor/es para algunas enmiendas o precisiones; durante esta etapa solo se permitirá la subsanación de estas en la versión aceptada: de ninguna manera se pueden practicar cambios sustanciales al manuscrito.

Si bien la convocatoria para nuevos artículos está abierta todo el año, solo se recibirán trabajos con vistas a aparecer en el número 9 de la revista hasta el 15 de marzo del 2023. Las respuestas sobre la aceptación de los trabajos se harán llegar a los autores a partir del 15 de junio del 2023.