

Montevideo, 28 de octubre de 2019.

Doctor
Diego Velasco
Presente.-

De la mayor consideración:

Por la presente cúmpleme responder a la consulta que Usted me formulara a nombre de la Red de Padres con respecto a la cuestión de si el Consejo Directivo Central (CODICEN) de la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP) tiene competencia para imponer una orientación única en materia de educación sexual de niños, niñas y adolescentes y, en caso afirmativo, si lo puede hacer con total prescindencia de los padres e incluso contra la voluntad de ellos.

Para responder sistemáticamente dicha interrogante, se habrá de transitar el siguiente orden expositivo:

- a) síntesis de la situación de base que da mérito a la consulta;
- b) distinción entre educación y enseñanza;
- c) diferencias de roles y responsabilidades; y
- d) calificación jurídica consecuente de la actuación de ANEP en el caso.

A partir de las referidas premisas, se podrán extraer las correspondientes conclusiones.

1 RELACIÓN DE ANTECEDENTES

- 1.1 De acuerdo a la información proporcionada, con fecha 16 de noviembre de 2017, un numeroso conjunto de padres presentó una **petición fundada** al CODICEN solicitándole que:

- a) requiera su previo consentimiento informado y expreso antes de impartir educación sexual a sus hijos, sea mediante clases, talleres, actividades lúdicas o recreativas, proyecciones audiovisuales y difusión de material al respecto;
- b) se les presente información detallada de qué tipo de educación sexual se pretende impartir, especificando contenidos, valores, actividades, material didáctico y formación específica de los docentes encargados de la misma;
- c) se ofrezca a los padres la opción de elegir entre diferentes propuestas alternativas y, en particular, la que mejor se adecue a la concepción familiar del niño, niña o adolescente respectivo;
- d) se permita a padres o docentes capacitados a ofrecer formación sexual acorde a la concepción de su familia; y
- e) hasta tanto se resuelva la petición, se suspenda la educación sexual de visión única y sesgada que se imparte.

1.2 Mediante **Resolución del CODICEN Nº 51 de 22 de mayo de 2018**, se entendió (en la parte expositiva) que la normativa aplicable “no prevé la posibilidad de que padres puedan exigir brindar un previo consentimiento y tampoco puedan optar entre distintas propuestas de educación sexual para sus hijos” (Considerando I) y que la “Administración considera que debe continuar con las acciones que en tal sentido lleva adelante” (Considerando III), por lo que “no surgen elementos que ameriten suspender esta formación ya que ello además vulneraría normativa nacional de aplicación que establece la necesidad de contemplar, en todas las modalidades educativas, líneas transversales entre las cuales se encuentra la educación sexual” (Considerando IV).

En su mérito, se rechazó (en la parte dispositiva) la petición (num. 1), sin perjuicio de “manifestar la disposición de esta Administración de generar espacios de diálogo y de reflexión técnica en relación a estas temáticas con el objetivo de continuar avanzando en lo que al goce de los derechos refiere” (num. 2), aspecto este último que no se concretó.

1.3 Frente a tal denegatoria, se interpuso el correspondiente **recurso de revocación** en tiempo y forma, agotándose la vía administrativa en forma ficta.

1.4 Consecuentemente, se interpuso **acción de nulidad** ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, impetrando la anulación de lo resuelto por el CODICEN de la ANEP a fin de provocar que dicho órgano asuma la conducta debida (contraria a lo resuelto).

- 1.5 **En este estado**, habiéndose trabado la litis en el proceso contencioso administrativo respectivo, se requiere mi opinión, en perspectiva jurídica, acerca de la regularidad de lo actuado por la Administración y consiguiente pronunciamiento esperado del Tribunal.

2 **DISTINCIÓN ENTRE EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA**

Como punto de partida, se impone tener presente que en el lenguaje vulgar -y aún, erróneamente en la ley N° 18.437 de 12 de diciembre de 2008- es habitual hablar de enseñanza y de educación como sinónimos, siendo que se trata de conceptos distintos y que traducen actividades en las que los actores pueden ser diferentes.

2.1 Enfoque conceptual

- 2.1.1 Desde el punto de vista conceptual, como ya lo he señalado antes de ahora, ambos términos no se subsumen en términos de identidad (ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Especial”, A.M.F., Montevideo, 2017, volumen 2, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 13 y sigtes.).

Mientras que la *enseñanza* implica transmitir el propio saber, lo que se cree o entiende sobre algún punto, la *educación* importa la trasmisión de valores (así: Mariano R. BRITO y Héctor FRUGONE SCHIAVONE - "Régimen jurídico de la educación y de la enseñanza en el Uruguay", C.E.N., Montevideo, 1973, pág. 15 y sigtes.). Por eso, bien ha podido decirse que "educar es incorporar a alguien a cierta tradición cultural, infundiéndole principios" (así: Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - "La Constitución Nacional", Medina, Montevideo, s/f, tomo II, pág. 99.).

Siguiendo a Mariano R. BRITO, puede señalarse que la educación es medio para la formación del hombre en plenitud; a través de ella se avanza en la afirmación de las facultades, capacidades o potencias de la persona humana (ver: Mariano R. BRITO - "Educación y persona humana", en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1988, N° 7, pág. 41 y sigtes.).

- 2.1.2 Consecuentemente, en tanto que la *familia* tiene una función original e insustituible en la educación de los hijos, a las *instituciones de enseñanza*, sean públicas o privadas, les cabe un rol primario en la materia que les es propia (enseñar), coadyuvando complementariamente en la que está confiada constitucionalmente a los padres (educar).

Si bien el contenido de la educación -en cuanto transmisión de valores e ideas- es más amplio que el de la enseñanza, es indudable que enseñar es también educar y, por ende, mediante la enseñanza, las entidades respectivas, especialmente las estatales, pueden transmitir los valores y principios propios de la concepción humanista recogidos por nuestra Carta política, quedando excluida su actuación en los demás aspectos de la educación, reservados a los padres (ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Derechos de los padres en materia de enseñanza religiosa”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año XIII, 2014, N° 25, pág. 15).

2.2 Enfoque de Derecho positivo

2.2.1 Desde el punto de vista de nuestra **Constitución**, debe tenerse presente que ella refiere a la enseñanza en los arts. 68 a 71 y 202 a 205, mientras que habla de educación en el art. 41.

De este modo, se consagra explícitamente el derecho-deber de los padres, que forman corporalmente a sus hijos por la generación, a formarlos espiritualmente por la educación. Este derecho-deber de los padres es anterior a cualquier otro derecho de la sociedad y es por eso que -en palabras de dos grandes maestros de Derecho Administrativo- “se impone al Estado la exclusión del campo de la educación”, salvo en lo que tiene que ver con “la formación del carácter moral y cívico de los alumnos” (art. 71, inc. 2), en el ámbito de la actividad docente a su cargo (así: Mariano R. BRITO y Héctor FRUGONE SCHIAVONE - “Régimen jurídico de la educación y de la enseñanza en el Uruguay” cit., pág. 14 y sigtes.).

En efecto, al Estado le corresponde establecer las condiciones mínimas necesarias para asegurar la libertad de enseñanza (art. 68), y a través de la actividad de enseñanza le compete, aunque no en exclusividad, atender a la formación de los educandos para una adecuada convivencia social únicamente en lo que respecta a su carácter moral y cívico.

2.2.2 Respecto a la **libertad de enseñanza**, obsérvese que el art. 68, inc. 1º de la Constitución no la consagra sino que la garantiza. Garantizar algo implica admitir la existencia de lo garantizado, de modo que la libertad de enseñanza existe con independencia de la norma constitucional en tanto es inherente a la persona humana (art. 72), concebida como ser espiritual dotado de inteligencia y voluntad (art. 8º), llamada a alcanzar la verdad sin que ella le sea impuesta, lo que implica el derecho a aprender y su contracara: la libertad de enseñar.

Así lo reconoce el art. 11 de la citada ley N° 18.437 cuando establece que “los educandos tienen la libertad y el derecho de acceder a todas las

fuentes de información y de cultura, y el docente el deber de ponerlas a su alcance” (inc. 2º).

Por lo tanto, la libertad de enseñanza comprende la libertad de aprender y la de enseñar y, como consecuencia de ello, bien se ha dicho (así: Augusto DURAN MARTINEZ- “Enseñanza privada y libertad. Bases constitucionales”, en “Estudios de Derecho Constitucional”, Ingranusi, Montevideo, 1998, pág.61) que “supone fundamentalmente:

- a) la de crear o establecer institutos de enseñanza, dándoles la forma jurídica y de administración que se estime pertinente, lo que conlleva la de designar libremente a los docentes;
- b) la de elegir los métodos, los programas y la orientación que se considere conveniente;
- c) la de expedir títulos o certificados de estudios;
- d) la de elegir, por sí o por medio de los representantes legales, las instituciones docentes que se prefieran; y
- e) la posibilidad de aplicar los conocimientos adquiridos, lo que implica el reconocimiento de los títulos que se otorgan en el ejercicio de esa libertad”.

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

Quiere decir que la única intervención estatal que se contempla debe estar habilitada por un acto de naturaleza legislativa (desde el punto de vista formal) y referir únicamente al mantenimiento de la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos (desde el punto de vista del contenido), a partir de lo cual pueden extraerse las siguientes conclusiones (ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Especial” cit., volumen 2, tercera edición actualizada y ampliada, págs. 15 y 16):

- a) la ley no puede suprimir la libertad de enseñar;
- b) la ley no puede monopolizar la enseñanza;
- c) la ley sólo podrá permitir al Estado intervenir para mantener la higiene pública, la moralidad pública, la seguridad pública y el orden público;

- d) la ley no puede suprimir la libertad de aprender y de elegir dónde hacerlo (art. 68, inc. 3º);
- e) la ley no puede suprimir el derecho inalienable de los padres respecto del cuidado y educación de sus hijos (art. 41);
- f) el contenido de la enseñanza no puede ser objeto de censura (art. 29);
- g) tampoco puede prohibirse la enseñanza religiosa (art. 5º);
- h) no pueden desconocerse las demás garantías constitucionales de que goza la enseñanza privada (arts. 7º, 10 y 36); y
- i) los institutos privados de enseñanza gozan de exoneración impositiva (art. 69).

2.2.3 En orden a la prestación del servicio social de enseñanza por parte de entidades estatales, **la Constitución reconoce un conjunto de principios** que lo sustentan, entre los que se destacan la *obligatoriedad* de la enseñanza primaria y de la enseñanza media, agraria o industrial (art. 70, inc. 1º), la *gratuidad* de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística” (art. 71), la *subsidiariedad* (arts. 68 a 70) y la *autonomía* (art. 202).

A los efectos de este análisis, interesa detenerse en el alcance de la *subsidiariedad* del quehacer estatal en la materia, consistente en garantizar el derecho de los padres y de las instituciones docentes (art. 68), tutelar el derecho de todos a la enseñanza (art. 70), promover la acción educativa mediante incentivos (art. 69), crear instituciones docentes allí donde no lleguen las iniciativas particulares y suplir a éstas y a la familia cuando no cumplan -porque no pueden o por dejación de deberes- su misión educativa.

Basta atender a los verbos (velar, proteger, garantizar, propender, proveer lo necesario) y sustantivos (auxilios compensatorios, subvención) utilizados por el constituyente en las disposiciones citadas y sus concordantes para reconocer el papel de fomento, protección y supletorio que cabe al Estado en la materia, cuya actividad -como ocurre en todo servicio social- no excluye sino que complementa la actuación que desarrollan los particulares en ejercicio de un derecho propio.

2.2.4 Por su parte, **la ley N° 18.437 explicita un conjunto de principios**, agregando a los indicados, en lo sustantivo (art. 15), los principios de laicidad y de igualdad de oportunidades, y en lo orgánico (arts. 46 a 48), los principios de coordinación y participación.

En primer lugar, de acuerdo al art. 17 de la ley, “El principio de *laicidad* asegurará el tratamiento integral y crítico de todos los temas en el ámbito de la educación pública, mediante el libre acceso a las fuentes de información y conocimiento que posibilite una toma de posición consciente de quien se educa. Se garantizará la pluralidad de opiniones y la confrontación racional y democrática de saberes y creencias”.

En segundo lugar, conforme al art. 18, el principio de *igualdad de oportunidades* se concreta en la obligación impuesta al Estado de brindar “los apoyos específicos necesarios a aquellas personas y sectores en especial situación de vulnerabilidad”, actuando “de forma de incluir a las personas y sectores discriminados cultural, económica o socialmente, a los efectos de que alcancen una real igualdad de oportunidades para el acceso, la permanencia y el logro de los aprendizajes” (inc. 1º), a cuyo efecto se señalan conductas específicas a seguir (incs. 2º a 4º).

En tercer lugar, en cuanto a la *coordinación* (que la Constitución impone en el art. 202, inc. final), el art. 47 dispone que “Los Consejos Directivos autónomos y los demás organismos que actúen en la educación pública deberán coordinar sus acciones con el fin de cumplir con los principios, las orientaciones y los fines de la educación establecidos en la Constitución de la República y la presente ley”.

En cuarto lugar, añade el art. 48 que “La *participación* de los educandos o participantes, funcionarios docentes, otros funcionarios, madres, padres o responsables y de la sociedad en general, en la educación pública constituirá uno de sus principios básicos”.

Importa destacar que la ley comete al CODICEN “promover la participación” (art. 59, lit. A), reconoce a la participación como un derecho de los padres (art. 75, lit. B), contempla los consejos de participación (art. 76) y su capacidad de propuesta (art. 77), todo lo cual ha sido desconocido en el caso que da mérito a esta consulta.

3 DIFERENCIACIÓN DE ROLES Y RESPONSABILIDADES

Del reseñado contexto constitucional y legal, resulta una clara diferenciación de roles y responsabilidades que no es posible obviar.

3.1 Primacía de la familia

3.1.1 Con carácter general, según lo reconoce el art. 41 de la Constitución uruguaya, “El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su

plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres", es decir, de la familia que, según reconoce el art. 40, "es la base de nuestra sociedad" y por, ende, anterior y superior al Estado (ver: Carlos E. DELPIAZZO – "El derecho de los padres a la libre elección de instituciones de enseñanza para sus hijos", en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1988, Nº 7, pág. 113 y sigtes.).

Desde el punto de vista formal, corresponde destacar que la redacción en presente del indicativo del verbo "es" denota el carácter declarativo del texto en cuanto al papel básico que asume la familia para el constituyente en nuestra sociedad (ver: Horacio CASSINELLI MUÑOZ - "La familia en la Constitución", en A.A.V.V. - "El Derecho y la Familia", F.C.U., Montevideo, 1998, pág. 228).

Desde el punto de vista sustancial, la referencia a que la familia es "la" base de la sociedad y no "una" de sus bases, tiene una importancia inequívoca ya que hace de ella la base fundamental de nuestra sociedad (así: Mariano R. BRITO - "Funciones del Estado en relación a la familia", en A.A.V.V. - "El Derecho y la Familia" cit., págs. 204 y 205).

También la Constitución de la República Federativa de Brasil (1988) considera a la familia como "base de la sociedad" (art. 226) mientras que la Constitución de la República de El Salvador (1983) agrega la palabra "fundamental". Dice que "La familia es la base fundamental de la sociedad" (art. 32).

En similar sentido, la Constitución Política de la República de Chile (1980) reconoce que "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad" (art. 1º, inc. 2º). En iguales términos se pronuncia la Constitución Política de Colombia (1991) (art. 42). Acudiendo al mismo concepto, la Constitución de la República del Paraguay (1992) y la Constitución de la República Dominicana (2010) proclaman que "La familia es el fundamento de la sociedad" (arts. 49 y 55 respectivamente) y la segunda agrega que ella es "el espacio básico para el desarrollo integral de las personas".

Por su parte, la Constitución de la Nación Argentina (1994) proclama la "protección integral de la familia" (art. 14 bis), así como la tutela de la niñez, ancianidad y discapacitados (art. 75, num. 22).

Del mismo modo, la Constitución Bolivariana de Venezuela (1999) dispone que "El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas" (art. 75), atendiendo igualmente a la protección de niños, niñas y adolescentes (art. 78), ancianos (art. 80) y personas con discapacidad (art. 81).

A partir de lo que viene de decirse, es constatable que las disposiciones constitucionales se alinean con la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), conforme a la cual "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (art. 16, num. 3). La calificación de la familia como "elemento fundamental de la sociedad" aparece igualmente en el art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

Con parecidos términos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), conocida como Pacto de San José, preceptúa que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado" (art. 17, num. 1). El giro se repite en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1988), conocido como Protocolo de San Salvador (art. 10).

- 3.1.2 **En el caso que motiva este análisis**, las expresiones "base", "fundamento", "núcleo fundamental", "elemento natural y fundamental" califican la importancia y situación de primacía de la familia como institución que constituye "el lugar de la persona" (así: Adolfo GELSI BIDART – "La familia y el Derecho", en "El Derecho y la familia" cit., pág. 248).

En consecuencia, la educación sexual, como parte esencial de la educación, corresponde primariamente a los padres en el seno de la familia.

3.2 Misión coadyuvante de maestros y profesores

- 3.2.1 **Con carácter general**, lo antedicho no implica una desvalorización de la labor de maestros y profesores en la educación sexual sino su precisa ubicación como colaboradores y en perfecta armonía con el tipo de educación que los padres desean para sus hijos.

Así lo reconocen expresamente el art. 26, num. 3º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el art. 12, num. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José), al reconocer el derecho de los padres a que sus hijos "reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

- 3.2.2 **En el caso particular que motiva este análisis**, debe procurarse la personalización del proceso educativo (ver: Leland W: HOWE y Mary HOWE - "Cómo personalizar la educación", Santillana, Madrid, 1977, pág. 22 y sigtes.).

Aún cuando la actividad de información se realice grupalmente, es necesario que los alumnos puedan charlar individualmente con el educador para pedir las aclaraciones que deseen o los consejos que les ayuden a su maduración afectivo sexual, todo en coordinación armónica con los padres a fin de no desconocer ni desvirtuar su rol protagónico en la materia.

3.3 Actuación estatal subsidiaria y coadyuvante

- 3.3.1 **Con carácter general**, ya ha quedado dicho que la educación es un derecho y un deber de los padres respecto a sus hijos, razón por la cual la intervención estatal en la materia sólo puede ser subsidiaria, coadyuvante y, de ser imprescindible, supletoria (ver: José Aníbal CAGNONI - "Estado y sociedad: el principio de subsidiariedad", en Cuaderno de CLAEH, N° 29, pág. 19 y sigtes.).

Como bien se ha destacado, el principio de subsidiariedad impone al Estado un límite negativo ya que éste no debe hacer lo que pueden y deben hacer los individuos y grupos sociales intermedios, a la vez que un actuar positivo ya que debe ayudar, coordinar, proteger y, eventualmente, suplir lo que los particulares no puedan cubrir (así: Luis SANCHEZ AGESTA - "El principio de función subsidiaria", en Rev. de Estudios Políticos, Madrid, 1962, N° 62, pág. 12 y sigtes.).

En efecto, lo propio de las entidades estatales es su naturaleza instrumental para el logro del bien común, objetivamente entendido como la situación de hecho en la cual es posible a cada uno alcanzar el desarrollo integral de su propia persona, tanto en el orden moral como espiritual y material (ver: Mariano R. BRITO - "Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo", en La Justicia Uruguaya, tomo XC, sección Doctrina, pág. 11 y sigtes.). Carente de existencia sustantiva, el Estado es un ser para otros, para que los componentes del cuerpo social puedan alcanzar plenamente sus fines propios (ver: Mariano R. BRITO - "Planificación y libertad en el Estado social de Derecho", en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos, Montevideo, 1977, N° 1, págs. 35, 40 y sigtes.).

- 3.3.2 **En el caso particular que motiva este análisis**, al Estado en general y a la ANEP en especial, les corresponde establecer las condiciones mínimas necesarias para asegurar la libertad de enseñanza, y a través de la actividad de enseñanza le compete -aunque no en exclusividad- atender a la formación de los educandos para una adecuada convivencia social, quedando excluida su actuación en los demás aspectos de la educación reservados a los padres.

Por eso, las autoridades estatales deben ser muy cuidadosas a la hora de incorporar contenidos propios de educación sexual en los programas escolares o de desarrollar campañas de educación para la salud (especialmente para la prevención de enfermedades de transmisión sexual) a través de los medios masivos de comunicación.

En el primer caso, respetando el protagonismo que corresponde a los padres, se impone evitar la cruda presentación de manifestaciones sexuales disociadas del amor e inapropiadas para los destinatarios, en tanto puedan producirles impresiones bruscas, traumatizantes, o incitantes a una curiosidad desordenada.

A su vez, en lo que respecta al diseño y ejecución de políticas sectoriales de salud con componentes de difusión pública (mediante afiches, audiovisuales, etc.), debe velarse por el uso de información veraz e inteligible, inductora de conductas que, libremente asumidas, conduzcan al bien común. Es necesario que los programas de salud, especialmente los referidos a niños, niñas y adolescentes, establezcan propósitos, objetivos y metas claras, con estrategias y actividades inductoras de una sexualidad responsable.

En lo pertinente, así resulta de la recta lectura de la competencia general que la ley N° 18.437 atribuye a la ANEP (art. 53) y de la competencia específica que la misma asigna a sus órganos (arts. 59 y 63) (ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Especial” cit., volumen 2, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 43 y sigtes.).

El Consejo Directivo Central tiene las siguientes atribuciones principales (art. 59):

- a) promover un clima de participación democrática y propiciar en forma permanente una reflexión crítica y responsable en todo el ámbito organizacional;
- b) definir las orientaciones generales de los niveles y modalidades educativas que se encuentran en su órbita;
- c) designar los integrantes de los Consejos de Educación;
- d) homologar los planes de estudio aprobados por los Consejos de Educación;
- e) definir el proyecto de presupuesto y de rendición de cuentas, atendiendo las propuestas de los Consejos de Educación;

- f) representar al ente, oyendo previamente a los Consejos respectivos en los asuntos de su competencia;
- g) dictar los reglamentos necesarios para el cumplimiento de sus funciones;
- h) aprobar los estatutos de los funcionarios docentes y no docentes;
- i) designar al Secretario General y al Secretario Administrativo del Consejo Directivo Central con carácter de cargos de particular confianza;
- j) destituir por ineptitud, omisión o delito, a propuesta de los Consejos cuando dependieran de éstos y con las garantías que fija la ley y el estatuto, al personal docente, técnico, administrativo, de servicio u otro de todo el ente;
- k) destituir por ineptitud, omisión o delito a los miembros de los Consejos de Educación, por cuatro votos conformes y fundados, previo ejercicio del derecho constitucional de defensa;
- l) coordinar los servicios de estadística educativa del ente;
- m) conceder las acumulaciones de sueldo que sean de interés de la educación y se gestionen conforme a las leyes y reglamentos;
- n) establecer lineamientos generales para la supervisión y fiscalización de los institutos privados habilitados de educación inicial, primaria, media y técnico profesional, siguiendo los principios generales de la ley y los criterios establecidos por cada Consejo de Educación, con participación de representantes de las instituciones de educación privada;
- o) resolver los recursos de revocación interpuestos contra sus actos, así como los recursos jerárquicos;
- p) organizar o delegar la educación formal de personas jóvenes y adultas en los niveles correspondientes; y
- q) delegar en los Consejos de Educación, por resolución fundada, las atribuciones que estime conveniente, no pudiendo delegar las atribuciones cometidas por la Constitución y aquellas para cuyo ejercicio se requieren mayorías especiales.

Por su parte, a cada uno de los Consejos desconcentrados de Educación compete principalmente lo siguiente (art. 63):

- a) desarrollar los procesos de enseñanza y aprendizaje correspondientes a su respectivo nivel educativo;
- b) aprobar los planes de estudio y los programas de las asignaturas que ellos incluyan;
- c) administrar los servicios y dependencias a su cargo;
- d) supervisar el desarrollo de los planes, programas y cursos;
- e) reglamentar la organización y el funcionamiento de los servicios a su cargo y adoptar las medidas que los mismos requieran;
- f) proyectar los presupuestos de sueldos, gastos e inversiones correspondientes al nivel educativo asignado y sus modificaciones, así como las rendiciones de cuentas y balances de ejecución presupuestal correspondientes a los servicios a su cargo;
- g) realizar toda clase de nombramientos, reelecciones, ascensos y sanciones, así como otorgar licencias y designar el personal docente y no docente, conforme al estatuto del funcionario y a las ordenanzas que apruebe el Consejo Directivo Central;
- h) proponer al Consejo Directivo Central la destitución del personal docente o no docente a su cargo, por razones de ineptitud, omisión o delito con las garantías que fija la ley y el estatuto respectivo;
- i) designar al Secretario General de cada Consejo con carácter de cargo de particular confianza;
- j) proyectar las normas estatutarias que crea necesarias para sus funcionarios y elevarlas al Consejo Directivo Central a los efectos de su aprobación e incorporación al estatuto de los funcionarios del ente;
- k) habilitar, autorizar, supervisar y fiscalizar los institutos del nivel educativo correspondiente, en consonancia con los lineamientos aprobados por el Consejo Directivo Central;

- l) conferir y revalidar certificados de estudio nacionales y revalidar certificados de estudio extranjeros en los niveles y modalidades de educación a su cargo;
- m) aprobar las resoluciones atinentes al ámbito de su competencia, salvo aquellas que por la Constitución, la ley y las ordenanzas correspondan a los demás órganos;
- n) verificar, según corresponda, la aprobación o validación del nivel anterior así como habilitar para cursar los niveles educativos superiores correspondientes;
- o) promover un clima de participación democrática y propiciar en forma permanente una reflexión crítica y responsable en todo el ámbito de la institución a su cargo; y
- p) ejercer las demás atribuciones que le delegare especialmente el Consejo Directivo Central.

Obsérvese que se enfatiza en la labor de enseñanza, se destaca la importancia de la participación, y queda claro que el diseño de orientaciones generales no implica enfoque único sino que admite legítimas alternativas en el desarrollo de programas y asignaturas.

Por otra parte, ninguna de las referidas atribuciones puede ser leída con prescindencia de los mandatos constitucionales, de superior valor y fuerza, que erigen a la familia en actora básica de la sociedad -dice es que es su base- y a los padres en primeros responsables de la educación de sus hijos.

3.4 Colaboración y no contraposición

- 3.4.1 **Con carácter general**, de cuanto viene de señalarse en los párrafos precedentes, se infiere fluidamente la importancia de un ejercicio armónico de sus respectivas responsabilidades por parte de todos los actores involucrados como característica singularizante de un Estado de Derecho respetuoso del principio de juridicidad (ver: Carlos E. DELPIAZZO - "Afirmación y evolución del principio de juridicidad. Vigencia del pensamiento de Maurice Hauriou", en Andry MATILLA, Jaime Orlando SANTOFIMIO y Héctor SANTAELLA, Coordinadores - "Ensayos de Derecho Público en memoria de Maurice Hauriou", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pág. 197 y sigtes., y "Bien común, sociedad y Estado", en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2012), Año XI N° 21, pág. 81 y sigtes.).

3.4.2 **En el caso particular que motiva este análisis**, será necesario tener en cuenta las siguientes ideas centrales (así: Carlos E. DELPIAZZO – “Dignidad humana y Derecho”, U.M., Montevideo, 2001, págs. 77 y 78):

- a) la educación sexual supone indisolublemente información veraz y formación en las virtudes como hábitos necesarios para vivir el amor en plenitud;
- b) los primeros educadores son los padres en todos los órdenes de la vida y, particularmente, en lo que refiere a la sexualidad;
- c) los maestros y profesores deben coadyuvar con los padres, procurando en todo momento no despersonalizar su relación con los educandos; y
- d) al Estado y sus entes, en función de su naturaleza vicarial al servicio del bien común, les corresponde promover conductas personales informadas y responsables, guardando un adecuado equilibrio entre la autoridad que invisten y la libertad de los individuos y las familias.

4 ILEGITIMIDAD DE LA ACTUACIÓN DE ANEP

La confrontación de la secuencia de antecedentes reseñados en el capítulo 1 de este informe con los principios y normas sintéticamente expuestos en los capítulos 2 y 3, evidencian un apartamiento de la regla de Derecho (ilegitimidad) por parte del CODICEN de la ANEP.

4.1 Enfoque conceptual

4.1.1 La ilegitimidad consiste en la contrariedad a la regla de Derecho, entendiendo por tal en los términos del art. 23, lit. a) del decreto ley orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 15.524 de 9 de enero de 1984, “todo principio de Derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual” (ver: Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO – “Invalidez de los actos administrativos”, Editorial Universidad, Montevideo, 1984, pág. 9).

En efecto, el Estado de Derecho se caracteriza no sólo por su elemento sustantivo (el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales) sino también por la forma en que ese objetivo se alcanza: el sometimiento del Estado, y dentro de él de la Administración, a la regla de Derecho, lo que se conoce como principio de legalidad o, más precisamente, de juridicidad (ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General”,

A.M.F., Montevideo, 2015, volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 38 y sigtes.).

Se trata del “principio de los principios” (así: Benoit JEANNEAU - “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative”, Sirey, París, 1954, pág. 134) ya que, como reza el acápite del art. 2º de nuestro reglamento de procedimiento administrativo aprobado por el Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991, “La Administración pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho”.

4.1.2 Siguiendo pedagógica enseñanza, “Si quisiéramos tener una noción breve, de fácil retención y manejo, y al mismo tiempo exacta, de lo que es el principio de juridicidad, podría decirse que es la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado, tanto en su ser como en su obrar” (Eduardo SOTO KLOSS - “Derecho Administrativo”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, tomo II, pág. 24):

- a) con la expresión “sujeción” se significa en su sentido más pleno e intenso la idea de sometimiento, de obediencia, de conformidad al Derecho;
- b) al calificar la sujeción estatal al Derecho como “integral”, se quiere enfatizar que la misma no admite excepciones, de modo que no existe la posibilidad de que algún órgano del Estado pueda ubicarse por fuera o por encima de la regla de Derecho;
- c) al optar por la individualización del principio como de juridicidad y no tan sólo de legalidad, ya se ha puesto de manifiesto que la sujeción debida es al Derecho en todas sus formas de expresión, abarcando tanto normas como principios; y
- d) el sometimiento del Estado al Derecho alcanza a todos sus órganos tanto en su ser (porque la existencia misma de ellos es creación del Derecho) como en su obrar (ya que toda su actuación, cualquiera sea la función que ejerzan, debe estar bajo la regla de Derecho).

4.2 Causales de ilegitimidad

Las causas de ilegitimidad que pueden diagnosticarse a partir del contenido denegatorio por el CODICEN de la ANEP de lo petitionado por padres de alumnos en ejercicio de sus derechos, son varias.

- 4.2.1 En primer lugar, es evidente la **confusión entre enseñanza y educación** en que incurre la Administración ya que invoca su competencia para enseñar (cometido asignado por la Constitución y la ley) en desmedro del rol de educar (tarea que sólo le corresponde subsidiariamente porque la Carta la confía prioritariamente a los padres).

Del modo que procede, la Administración da la espalda a la distinción constitucional, que diferencia claramente entre enseñanza en los arts. 68 a 71 y 202 a 205 por un lado, y educación en el art. 41 por otro.

- 4.2.2 En segundo lugar, ANEP incurre en **desconocimiento de la primacía educativa de la familia**, apartándose así del claro tenor del citado art. 41 de la Carta.

En efecto, prescindir de los padres, negarles toda participación, vedarles la legítima opción de conocer para consentir o negar una determinada estrategia de educación sexual en las aulas, configura una conducta manifiestamente ilegítima.

El carácter manifiesto de la ilegitimidad resulta en el caso de que la contrariedad a la normativa superior surge de modo patente, sin necesidad de mayor esfuerzo ni argumentación.

Tomando palabras ajenas, “Manifiesto es lo que por sus propias calidades, se muestra -prima facie- tal como es, sin necesidad de mayor actividad interpretativa o integrativa”. Y agrega: “Manifiesto equivale a lo que es patente, ostensible, indiscutible, descubierto, expuesto, mostrado, exteriorizado, aparente, claro, declarado, desnudo, evidente, sabido, visible, declarado, desnudo, evidente, sabido, visible, notorio, público; que hace ostentación, gala o alarde de ilegitimidad” (así: Emilio BIASCO MARINO – EL amparo general en el Uruguay”, A.E.U., Montevideo, 1998, pág. 268).

- 4.2.3 En tercer lugar, en la medida en que la conducta de ANEP traduce una **extralimitación del rol estatal** en materia de educación sexual, es clara la configuración del vicio incompetencia.

Dicho vicio es siempre invalidante pero en los regímenes jurídicos en que se gradúan las nulidades, se considera que la incompetencia es de la máxima gravedad cuando –como ocurre en el caso- se lesionan derechos y libertades reconocidos constitucionalmente (así: Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNANDEZ – “Curso de Derecho Administrativo”, Thomson Civitas, Madrid, 2004, tomo I, duodécima edición, pág. 635).

4.2.4 En cuarto lugar, en íntima conexión con lo que viene de decirse, se asiste en el caso a una **violación del principio de libertad**.

Sabido es que mientras las personas -como entidades sustantivas- pueden hacer todo lo que la ley no les prohíbe, porque son centros naturales de actividad que *hallan en la ley su límite* pero no el principio de su acción, las personas jurídicas en general y los entes estatales en particular *hallan en el Derecho la fuente de legitimidad* de su acción (ver: Héctor FRUGONE SCHIAVONE - "Introducción al estudio de la organización administrativa. Bases para una teoría del órgano", en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos, Montevideo, 1977, Año I, Nº 2, pág. 61).

Por eso, mientras que en el campo de la actividad privada rige el principio de la libertad, en el campo de la actividad pública rige el principio de especialidad, según el cual los organismos públicos sólo pueden actuar válidamente en las materias que les están expresamente asignadas (ver: Alberto Ramón REAL - "Especialidad de las personas jurídicas", en Estudios en Memoria de Juan José Amézaga, Montevideo, 1958, pág. 378).

Con carácter general, esa libertad es corolario de la dignidad humana en cuanto es una nota de la persona como ser libre. Consiste en la facultad de elegir conforme a la capacidad de autodeterminación de la propia voluntad (así: Washington LANZIANO - "Derechos humanos", Montevideo, 1998, pág. 327 y sigtes.; y Ricardo YEPES STORK - "Fundamentos de Antropología", EUNSA, Pamplona, 1996, pág. 164 y sigtes.).

En el caso específico, la libertad de los padres -en rigor, derecho-deber- de ser los protagonistas de la educación de sus hijos (art. 41 de la Constitución) y, en tal carácter, hacerlo conforme a sus propias convicciones (art. 68, inc. 3º de la Carta) encuentra su fundamento en el reconocimiento de la familia como "la base" de nuestra sociedad.

4.2.5 En quinto lugar, es claro el **apartamiento del principio de subsidiariedad** cuando ANEP impone una doctrina única en materia de educación sexual, prescindiendo del criterio de los padres y aún en contra de éstos.

Al respecto, no puede sino coincidirse con nuestra mejor doctrina en el sentido de que, en virtud de la primacía que reconocen a la familia los instrumentos internacionales y Constituciones citadas, ella es acreedora de la protección estatal, la cual se expresa en un doble sentido: mediante la actuación y mediante la abstención.

Por un lado, a partir de la afirmación de la familia como sociedad natural y anterior a la sociedad civil -ya que la parte (la familia) es anterior al todo (la sociedad civil)- resulta con evidencia que el Estado tiene el deber de protegerla para la procura de sus derechos fundamentales (así: Mariano R. BRITO - "El cuidado de la familia por el Estado y la procuración del bien común en nuestros países", en Rev. de Derecho Público, Santiago de Chile, 1995, N° 57 – 58, pág. 170 y sigtes.). No lo hace cuando avasalla su derecho a educar en materia tan sensible como es la sexual.

Por otro lado, la familia también tiene derecho al cuidado estatal a través de la abstención. En efecto, al Estado no le cabe introducirse en los aspectos que hacen al fuero personal de los integrantes de la familia. Una injerencia estatal sustituyente de la familia en sus misiones naturales - como es la educación- es lesiva de la dignidad humana (así: Mariano R. BRITO - "Funciones del Estado en relación a la familia", en A.A.V.V. - "El Derecho y la Familia" cit., pág. 205 y sigtes.).

- 4.2.6 En sexto lugar, la denegatoria impugnada evidencia la **violación del principio de participación** expresamente reconocido en múltiples disposiciones de la ley N° 18.437.

La denegatoria de lo petitionado por un grupo de padres al CODICEN de la ANEP es la más flagrante negación de toda forma de participación ya que es imposible la participación cuando hay imposición.

- 4.2.7 En séptimo lugar, y no por ello menos trascendente, es visible el **avasallamiento del principio de laicidad** confundiéndolo con el laicismo de doctrina única e impuesta por vía de autoridad.

Lamentablemente, en nuestro país, esta confusión tiene larga data y da pie a que, en casos como el que motiva este análisis, se invoque la laicidad cuando, en realidad, se trata de la degeneración en laicismo de hostilidad contra cualquier forma de pensamiento diferente al que se pretende imponer desde la autoridad estatal (ver: Pablo DA SILVEIRA y Susana MONREAL – “Liberalismo y jacobinismo en el Uruguay batllista. La polémica entre José E. Rodó y Pedro Díaz”, Taurus, Montevideo, 2003).

Rectamente entendida, la laicidad supone el trato no discriminatorio y “es consagratorio del respeto debido a toda confesión religiosa, a toda doctrina filosófica o idea política que pueda... plantearse en el seno de una sociedad” (así: Alvaro RICHINO – “Vigencia del principio de laicidad”, en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1988, N° 7, pág. 31).

En cambio, el laicismo es una corriente de pensamiento con implicaciones prácticas que aspira a imponerse a las conciencias (así: José A. CAGNONI – “Conceptos de laicidad y laicismo”, en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1988, N° 7, pág. 19). Por tanto, niega el pluralismo y, por ende, la libertad.

5 CONCLUSIONES

De las consideraciones formuladas en los párrafos precedentes, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- a) el CODICEN de la ANEP carece de competencia para imponer una orientación única en materia de educación sexual de niños, niñas y adolescentes, haciéndolo con total prescindencia de los padres e incluso contra la voluntad de ellos;
- b) al proceder de tal modo, su actuación merece el reproche de ilegitimidad en los términos del art. 23, lit. a) del decreto ley N° 15.524 y, consecuentemente, debe ser revisada (en vía administrativa) o anulada (en vía jurisdiccional) a fin de encauzar la conducta administrativa conforme a Derecho;
- c) la señalada ilegitimidad se constata, en primer lugar, por la confusión entre educación y enseñanza en que se incurre;
- d) en segundo lugar, al proceder de tal modo, se desconoce la primacía que la Constitución atribuye a la familia en materia de educación;
- e) en tercer lugar, se incurre en el vicio de incompetencia -que apareja la nulidad de lo actuado- cuando se invade la órbita familiar con pretensiones de imposición de una doctrina única;
- f) en cuarto lugar, se violenta la libertad de los padres cuando se les niega toda posible alternativa en materia de educación sexual;
- g) en quinto lugar, se avasalla el principio de subsidiariedad cuando se desconocen abiertamente los diversos roles que corresponden a los padres, maestros y profesores y Estado en materia tan sensible;
- h) en sexto lugar, se cierra toda posibilidad de participación cuando los padres ni son oídos ni atendidos; y

- i) en séptimo lugar, se desconoce el principio de laicidad cuando se lo invoca para amparar un mal entendido laicismo, que niega el pluralismo, provoca el desencuentro e impone una doctrina única por vía de autoridad (aún careciendo de ella en virtud de la anotada incompetencia).

Quedo a las órdenes para cualquier aclaración o ampliación que se estime necesaria o conveniente.

Saludo a Usted muy atentamente,

Dr. Carlos E. Delpiazzo
Director de la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho (UdelaR)
Ex Profesor de Derecho Administrativo (UdelaR)
Ex Director del Instituto de Derecho Administrativo (UdelaR)
Profesor de Derecho Administrativo (UM)
Ex Director del Programa Máster en
Derecho Administrativo Económico (UM)
Ex Decano de la Facultad de Derecho (UCU)